

An das

Bundeskanzleramt-
Verfassungsdienst
z.H. Frau Mag. Martina Winkler
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Name/Durchwahl:
Mag. Neubauer / 5035
Geschäftszahl:
BMWA-14.000/0044-Pers/6/2005

Antwortschreiben bitte unter Anführung
der Geschäftszahl an die E-Mail-Adresse
post@pers6.bmwa.gv.at richten.

BKA; Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG). Stellungnahme BMWA

Zu do. GZ. BKA-600.883/0050-V/A/8/2005

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit beehrt sich, zu dem vom Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst am 5. Juli 2005 zur Begutachtung übermittelten Entwurf für eine Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes (Bundesvergabegesetzes 2006) folgende Stellungnahme abzugeben:

I. Zu den einzelnen Bestimmungen:

1.) Zu § 2:

Z 15 gesondert anfechtbare Entscheidungen: Im zweistufigen Verfahren kann nicht die Bewerberauswahl, sondern nur die Nichtzulassung zur Angebotseinreichung eine gesondert bekämpfbare Entscheidung sein. Der Text im Entwurf sollte durch jenen im BVergG 2002 ersetzt werden.

Die Auswahl der Unternehmer bei der Direktvergabe sollte keinesfalls bekämpft werden können (§ 2 Z 15 lit nn des Entwurfs).

Z 44: Im Gegensatz zu den anfechtbaren Entscheidungen bei Wettbewerben (§ 2 Z 15 lit ff- hh) fehlt in § 2 Z 44 der Bezug auf Wettbewerbe.



2.) Zu § 10:

Am Ende der einzelnen Ziffern wäre einheitlich entweder ein Strichpunkt oder ein Beistrich zu setzen (am Ende der Z 2 findet sich ein Strichpunkt).

3.) Zu § 12:

Die Neuregelung, die dem Auftraggeber einen größeren Spielraum bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen einräumt, wird begrüßt.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des 4. Teiles des Gesetzes darf darauf hingewiesen werden, dass sowohl im Inhaltsverzeichnis als auch im Entwurf selbst der (der erste kommt versehentlich zwei Mal vor) „5.“ Teil (Rechtsschutz) durch einen „4.“ Teil zu ersetzen ist. Die Beibehaltung des vergabespezifischen Rechtsschutzes wird befürwortet, da auf Grund der langen Verfahrensdauern vor den ordentlichen Gerichten ein von der Europäischen Rechtsmittelrichtlinie geforderter effektiver und effizienter Rechtsschutz seitens der ordentlichen Gerichte nicht gewährleistet werden kann.

4.) Zu § 13:

Abs. 2: Die Tatbestände für die Wahl der Direktvergabe sollten, so wie in § 27 BVergG 2002 erweitert werden, insbesondere auf nichtprioritäre Dienstleistungen im Unterschwellenbereich.

Z 3 lit. d bezieht sich auf alle literae und sollte daher als eigene lit. d gestrichen und bei Z 3 vor der ersten litera angeführt werden.

Weiters spricht sich das BMWA für eine generelle Anhebung der Subschwellenwerte aus.

Abs. 4: Hinsichtlich der Eignungsprüfung sollte klargestellt werden, dass auch bei der Direktvergabe ein Absehen vom Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit wie bei § 80 möglich ist. Dies könnte durch die Aufnahme des § 80 in die in Abs. 1 verwiesenen Bestimmungen oder durch eine entsprechende Ergänzung des Abs. 4 erfolgen.



5.) Zu § 23:

Abs. 2: Die Möglichkeit der Beschränkung, Arbeits- oder Bietergemeinschaften zu bilden, kann dazu führen, KMUs die Teilnahme an einer (Groß-)Ausschreibung zu nehmen und beschränkt daher eher den Wettbewerb als es ihn fördert. Die im Entwurf vorgesehene Regelung sollte daher beibehalten werden.

6.) Zu § 32:

Im letzten Satz des Abs. 1 ist der Verweis unvollständig. Er müsste § 130 Abs. 1 Z 1 lauten.

7.) Zu § 36:

Im Abs. 1 Z 2 wäre „nichtoffenen“ durch „nicht offenenen“ zu ersetzen.

8.) Zu §§ 39 und 40:

Kleineren Auftraggebern, wie Gemeinden sowie deren Geschäftspartnern, den KMUs, käme es zu Gute, wenn es betreffend der Schwellenwerte für das „nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ sowie das „Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ im Unterschwellenbereich zu einer Anhebung auf das Doppelte der im Entwurf genannten Werte käme, da dies eine Erleichterung der Vergabe kleiner Aufträge wäre.

