



**Bundesministerium
für Landesverteidigung
Fremdlegislative**

DRINGEND

Sachbearbeiter:
Mag. Elke JANDER
Tel: 5200/21545
Fax: 5200/17206
e-mail: fleg@bmlv.gv.at

GZ S91031/65-FLeg/2005

Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG);Stellungnahme

An das
Präsidium des NationalratesA-1014 Wien

Das Bundesministerium für Landesverteidigung beehrt sich, in der Anlage 25 Ausfertigungen der ho. Stellungnahme zu dem vom Bundeskanzleramt übermittelten **Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG)** zu übermitteln.

Die gegenständliche Stellungnahme wurde auch auf elektronischem Weg an die Adresse begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übermittelt.

09.09.2005

Für den Bundesminister:
i.V. MOSER



**Bundesministerium
für Landesverteidigung
Fremdlegislative**

DRINGEND

Sachbearbeiter:
Mag. Elke JANDER
Tel: 5200/21545
Fax: 5200/17206
e-mail: fleg@bmlv.gv.at

GZ S91031/65-FLeg/2005

Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG);Stellungnahme

An das
Bundeskanzleramt
z.Hd. Abteilung V/A/8
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Zu dem mit do. Note vom 6. Juli 2005, GZ 600.883/50-V/A/2005, auf elektronischem Weg übermittelten **Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG)** nimmt das Bundesministerium für Landesverteidigung wie folgt Stellung:

A) Vorbemerkungen:

Der Entwurf des Bundesvergabegesetzes 2006 weist eine klarere Struktur als das geltende Bundesvergabegesetz 2002 und damit eine verbesserte Benutzerfreundlichkeit auf. Die Anzahl der Paragraphen wurde dadurch jedoch von 192 auf 363 erhöht.

Die Regelungen für den Oberschwellenbereich (OSW) und den Unterschwellenbereich (USW) sind nun grundsätzlich gleich, Unterschiedlichkeiten werden im Gesetz extra geregelt.

Die derzeitige Ausnahmebestimmung für die Verteidigung gemäß Art. 296 EU-Vertrag (bisher nur Liefer- und Dienstleistungsaufträge) wurde nun auch noch um die Bauaufträge erweitert.

Die Bundesvergabekontrollkommission sollte aus Gründen der Verwaltungsökonomie als mögliches Mittel einer gütlichen Streitbeilegung in einem absehbaren Zeitraum noch bestehen bleiben.

Die künftige Ermächtigung des Bundesvergabebeamten, im Nachprüfungsverfahren das Vertragsverhältnis bei einer offenkundig unzulässigen Direktvergabe rückwirkend aufzulösen zu können, ist im Wirkungsbereich des ho. Ressorts vor allem für die vielen Kleineinkäufe der Betriebsversorgungsstellen und Kompanien bedeutsam.

B) Ressortspezifische Anliegen:

1. Zu § 10 („Vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommene Vergabeverfahren“):

Die bisher im § 6 des Bundesvergabegesetzes 2002 enthaltenen Ausnahmebestimmungen für die Landesverteidigung finden sich nunmehr im § 10 BVergG .

Es erfolgte aber eine Erweiterung dahingehend, dass auch Vergabeverfahren, die ausdrücklich für geheim erklärt werden, gemäß § 10 Z 1 vom Vergaberegime des BVergG ausgenommen sind. Eine nähere Definition was unter dem Begriff „**geheim**“ zu verstehen ist, findet sich bedauerlicherweise weder im Text noch in den Erläuterungen. Insbesondere wäre es wünschenswert, eine Klarstellung dahingehend herbeizuführen, unter welchen Umständen Zutritt und Aufenthalt in militärisch sensiblen Bereichen (zB. bei Dienstleistungen) als geheim zu werten ist. Hinsichtlich des schon bisher vorhanden Ausnahmetatbestandes „...Vergabeverfahren,..., deren Ausführung auf Grund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert,...“ bleibt aber offen, was mit solchen **besonderen Sicherheitsmaßnahmen** gemeint ist. Aus Sicht stellt insbesondere die erweiterte Verlässlichkeitsprüfung gemäß §§ 23 und 24 MBG, BGBl. I Nr. 86/2000 iVm der Verordnung des Bundesministers für Landesverteidigung über die Verlässlichkeitserklärung, BGBl. II Nr. 195/2001, eine solche „besondere Sicherheitsmaßnahme“ iSd des Gesetzes dar. Dies sollte in den Erläuterungen klar zum Ausdruck kommen (vgl. auch Sicherheitsüberprüfungen gem. §§ 55 bis 55b SPG und InfoSiG iVm § 2 InfoSiVO). Die **Beschränkung** der Ausnahmebestimmung **auf ausschließlich das „Vergabeverfahren“** als solches erscheint aus ho. Sicht jedoch praxisfremd, weil es letztendlich auf die Lieferung der Güter bzw. auf die Erbringung

