



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESVERGABEAMT

An das
Bundesministerium für Finanzen
e-mail: e-Recht@bmf.gv.at

Name/Durchwahl:
Mag. Ilse Lesniak/ 208

Geschäftszahl:
57.220/26-BMWA/BVA/03

Betreff: Bundesgesetz mit dem das Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH geändert wird, Entwurf, Begutachtung

Zu do. GZ: 040010/10-Pr.4/03 vom 8. April 2003

Zu oa. Gesetzesentwurf gibt das Bundesvergabeamt aus der Sicht seiner Zuständigkeit folgende Stellungnahme ab:

Zu § 2 Abs. 7:

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ GmbH) in seiner bisherigen Fassung, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit so auszuüben hat, dass die Ausnahmebestimmung des § 6 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 weiterhin auf die Gesellschaft Anwendung findet, ist entbehrlich: Handelt es sich um die Vergabe von Aufträgen, die von der Ausnahmebestimmung des § 6 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 („in - house - Vergaben“) erfasst sind, unterliegen diese ohnedies nicht dem BVergG 2002. Handelt es sich hingegen um Vergaben, die nicht unter die Regelung des § 6 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 subsumierbar sind, findet § 6 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 keine Anwendung und könnte auch durch eine allfällige entgegenstehende gesetzliche Regelung nicht für anwendbar erklärt werden. Die Erteilung des Auftrages an einen öffentlichen Auftraggeber, bei seiner Aufgabenerfüllung darauf Bedacht zu nehmen, nicht dem vergaberechtlichen Anwendungsbereich zu unterliegen, ist zudem legislativ verunglückt und sollte ersatzlos entfallen.

Zu § 2 Abs. 8:

Gemäß § 2 Abs. 8 1. Satz unterliegt die Gesellschaft bei der Vergabe von Aufträgen als öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVerG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002. Gemäß § 2 Abs. 8 2. Satz soll dies nicht gelten, wenn sich die BRZ GmbH selbst am Vergabeverfahren als Bieter beteiligt, insbesondere Subunternehmerleistungen beschafft oder Arbeitsgemeinschaften zum Zwecke der Beteiligung an einem Vergabeverfahren bildet.

Im § 6 Abs. 1 BVerG 2002 findet sich ein abschließender, insbesondere an gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben orientierter Ausnahmekatalog vom Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002. Bei der Schaffung darüber hinausgehender Freistellungen vom Anwendungsbereich des BVerG 2002 durch andere bundesgesetzliche Regelungen ist zum einen bereits aufgrund des wesensmäßig restriktiven Charakters von Ausnahmebestimmungen Zurückhaltung geboten. Zum anderen haben sich die durch innerstaatliche Rechtsnormen geschaffenen Ausnahmebestimmungen im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu halten.

Die BRZ GmbH ist im Sinne der Vergaberichtlinien und der in deren Umsetzung ergangenen nationalen Bestimmungen zweifellos öffentlicher Auftraggeber (iSd § 7 Abs. 1 Z 2 BVerG 2002) und bei der Vergabe von Aufträgen daher dem BVerG 2002 unterworfen. Die Regelung des § 2 Abs. 8 1. Satz hat insofern lediglich deklaratorische Bedeutung und könnte ersatzlos gestrichen werden. Die öffentliche Auftraggebereigenschaft geht auch nicht dadurch verloren, dass sich die BRZ GmbH selbst als Bieter an einem dem BVerG 2002 unterliegenden Vergabeverfahren beteiligt. Nach der Judikatur des EuGH bleibt eine ursprünglich zu dem Zweck der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art begründete Einrichtung selbst dann öffentlicher Auftraggeber, wenn im Laufe der Zeit der überwiegende Teil dieser Aufgaben wegfällt. Dass neben dem öffentlichen Bereich auch kommerzielle Aktivitäten betrieben werden, ist der Einstufung einer Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber nicht hinderlich. Eine solche Einrichtung ist

auch im Bereich ihrer kommerziellen Tätigkeiten an das öffentliche Vergaberecht gebunden (Rs C-44/96). Daraus folgt, dass die BRZ GmbH, wenn diese als Bieter an einem Vergabeverfahren teilnimmt und hierzu Bietergemeinschaften bildet und die erforderlichen Beschaffungsvorgänge tätigt, insbesondere Subunternehmerleistungen vergibt, die vergaberechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 einzuhalten hat.

Die Erläuterungen zu § 2 Abs. 8 des Gesetzesentwurfes lassen zudem jegliche Erwägungen vermissen, die auf ein begründetes Erfordernis einer entsprechenden Ausnahmeregelung vom Anwendungsbereich des BVergG 2002 für derartige Vergaben hindeuten würden oder diese gar gerechtfertigt erscheinen ließen. Insbesondere findet sich auch keinerlei Hinweis, dass die derzeit geltende Regelung des § 2 Abs. 8 BRZ GmbH - Gesetzes des Inhaltes, dass die Gesellschaft bei der Vergabe von Aufträgen die internationalen und nationalen vergaberechtlichen Regelungen anzuwenden habe, zu unbefriedigenden, einen entsprechenden Änderungsbedarf begründenden Ergebnissen geführt hätte. Die Erläuterungen halten unter Berufung auf das Urteil des EuGH vom 7.12.2000, Rs C-94/99, „ARGE-Gewässerschutz“ fest, dass selbst staatliche Zuwendungen erhaltenden Unternehmen eine Beteiligung an Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber nicht verwehrt sei. Daraus kann jedoch zur Unterstützung der beabsichtigten Novellierungsanordnung nichts gewonnen werden. Die Einräumung einer Sonderstellung dahingehend, dass eine Gesellschaft diesfalls von der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen entbunden sein sollte, kann daraus jedenfalls nicht abgeleitet werden. Das zitierte Urteil stellt lediglich klar, dass die Richtlinie 92/50/EWG der gleichzeitigen Teilnahme privater und öffentlicher bzw. subventionierter Unternehmen an einem Vergabeverfahren nicht entgegensteht. Aus dem Urteil ist eher der gegenteilige Schluss zu ziehen (arg. „...gleich einem privaten Bieter“), dass ein öffentlicher Auftraggeber auch in diesem Fall den vergaberechtlichen Bestimmungen unterliegen müsse. Andernfalls wären Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Bieter dieser Vergabeverfahren zu gewärtigen, was auch im Konflikt mit dem vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter stünde. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Behörden, die die Bestimmung des § 2 Abs. 8 2. Satz BRZ GmbH in

einem Anlassfall anzuwenden haben, veranlasst sehen könnten, den Europäischen Gerichtshof mit einem Vorabentscheidungsverfahren zu befassen.

Nicht zuletzt ist auch zu befürchten, dass der mit dem Novellierungsentwurf unternommene Vorstoß zur Ausweitung des Kreises der Ausnahmen des BVergG 2002 entgegen die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes eine bedenkliche Entwicklung in Richtung Flucht aus dem Vergaberecht einleiten könnte.

Aus den dargelegten Erwägungen muss die Regelung des § 2 Abs. 8 2. Satz des Entwurfes daher abgelehnt werden.

Wien, am 25. April 2003
Der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes

i.V. Mag. Viktoria Mugli-Maschek