9.) Zu § 43:

Abs. 3: Die Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur sollte bei dieser Bestimmung auf Angebote beschränkt werden. Die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen und sonstigen Dokumenten bedarf keiner sicheren elektronischen Signatur.

10.) Zu § 44:

Abs. 1: Die für den Vollziehungsbereich des Bundes und der Länder unterschiedliche Regelung über die Zulässigkeit elektronischer Angebote wird abgelehnt. Die Zulässigkeit sollte wie bisher einheitlich nur dann zulässig sein, wenn dies in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen wird.



11.) Zu § 48:

Zum Zwecke der Transparenz von Bekanntmachungen sollte bundeseinheitlich das Amtsblatt der Wiener Zeitung bzw. ein anderes einheitliches Publikationsmedium für öffentliche Aufträge herangezogen werden.

12.) Zu § 78:

Eine Solidarhaftung von Subunternehmern erscheint nicht gerechtfertigt. Gerade in Fällen, in denen ein Subunternehmer nur geringfügige Leistungen erbringt, ist nicht nachvollziehbar, warum er hinsichtlich des gesamten Leistungsumfanges zur Haftung herangezogen werden sollte. Die Erklärung über eine Solidarhaftung im Auftragsfall wird deshalb abgelehnt.

13.) Zu § 83:

Fraglich ist, ob durch das Abgehen von der derzeit geltenden "Alternativenfreundlichkeit" des Vergaberechtes nicht auch Innovationspotenziale der Wirtschaft beschnitten werden, was sich letzten Endes auf den Wirtschaftsstandort Österreich nicht förderlich auswirken würde. Das System der Zulässigkeit von Alternativangeboten des BVergG 2002 ist beizubehalten.

14.) Zu § 84:

Fraglich erscheint, ob nicht durch die Einführung von Nebenangeboten bei Vergaben nach dem Billigstbieterprinzip die Vergabepaxis durch langwierige Definitions- und Abgrenzungstreitigkeiten, ob es sich um ein Neben- oder Alternativangebot handle, gelähmt wird. Da durch dieses Instrument der Rechtssicherheit, zumindest mittelfristig, nicht gedient wird, ist es entbehrlich.

15.) Zu §§ 98 und 100:

Durch die Verwendung von ÖNORMEN bzw. standardisierten Leistungsverzeichnissen wird ein faires und ausgewogenes Verhältnis zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite gewährleistet. Gerade für KMUs wäre es von Nachteil, wenn sie sich für jede Ausschreibung individuell geänderten Leistungsbeschreibungen unterwerfen müssten. Aus diesem Grund sollte die bisherige Rechtslage von ÖNORMEN und standardisierten Leistungsverzeichnissen beibehalten werden, wonach nur in sachlich gerechtfertigten Fällen davon abgewichen werden darf.



16.) Zu § 106:

In der zweiten Zeile des Abs. 3 fehlt nach dem Wort Leistungsfähigkeit das Wort „nachzuweisen“ (oder ein Wort gleicher Bedeutung).

17.) Zu § 108 Abs. 1:

Es gibt keinen vernünftigen Grund, weshalb der Auftraggeber mit allen eingeladenen Bietern zwingend verhandeln muss; der Auftraggeber hat unter Beachtung des Sachlichkeitsgebotes zu entscheiden, mit welchem (welchen) Bieter/n er verhandelt (siehe Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Seite 278, unter Verweis darauf, dass die unterschiedliche Behandlung durch materielle Unterschiede zwischen den Bietern [bzw. deren Angeboten] begründet ist).

18.) Zu § 111:

Abs. 1: In § 111 Abs. 1 wäre der Regelung des § 23 Abs. 2 fünfter Satz Rechnung zu tragen, wonach das Gesetz – ohne gesonderte Erklärung der Mitglieder einer Bietergemeinschaft – statuiert, dass Bietergemeinschaften im Auftragsfall als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung schulden.

Abs. 1 Z 2: Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen sind mit dem Angebot bekannt zu geben, die Zulässigkeit der Weitergabe des gesamten Auftrages ist, ausgenommen bei Kaufverträgen, abzulehnen. Im Hinblick auf die Qualität der möglicher Weise durch Subunternehmer zu erbringenden Leistungen reicht die Nennung von Subunternehmern nicht aus, sondern es sind verbindliche Subunternehmerangebote im Sinne von Vorverträgen beizubringen (siehe VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093).