der Dienstleistung im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrages ankommt. Es kann durchaus vorkommen, dass das Vergabeverfahren als solches noch nicht der Geheimhaltung bzw. besonderen Sicherheitsmaßnahmen unterliegt, die Ausführung des Auftrages zB. auf Grund der Zutrittsmöglichkeiten jedoch schon. Die Formulierung des § 10 Z 1 sollte daher wie folgt lauten:

„1. für Vergabeverfahren und Aufträge, die für geheim erklärt werden oder deren Ausführung auf Grund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Republik Österreich es gebietet,“

Bei näherer Betrachtung des § 10 Z 2 BVergG ergeben sich aber auch noch Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit einer besonders restriktiven Auslegung durch den EuGH. Diese Bestimmung (vgl. hierzu die Erläuterungen) könnte nämlich auch so ausgelegt werden, dass nicht der gesamte in Art. 296 EGV formulierte Vorbehalt der nationalen Sicherheit zur Interpretation herangezogen werden kann, sondern nur Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV. Somit könnte der Schluss gezogen werden, dass militärische Sonderbauten nicht mehr wie bisher unter die Ausnahmebestimmungen fallen, soweit sie nicht die Erzeugung oder den Handel von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial betreffen. Insgesamt bedarf der Gesetzentwurf im § 10 noch einer umfassenden Ausnahmeregelung hinsichtlich der Anwendbarkeit des BVergG für **Lieferungen von Waren, für die Erbringung von Dienstleistungen und für die Erbringung von Baumaßnahmen im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung aus Gründen der nationalen Sicherheit**.

Im Zusammenhang mit der im bei einem Auslandseinsatz des Bundesheeres notwendigen **Erbringung von Leistungen im Einsatzgebiet** erachtet es das BMLV als erforderlich, einen eigenen Tatbestand im § 10 BVergG zu verankern. Nach § 10 Z 16 wäre daher noch folgende neue Z 17 anzufügen:

„17. für Bau-, Liefer-, und Dienstleistungen im Rahmen des Einsatzes von Truppen des Bundesheeres im Ausland, wenn diese Leistungen im Ausland erbracht werden sollen.“

Ohne diese Ausnahmeregelung wird es aus ho. Sicht in Zukunft nämlich immer schwerer werden, Leistungen im ausländischen Einsatzgebiet zu erbringen, zumal davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz aus dem Titel des BVergG in der Praxis gleichsam auszuschließen ist (Bsp.: eine syrische Baufirma würde wohl kaum in einem Vergabeverfahren, das durch österreichische Dienststellen im Rahmen eines Auslandseinsatzes in Damaskus

durchgeführt wird, Rechtsschutz beim Bundesvergabebeamten in Wien suchen, um ein Nachprüfungsverfahren zu bewirken).

2. Zu § 15 Abs. 1 Z 1 („Schwellenwerte“):

Die Z 1 des § 15 Abs. 1 BVergG soll für das BMLV nur dann gelten, wenn es Waren betrifft, die im Anhang VI angeführt sind. Unklar ist somit, welcher Schwellenwert für Waren gilt, die nicht in Anhang VI genannt sind, weil die Z 2 nicht für das BMLV gelten kann (vgl. die Formulierung „von anderen als in Z 1 genannten Auftraggebern“). Nach ho. Ansicht wäre daher auch im BVergG die bereits im geltenden Bundesvergabegesetz 2002 enthaltene Bestimmung **„bei allen übrigen Lieferaufträgen...“** zu verwenden.

Ungeklärt ist auch, ob es - so wie im geltenden Recht - auch in Zukunft hinsichtlich der Dienstleistungskonzessionsverträge einen Ober- und Unterschwellenbereich geben wird, da dies im Hinblick auf die Bekanntmachungsvorschriften von Bedeutung erscheint.