Abs. 1 Z 7: Diese Bestimmung ist, jedenfalls beim offenen Verfahren und beim nicht offenen Verfahren überschießend und geeignet, Bieter wegen Lappalien „hinauszu-schießen“, zumal ja bei der Angebotsöffnung (siehe § 119) die dem Angebot angeschlossenen Unterlagen in Anwesenheit der Bieter verlesen und protokolliert werden.

19.) Zu § 115:

Die klarstellenden Bestimmungen im zweiten und dritten Satz von Abs. 2 werden ausdrücklich begrüßt.



20.) Zu § 120:

In Abs. 1 wäre das Wort „ist“ nach dem Wort „Bieters“ in der zweiten Zeile des ersten Satzes zu streichen.

21.) Zu § 126 Abs. 5 letzter Satz und § 127 Abs. 1 letzter Satz:

Diese Bestimmungen werden im Hinblick auf die Abwicklung kleinerer Aufträge begrüßt.

In Abs. 6 fehlt nach dem Wort „ist“ ein Beistrich.

22.) Zu § 130:

Abs. 1: Bei den Ausscheidensgründen fehlt:

- nicht zeitgerecht gestellte Anträge auf Nachsichts- oder Gleichhaltungsverfahren.

In Abs. 1 Z 2 wäre nach „Angebote“ die Wortfolge „von Bietern“ einzufügen.

23.) Zu § 132:

Am Ende der Z 4 wäre die Wortfolge „bzw. falls“ durch „oder“ zu ersetzen.

24.) Zu § 133:

Abs. 1: Bezüglich der Regelungen über die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Stillhaltefrist zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung wird dringend empfohlen, die bisherige Regelung des § 100 BVergG 2002 beizubehalten. Im Unterschwellenbereich wäre die Stillhaltefrist einheitlich auf 7 Tage zu verkürzen.

25.) Zu § 141:

Die Stillhaltefrist bei Widerruf der Ausschreibung im Unterschwellenbereich sollte nur sieben Tage betragen.

26.) Zu § 151:

Abs. 5: Die Formulierung "insbesondere auf Grund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung sachlich gerechtfertigt" deutet darauf hin, dass in diesem Bereich von zukünftig schwer argumentierbaren Konstellationen ausgegangen wird.



Weiters sollte bei den Regelungen über die Rahmenvereinbarung eine Möglichkeit zur Unterbindung allfälliger Wettbewerbsverzerrungen bei Nachverhandlungen sowie eventueller kartellrechtlicher Probleme vorgesehen werden.

Eine absolute, auch für KMUs verträgliche, ökonomisch sinnvolle Höchstfrist von maximal 5 Jahren muss jedenfalls verankert werden.

27.) Zu § 162:

Abs. 3 wettbewerblicher Dialog: Es wird dringend angeregt, den Begriff „verhandeln“ dezidiert anzuführen.

28.) Zu § 174:

Anstelle der Verweise sollten die §§ 4 – 9 entweder im Sektorenbereich wiederholt oder aber im ersten Teil des Gesetzes (und damit für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber geltend) geregelt werden.

29.) Zu § 182:

In Bezug auf die in § 182 des Entwurfs erwähnte „unabhängige Behörde“ (dabei handelt es sich, wie den Erläuterungen zu entnehmen ist, um die jeweilige Regulierungsbehörde) sollte im Entwurf ausdrücklich geregelt werden, *welcher* Regulierungsbehörde die nach dem BVergG vorgesehenen Zuständigkeiten zukommen. Da für den Elektrizitäts- und Erdgassektor bekanntlich zwei Regulierungsbehörden eingerichtet wurden, sollte die betreffende Behörde im Gesetz namentlich genannt werden. Es wird für zweckmäßig erachtet, die Zuständigkeit der Energie-Control GmbH zu übertragen.

30.) Zu § 186:

In Abs. 1 Z 2 ist das Wort „der“ vor dem Wort „geschätzte“ in der ersten Zeile zu streichen.

31.) Zu § 191:

Abs. 2: Die Möglichkeit der Beschränkung, Arbeits- oder Bietergemeinschaften zu bilden, kann dazu führen, KMUs die Teilnahme an einer (Groß-)Ausschreibung zu



nehmen und beschränkt daher eher den Wettbewerb als es ihn fördert. Die im Entwurf vorgesehene Regelung sollte daher beibehalten werden.

32.) Zu § 212:

In Abs. 2 Z 3 wäre „veröffentlich“ durch „veröffentlicht“ zu ersetzen.

33.) Zu § 232:

Eine Solidarhaftung von Subunternehmern erscheint nicht gerechtfertigt. Gerade in Fällen, in denen ein Subunternehmer nur geringfügige Leistungen erbringt, ist nicht nachvollziehbar, warum er hinsichtlich des gesamten Leistungsumfanges zur Haftung herangezogen werden sollte. Die Erklärung über eine Solidarhaftung im Auftragsfall wird deshalb abgelehnt.

34.) Zu § 275:

Im ersten Satz des Abs. 7 ist vor dem Wort „Widerruf“ das Wort „als“ einzufügen.

35.) Zu §§ 284 ff:

Eine Beibehaltung von Schlichtungsverfahren vor der B-VKK wird nur dann als sinnvoll erachtet, wenn sich Auftraggeber und Auftragnehmer (bzw. auch die jeweils in Betracht kommende Interessensvertretung) auf eine Schlichtung einlassen, weil ansonsten eine gütliche Einigung sehr unwahrscheinlich ist.

Mangels im Entwurf vorgesehener echter Alternativen sollte an der bisherigen Regelung der B-VKK festgehalten werden, zumal sie äußerst ressourcenschonend ist.

36.) Zu § 285:

Abs. 4 (Erhöhung der Zeiten der Berufsstellung bzw. Berufserfahrung): Die bisherige Rechtslage (4 Jahre Berufsstellung od. 2 Jahre Erfahrung) hat sich bewährt. Es gibt somit keinen sachlichen Grund diese bewährte Regelung zu ändern.

Abs. 4 sollte daher lauten:

„Der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende der Bundesvergabekontrollkommission müssen über ein abgeschlossenes rechtswissenschaftliches Studium verfügen und entweder



1. bereits durch mindestens vier Jahre eine Berufsstellung bekleidet haben, für die die Vollendung der rechtswissenschaftlichen Studien erforderlich ist, oder
2. über eine mindestens zweijährige einschlägige Berufserfahrung auf dem Gebiet des Vergaberechts verfügen.“

37.) Zu § 296:

Im § 296 wäre im ersten Satz „§ 40“ durch „§ 323“ zu ersetzen.

38.) Zu § 298:

Die in § 159 Abs. 2 BVergG 2002 vorgesehene Antragslegitimation der jeweils in Betracht kommenden Interessenvertretung sollte im Interesse der österreichischen Wirtschaft beibehalten werden.

39.) Zu §§ 300 Abs. 1; 301 Abs. 3; 302 Abs. 3 und 4:

In Hinblick auf die nicht hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit der Mitglieder der Bundes-Vergabekontrollkommission wird unter dem Aspekt der Beibehaltung von qualitativ hochwertigen Schlichtungsverfahrensergebnissen die Beibehaltung der 14-tägigen Frist für Schlichtungsverfahren an Stelle der im Entwurf vorgesehenen 10-tägigen der Vorzug gegeben.

40.) Zu § 306:

Abs. 2: Im bisherigen Bundesvergabeamt hat sich die Stellvertretung des Vorsitzenden durch den an Lebensjahren ältesten Senatsvorsitzenden seit dem 1. September 2002 bewährt. Die Funktion des Stellvertreters sollte daher durch den an Dienstjahren ältesten Senatsvorsitzenden ausgeübt werden. Die Dienstjahre berechnen sich vom Vorrückungstichtag. Diese Regelung wäre auch im Sinne der Sparsamkeit, Zeckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit.

Der § 306 Abs. 2 sollte daher lauten:

„Der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes wird vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung nach vorausgegangener allgemeiner Bewerbung auf unbestimmte Zeit ernannt. Die Funktion des Stellvertreters des Vorsitzenden übt der dienstälteste Senatsvorsitzende aus. Weisen mehrere Senatsvorsitzende die gleiche



Dienstzeit im Bundesvergabeamt auf, übernimmt der an Gesamtdienstjahren älteste Senatsvorsitzende die Stellvertreterfunktion.“

Abs. 3: Absatz 3 sollte lauten:

„Die Senatsvorsitzenden werden vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung nach vorausgegangener allgemeiner Bewerbung erstmalig für die Dauer von fünf Jahren ernannt. Hat der Betroffene im Zeitpunkt seiner Ernennung bereits das 60. Lebensjahr vollendet, hat die Ernennung bis zum Ablauf des Jahres zu erfolgen, in dem er das 65. Lebensjahr vollendet. Nach einer Dienstzeit von drei Jahren in dieser Funktion können Senatsvorsitzende einen Antrag auf unbefristete Ernennung stellen. Die unbefristete Ernennung erfolgt durch den Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung.“

Abs. 7: Die bisherige Rechtslage (4 Jahre Berufsstellung od. 2 Jahre Erfahrung) hat sich bewährt. Es gibt somit keinen sachlichen Grund diese bewährte Regelung zu ändern.