3. Zu § 89 („Barrierefreies Bauen“):

Bedingt durch die spezielle ho. Interessenlage sollte für Bauten des militärischen Sonderbaus eine grundsätzliche Ausnahmeregelung betreffend das **barrierefreie Bauen** normiert werden. Unter Bauten des militärischen Sonderbaus sind etwa Befestigungs- und Sperranlagen, Übungsstätten, Munitionslager, Meldeanlagen und dergleichen zu verstehen.

Aus diesem Grund wäre nach § 89 Abs. 3 BVergG folgender neuer Abs. 4 anzufügen:

„(4) Bei Bauten des militärischen Sonderbaus finden die Abs. 1 bis 3 keine Anwendung.“

C) Sonstige Anregungen und formale Hinweise:

1. Zu § 13 („Direktvergabe“):

Bei der Direktvergabe erfolgt künftig offensichtlich eine Diskriminierung des öffentlichen Auftraggebers gegenüber den Sektorenauftraggebern, indem die Zu-

lässigkeitswerte sowohl bei der Vergabe von geistigen Dienstleistungen als auch bei allen übrigen Leistungen, die jeweils nur halb so hoch angesetzt sind (30.000 gegenüber 60.000 Euro und 20.000 gegenüber 40.000 Euro).

Nicht gänzlich nachvollzogen kann ho. auch der Umstand werden, die Direktvergabe an insolvente Unternehmen zuzulassen, „wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht“, und gleichzeitig die Eignung bei der Direktvergabe einem Feststellungsverfahren gemäß § 345 Abs. 1 Z 2 BVergG zu unterwerfen. Abgrenzungsprobleme und das Herbeiführen von Feststellungsverfahren wären dadurch unausweichlich, § 13 Abs. 4 leg. cit. hätte daher ersatzlos zu entfallen.

2. Zu § 17 Abs. 4 („Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen“):

Die Einführung dieser neuen Bestimmung wird aus Sicht des BMLV ausdrücklich begrüßt.

3. Zu § 18 Abs. 1 Z 2 („Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen“):

Es wäre einmal der Ausdruck „der“ zu streichen.

4. Zu § 22 Abs. 1 Z 2 („Grundsätze des Vergabeverfahrens“):

Gemäß § 22 Abs. 4 BVergG dürfen Vergabeverfahren künftig nur dann durchgeführt werden, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Dies bedeutet nach ho. Auffassung, dass der Auftraggeber erst dann eine Leistung ausschreiben darf, wenn er Leistung benötigt oder in absehbarer Zeit benötigen wird. Auf Grund der derzeitigen Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber schon in der Planung der Vergabe ein mögliches Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Diese zeitliche Verzögerung wird in der Regel von den Auftraggebern in den Ablauf des Vergabeverfahrens eingerechnet.

Wenn jedoch, in einem Vergabeverfahren mehrere Nachprüfungsverfahren in zeitlicher Abfolge durchgeführt werden, ist es nicht zumutbar, eine derartige Verzögerung bei der Planung einer Beschaffung durch ein Ressort zu berücksichtigen. Dies kann zur Folge haben, dass eine notwendige Beschaffung nicht mehr zeitgerecht durchgeführt werden kann.

Aufgrund dieses Umstandes wäre aus ho. Sicht eine Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen, welche das Bundesvergabeamt verpflichtet, alle Mängel in einem Nachprüfungsverfahren zu behandeln, um zeitliche Verzögerungen hintanzuhalten. Ebenso erscheint es untunlich, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein allfälliges Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof abzuwarten hat, ehe der Zuschlag erteilt werden kann.

5. Zu § 36 Abs. 1 Z 2 („Wahl des wettbewerblichen Dialoges“):

Es wäre der Ausdruck „nichtoffenen“ durch „nicht offenen“ zu ersetzen.

6. Zu § 36 („Wahl des wettbewerblichen Dialoges“):

Gemäß den Erläuterungen sind bei der Zusammenschau der Bestimmungen zum wettbewerblichen Dialog sowohl objektive („objektiv nicht in der Lage“) als auch subjektive („nach Ansicht des Auftraggebers“) Elemente erforderlich. Diese Form der Auftragsvergabe läßt eine Rechtsunsicherheit bei den auftraggebenden Stellen erwarten, da die Entscheidung, einen Auftrag im wettbewerblichen Dialog zu vergeben, objektiv nachprüfbar sein muss. Der Hinweis, dass der wettbewerbliche Dialog verstärkt bei PPP-Projekten Anwendung finden wird, führt unter dem Lichte des EuGH-Urteils vom 11. Jänner 2005 in der Rechtssache C26/03 zu keiner Verbesserung der zu beurteilenden Situation. Die Anwendbarkeit des § 36 BVergG wäre daher wesentlich detaillierter im Gesetzestext auszuführen.

7. Zu § 40 Abs. 1 („Zusätzliche Möglichkeiten der Wahl des Verhandlungsverfahrens“):

Die Wertgrenze von 250.000 Euro für Bauleistungen erscheint ho. betragsmäßig nicht nachvollziehbar, dem gegenüber erscheint die Wertgrenze des § 30 Abs. 1 BVergG für Verhandlungsverfahren zu niedrig (Wertgrenze 1,000.000 Euro).

8. Zu § 64 („Verkürzte Angebots- und Teilnahmefristen bei Verwendung elektronischer Medien“):

Die unterschiedlichen Fristen der Abs. 1 und 2 sind im § 64 BVergG nicht geboten, der Einfachheit halber sollte daher der Abs. 2 entfallen.

9. Zu § 66 („Teilnahmefristen“):

Im letzten Satz hätte der Ausdruck „gemäß § 57“ zu lauten (analog wie im § 67 Abs. 1 BVergG).

Weiters ist nicht nachvollziehbar, warum die Frist im § 65 Z 3 BVergG 15 Tage beträgt und im § 66 leg. cit. 14 Tage. Es sollte eine einheitliche Frist festgelegt werden (zB. 14 Tage). Die Tatsache, dass es sich bei den Fristen um eine im OSW-Bereich und eine im USW-Bereich handelt, ist kein ausreichender Grund für eine Differenzierung, da es sich in beiden Fällen um das „nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung“ handelt.

10. Zu § 68 („Verkürzte Angebotsfristen bei Verwendung elektronischer Medien“):

Die Frist sollte mit jener im § 64 Abs. 1 BVergG vereinheitlicht werden (s. oben).

11. Zu § 69 („Verkürzte Teilnahme- und Angebotsfristen):

Dieser Bestimmung zufolge soll eine Verkürzung der Mindestfristen in besonderen Fällen möglich sein: Ein Problem stellt nach ho. Ansicht die Tatsache dar, dass keine Mindestfrist angeführt ist. Unter Berücksichtigung des Postlaufs wäre damit eine Reduktion der Angebotsfrist bis ca. sieben Tage möglich. Ob dies dem Gebot der Angemessenheit entspricht, ist jedenfalls fraglich.

12. Zu § 73 („Nachweis der Befugnis“):

Die Notwendigkeit dieser Bestimmung kann ho. nicht nachvollzogen werden. Handelt es sich um ein inländisches Unternehmen, so gelten die in Österreich üblichen Befähigungsnachweise, wie zB. der Gewerbeschein. Bei ausländischen Unternehmen wird die Befugnis durch das Vorliegen der Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß den §§ 373 c und 373 d GewO 1994 oder einer Bestätigung

gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenordnung bzw. der EWR-Ingenieurkonsulentenordnung erbracht. Jede weitere Sonderregelung führt nur zu Missverständnissen und Konflikten. § 73 wäre daher ersatzlos zu streichen oder es wäre klarzustellen, dass er nur bei Vergabe von Leistungen Anwendung findet, deren Erbringung im Ausland erfolgt (zB. Neubau eines Botschaftsgebäudes in einem anderen EU-Mitgliedstaat).

13. Zu § 77 Abs. 1 („Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit“):

Der letzte Satz („Andere als können nicht verlangt werden“) stellt aus ho. Sicht eine nicht gerechtfertigte Einschränkung des Auftraggebers dar. Sie wäre daher entweder ersatzlos zu streichen oder durch die Formulierung: „Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nur aus sachlichen Gründen verlangen.“ zu ersetzen.