Der § 306 Abs. 7 sollte daher lauten:

„Der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende und die Senatsvorsitzenden müssen über ein abgeschlossenes rechtswissenschaftliches Studium verfügen und entweder

1. bereits durch mindestens vier Jahre eine Berufsstellung bekleidet haben, für die die Vollendung der rechtswissenschaftlichen Studien erforderlich ist, oder
2. über eine mindestens zweijährige einschlägige Berufserfahrung auf dem Gebiet des Vergaberechts verfügen.“

41.) Zu § 311:

Abs. 5: Um eine sachlich nicht rechtfertigbare Ungleichbehandlung zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Bediensteten des Bundes zu vermeiden, sollte der § 311 Abs. 5 lauten:

„Endet die Mitgliedschaft eines gemäß § 306 Abs. 3 bestellten Mitgliedes des Bundesvergabeamtes, das unmittelbar vor seiner Ernennung in einem Dienstverhältnis zum Bund stand, durch Zeitablauf, so treten die Rechtsfolgen gemäß § 75b Abs. 1 BDG 1979 oder § 29d Abs. 1 VBG 1948 ein.“



Abs. 7: § 311 Abs. 7 sollte lauten:

"Die Funktionsbezeichnung ist nach § 63 BDG 1979 der entsprechende Amtstitel."

42.) Zu § 321:

Abs. 5: Die Einrichtung der Bedienstetenversammlung im § 321 Abs. 5 wird begrüßt. Die Einrichtung mittels Verfassungsbestimmung erscheint aber im Hinblick auf § 309 entbehrlich.

Im zweiten Satz wäre das Wort „Drittel“ durch „Dritteln“ zu ersetzen.

43.) Zu § 333:

Es wird angeregt, einen Zuspruch eines pauschalierten Aufwändersatzes in der Höhe der Pauschalgebühren in der Hauptverhandlung einzuführen. Auch sollte die Möglichkeit der Erlangung eines pauschalierten Schadenersatzes im Rahmen des Verfahrens vor dem BVA geschaffen werden. Beide Maßnahmen wären geeignet, dem Unternehmer einen rascheren und auch kostengünstigeren Rechtsschutz zu gewährleisten.

44.) Zu § 335:

Eine Neuregelung des Schlichtungsverfahrens mit der Hemmung des Laufes der Nachprüfungsfristen vor dem Bundesvergabeamt für die Verfahrensdauer von 14 Tagen brächte mit sich, dass die Einleitung des Schlichtungsverfahrens als Entscheidung der B-VKK ausgestaltet werde. Dies bedeutet, dass diese Entscheidung als Bescheid zu qualifizieren wäre und der Bundes-Vergabekontrollkommission damit eine Behördenfunktion zukäme. Neben dem Bundesvergabeamt würde eine neue Behörde geschaffen werden, was nicht den Erfordernissen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht. Merkbare Einsparungseffekte, wonach einer derartigen Neuregelung des Schlichtungsverfahrens mit merkbaren Einsparungseffekten zu rechnen ist, werden von ho. nicht gesehen.

Die in § 335 Abs. 2 vorgesehene Hemmung der Frist für Nachprüfungsanträge für die Dauer eines anhängigen Schlichtungsverfahrens vor der B-VKK wird nachdrücklich abgelehnt. Durch die Einführung einer solchen Fristenhemmung könnten sich die



Bieter bestärkt sehen, ein Schlichtungsersuchen vor der B-VKK zu stellen und damit das Verfahren in die Länge zu ziehen (Zur Problematik einer Einschränkung der mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziele der Schnelligkeit und Wirksamkeit durch eine vorherige Anrufung einer Schlichtungsstelle vgl. auch Rs 410/01, Fritsch Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH ua).

Dies könnte - besonders im Hinblick auf die für Verfahren vor dem BVA anfallenden Antragsgebühren für die Bieter - zu einer Verlagerung der Fälle vom BVA zur B-VKK und in weiterer Folge zu einem erhöhten Personal- und Kostenaufwand der B-VKK führen.

45.) Zu § 362:

In den Z 1 und 2 des Abs. 1 ist das Wort „ist“ zu streichen.

II. Schlussbemerkungen:

U.e. wurden dem Präsidium des Nationalrates 25 Ausfertigungen der Ressortstellungnahme übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen
Wien, am 06.09.2005
Für den Bundesminister:
Mag.iur. Georg Konetzky

Elektronisch gefertigt.