14. Zu § 80 („Möglichkeit vom Absehen des Nachweises der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit“):

Diese Sonderregelung ist dem ho. Dafürhalten nach grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings erscheint damit eine Diskriminierung der Direktvergaberegung im Rechtsschutz gegeben, weil für die Direktvergabe ein Feststellungsverfahren betreffend der Eignung gemäß § 345 Abs.1 Z 2 BVergG vorgesehen ist. Bei den formgebundenen Verfahren im Unterschwellenbereich kommt solches nicht vor.

15. Zu § 85 („Subunternehmerleistungen“):

Die im § 70 Abs. 1 des geltenden Bundesvergabegesetzes 2002 enthaltene Bestimmung, dass bei Bauaufträgen der Auftraggeber wesentliche, die dem Baumeister gemäß § 202 GewO 1994 alleine vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten selbst auszuführen hat, sollte im Gegenstand beibehalten werden.

16. Zu § 98 Abs. 1 („Erstellung eines Leistungsverzeichnisses“):

Der letzte Satz wäre aus ho. Sicht ersatzlos zu streichen, weil diese Bestimmung vermutlich zu einem unnötigen Mehraufwand bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses führen wird. Es ist Wesen der konstruktiven Leistungs-

beschreibung, dass die geforderte Leistung aus den Inhalten der einzelnen Positionen ersichtlich ist. Eine zusätzliche „Leistungsgruppenbeschreibung“ ist für die Kalkulation der ausgeschriebenen Leistungen nicht von Nöten, sondern stellt nur den (ungeeigneten) Versuch einer zusätzlichen funktionalen Leistungsbeschreibung dar.

17. Zu § 106 Abs. 3 („Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung“):

Im zweiten Halbsatz fehlt nach dem Wort „Leistungsfähigkeit“ das Wort „nachzuweisen“.

18. Zu § 106 Abs. 3 („Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung“):

Dieser Satz ist nach dem Ausdruck „... seine eigene Leistungsfähigkeit...“ unvollständig.

19. Zu § 112 Abs. 2 („Besondere Bestimmungen über den Inhalt der Angebote bei funktionaler Leistungsbeschreibung“):

Der Text hätte offensichtlich „... und sonstige Unterlagen...“ zu lauten.

20. Zu § 115 Abs. 1 („Zuschlagsfrist“):

Hier ist - so wie bereits im geltenden Bundesvergabegesetz 2002 - angeführt, dass die Zuschlagsfrist einen Zeitraum von sieben Monaten nicht überschreiten darf. Es fehlt aber ebenso wie bisher eine Sanktion für die Überschreitung dieser Frist. Unklar ist auch noch, ob das Verfahren nach Ablauf von sieben Monaten widerrufen werden kann, weil ein diesbezüglicher Widerrufsgrund nicht vorhanden ist, sofern man nicht mit den „sachlichen Gründen“ im Sinne des § 140 Abs. 2 Z 3 BVergG argumentiert.

21. Zu § 124 Abs. 3 („Vorgehen bei der Prüfung“):

Diese Regelung erscheint aus ho. Sicht deshalb nicht zweckmäßig, weil die Formulierung zB. des 24. günstigsten Angebotes, auch nur stichprobenartig, für den

Auftraggeber eine unnötige zeit- und damit kostenintensive Mehrbelastung darstellt, deren Ergebnis für den Ausgang des Verfahrens irrelevant ist. Geeigneter wäre daher eine Formulierung wie etwa: „Es sind nur die für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote zu prüfen.“

22. Zu § 126 Abs. 5 und Abs. 6 („Prüfung der Angemessenheit der Preise – vertiefte Angebotsprüfung“):

Das Verzichten auf eine Plausibilität der Preise unter einem gewissen Verfahrenswert wird ho. für nicht zielführend gehalten. Es wäre besser, die Plausibilitätsprüfung durch den Hinweis zu vereinfachen, dass bei Aufträgen unter 120.000 Euro die Aufklärung auch nur mündlich erfolgen kann.

Betreffend § 126 Abs. 6 BVergG ist zu bemerken, dass es dem Auftraggeber nicht zuzumuten ist, nachzuprüfen, ob eine staatliche Förderung bzw. Beihilfe eines EU-Mitgliedstaates tatsächlich zurecht erfolgt ist oder nicht. Die Bestimmung wäre daher ersatzlos zu streichen.

23. Zu § 130 („Ausscheiden von Angeboten“):

Gemäß der oa. Bestimmung hat der Auftraggeber künftig „vor Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung“ aufgrund des Ergebnisses der Prüfung zur Zuschlagsentscheidung gewisse Angebote auszuschneiden. Speziell auf Suche nach dem Angebot mit dem niedrigsten Preis ist es im Rahmen der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit nicht geboten, alle Angebote einer vollständigen Prüfung zu unterziehen. Daher werden in der Regel nur jene Angebote einer näheren Prüfung unterzogen, die eine Chance haben, den Zuschlag auch tatsächlich zu erhalten. Dies werden in der Regel jene fünf Angebote sein, die den niedrigsten Preis haben.

Wenn nun ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung eingeleitet wird, könnte sich schon daraus ein Mangel im Verfahren ergeben, weil nicht alle Anbieter beurteilt wurden. Über das Ausscheiden dieser nicht geprüften Anbieter kann dann keine Entscheidung getroffen werden. Daher wird angeregt, speziell bei derartigen Konstellationen den Entwurf entsprechend anzupassen, damit keine Nachteile für den Auftraggeber (Vorwurf des Verfahrensmangels) entstehen können.

24. Zu § 133 Abs. 1 („Stillhaltefrist, Nichtigkeit der Zuschlagserteilung, Geltendmachung der Nichtigkeit“):

Diese Frist sollte aus ho. Sicht vereinheitlicht werden (zB. 10 Tage als Kompromissvorschlag).

25. Zu § 135 („Form des Vertragsabschlusses“):

Wie den Erläuterungen zu entnehmen ist, findet § 135 BVergG für Vergaben gemäß § 13 leg. cit. (Direktvergabe) keine Anwendung. Es besteht daher die Möglichkeit, durch eine Direktvergabe mündliche Verträge abzuschließen. Diese Vorgangsweise leidet an einer entsprechenden Nachprüfbarkeit von Verwaltungshandeln, da aufgrund der mündlichen Verträge keine schriftlichen Dokumente vorhanden sind. Aufgrund mangelnder schriftlicher Unterlagen kann in nachfolgenden Verfahren vor den Vergabekontrollinstanzen oder in Zivilprozessen kein entsprechender Nachweis vorgelegt werden. Auch ist hier die Sicherheit für die Auftragnehmer nicht gegeben, dass jene Person, die einen mündlichen Auftrag erteilt, auch hiezu berechtigt ist.

Das ho. Ressort hatte sich in den letzten Jahren mehrmals mit derartigen mündlichen Aufträgen, welche von diversen Unternehmen behauptet wurden, zu befassen. Eine Nachvollziehbarkeit innerhalb der eigenen Verwaltung war oftmals nicht gegeben.

Daher wird angeregt, grundsätzlich für alle Verträge, die das Ergebnis von Verfahren nach diesem Bundesgesetz sein sollen, die Schriftlichkeit festzulegen. Dies könnte im Gesetzentwurf beispielsweise im 1. Teil, 5. Abschnitt, § 22 („Grundsätze des Vergabeverfahrens“), in einem neu einzufügenden Absatz 7 normiert werden.

26. Zu § 136 Abs 2 („Zurückstellung von Ausarbeitungen“):

Der Abs. 2 des § 136 BVergG normiert, dass unmittelbar nach Abschluss des Verfahrens jenen Bietern, denen der Zuschlag nicht erteilt wurde bzw. im Falle des Widerrufs allen Bietern, die entsprechenden Ausarbeitungen zurückzustellen sind. Diese Verpflichtung kann im Fall eines Nachprüfungsverfahrens nicht zweckmäßig sein. Auch bei einem Verfahren vor den Gerichthöfen des öffentlichen

Rechtes erscheint es nach ho. Auffassung nicht sinnvoll, Unterlagen zurückzustellen, welche gegebenenfalls noch für ein weiteres Verfahren vor dem Bundesvergabeamt benötigt werden. Einerseits würde sich der Bund damit jeglicher Beweismittel selbst berauben und andererseits wäre dann eine objektive Kontrolle durch die Vergabekontrollbehörden nicht mehr gewährleistet.

Aufgrund der gewählten Formulierung erscheint es auch möglich, dass ein Bieter auf Herausgabe der entsprechenden Ausarbeitungen klagt und der Auftraggeber keinerlei Möglichkeit hat, die Herausgabe zu verhindern.

Daher wird empfohlen, zumindest eine Sperrfrist von sechs Monaten für Verfahren vor den Vergabekontrollinstanzen bis zur endgültigen Entscheidung durch diese aufzunehmen (Anm.: die sechsmonatige Frist ergibt sich aus § 346 Abs. 2 BVergG).

27. Zu § 141 Abs. 3 u. 4 („Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit der Widerrufs“):

Die Frist sollte ebenso wie im § 133 Abs. 1 BVergG vereinheitlicht werden (s.oben).

28. Zu § 157 („Einrichten und Betrieb eines dynamischen Beschaffungssystems“):

Der Auftraggeber soll künftig „für die Errichtung, den Betrieb und die Teilnahme an einem dynamischen Beschaffungssystem“ den Unternehmern keine Kosten mehr verrechnen dürfen. Es ist daher davon auszugehen, dass ein solches System erhöhte Verwaltungskosten mit sich bringt, welche durch die Wahl des Verfahrens nicht kompensiert werden können. Diese Bedenken werden im Vorblatt dadurch bekräftigt, dass bei den Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich eine Quantifizierung der Transaktionskosten und gleichzeitig bei den finanziellen Auswirkungen Einsparungspotenziale und Mehrkosten für die Implementierung neuer Verfahren nicht beziffert werden können.

Zur Bundes-Vergabekontrollkommission:

Gemäß § 298 Abs. 2 BVergG ist der Auftraggeber nicht berechtigt, ein Verfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission einzuleiten. Ebenso ist der Auftraggeber gemäß § 298 Abs. 3 nicht von der Aufnahme der Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission zu verständigen. Es wird daher angeregt, im Interesse der

Kontrollmöglichkeiten des Auftraggebers, diesen Auftraggeber in § 298 zu berücksichtigen.

Im § 303 kommt es im Gegensatz zu § 298 nach ho. Auffassung zu einem Systembruch, da der Auftraggeber, der ja keine Partei im vorliegenden Schlichtungsverfahren ist, verpflichtet wird, die für die Erfüllung der Aufgaben der Bundes-Vergabekontrollkommission notwendigen Auskünfte zu erteilen. Schon aus diesem Grund wäre es sinnvoll, wenn der Auftraggeber von einem Verfahren obligatorisch verständigt wird.

Weiters wäre zu § 303 anzumerken, dass Abs. 2 ho. nicht nachvollzogen werden kann. Wenn ein Auftraggeber „Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorlegt“, kann davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber an einer gütlichen Einigung (das Verfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission ist ein Schlichtungsverfahren) nicht interessiert ist. Die Bundes-Vergabekontrollkommission entscheidet nicht hoheitlich (keine Bescheiderlassung), sondern soll zwischen den Streitparteien lediglich eine Einigung herbeiführen. Daher erscheint es nicht gerechtfertigt, wenn lediglich aufgrund von Behauptungen der „nichtsäumigen Beteiligten“ vorgegangen wird. Es wird daher ersucht, diese Bestimmung entsprechend anzupassen.

Generell darf zur Bundes-Vergabekontrollkommission angemerkt werden, dass deren Entscheidung nur für die Streitparteien eine bindende Wirkung entfaltet. Dies kann in einem Vergabeverfahren zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen, weshalb vorgeschlagen wird, die Entscheidung des Bundes-Vergabekontrollsenates für das gesamte Vergabeverfahren verbindlich zu erklären. Ansonsten ist nach ho. Auffassung für den Bund ein derartiges Schlichtungsverfahren nicht notwendig, das es weder wirtschaftlich noch zweckmäßig erscheint.

Nachprüfungsverfahren:

Im vorliegenden Gesetzentwurf ist keine direkte Verständigung des Auftraggebers vorgesehen, sondern lediglich eine Kundmachung im Internet. Der Auftraggeber hat aber Parteistellung im Nachprüfungsverfahren. Dies erscheint ho. nicht zweckmäßig. Um auch dem Rechtsschutzinteresse des Bundes bzw. anderer öffentlicher Auftraggeber gerecht zu werden, wäre eine persönliche Verständigung von der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch das Bundesvergabeamt vorzusehen. Somit würden die Parteirechte des Auftraggebers gewahrt bleiben. Im

Hinblick darauf, dass der Entwurf explizit vorsieht, den „in Aussicht genommenen Bieter“ direkt schriftlich zu verständigen, wäre es sinnvoll, auch für den Auftraggeber eine sinngemäße Regelung aufzunehmen.

Einstweilige Verfügung:

Das Bundesvergabeamt gibt nahezu jedem Antrag auf einstweilige Verfügung statt. Aus verwaltungsökonomischer Sicht wäre es zweckmäßig, schon dem Antrag auf Nachprüfung die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Gleichzeitig müsste dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, mittels Antrag allfällige besondere öffentliche Interessen bzw. massive wirtschaftliche Schäden geltend zu machen und damit die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung zu erreichen. Über derartige Anträge hätte das Bundesvergabeamt innerhalb angemessener Frist zu entscheiden.

29. Zu § 302 Abs. 1 und 2 („Schlichtungsverfahren“):

Der vorgesehene Text „...sind auch Dritte zu verständigen, die von der Meinungsverschiedenheit betroffen sind“, ist zu ungenau formuliert, da sich unweigerlich folgende Fragen stellen: Wie wird festgestellt? Wer ist von der Meinungsverschiedenheit betroffen? Genügt es, dass dies irgendwer einfach behauptet? Dies ist insbesondere im Hinblick auf die im Abs. 2 normierte Möglichkeit der Akteneinsicht für diese „Dritten“ problematisch. Nach ho. Ansicht besteht dadurch die Gefahr, dass die Akteneinsicht unter einem Vorwand zur Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteiles (Kenntnis über das Angebot eines Konkurrenten) missbraucht wird.

Der zweite und dritte Satz im Abs. 1 und der gesamte Absatz 2 sollten im § 302 BVergG daher ersatzlos entfallen.

30. Zu § 333 Abs. 3 („Gebührensatz“):

Im Abs. 3 des § 333 BVergG sollte auch die Verpflichtung zur Verständigung des Auftraggebers aufgenommen werden. Andernfalls wäre der Auftraggeber verpflichtet, ständig die Homepage des Bundesvergabeamtes nach der Bekanntmachung eines Nachprüfungsantrages zu durchsuchen. Die Verpflichtung zur Verständigung des Auftraggebers ist nach ho. Ansicht zweckmäßig, erleichtert die Durchführung des Verfahrens, ist für das Bundesvergabeamt kein wesentlicher

Aufwand und diesem auch zumutbar. Gegebenfalls steht jedem Geschädigten das Recht zu, allfällige Schadenersatzansprüche gemäß ABGB geltend zu machen.

31. Zu § 337 Abs. 1 bis 5 („Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und einer Verhandlung“):

Die direkte Verständigungspflicht des Senatsvorsitzenden wäre jedenfalls auf die Verständigung des Auftraggebers zu erweitern. Es kann nämlich nicht beabsichtigt sein, dass zwar der für die Zuschlagserteilung ins Auge gefasste Bieter direkt verständigt wird, der Auftraggeber sich seine Informationen hingegen durch tägliches Studium der Homepage des BVA zu beschaffen hat.

32. Zu § 345 Abs. 1 Z 2 („Einleitung des Verfahrens“):

Die Z 2 wäre aus ho. Sicht ersatzlos zu streichen, weil sie vor allem im Verhältnis zu § 13 Abs. 4 BVergG unverständlich ist. Diese Bestimmung würde unvorhersehbare Folgen für den Ablauf einer Direktvergabe haben, insbesondere ist in § 346 Abs. 2 bis 5 leg. cit. keine Erlösungsfrist für ein derartiges Recht auf Feststellung geregelt. Sollte die Bestimmung jedoch weiter im Gesetz verankert bleiben, wäre eine Frist zweckmäßig, die aber nicht länger als 30 Tage ab Kenntnis des Zuschlages dauert.

33. Zu § 346 Abs. 2 („Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags“):

Es fehlt augenscheinlich die maximale Antragsfrist, wodurch sich Probleme hinsichtlich der Verjährung ergeben.

34. Zu § 346 Abs. 3 („Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags“):

Siehe hierzu die obigen Ausführungen zu § 345 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Dem Präsidium des Nationalrates wurden 25 Kopien dieser Stellungnahmen in Papierform sowie eine Ausfertigung auf elektronischem Weg übermittelt.

09.09.2005

**Für den Bundesminister:
i. V. MOSER**