

**PER E-MAIL: v@bka.gv.at**  
cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

An das  
Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst  
Herrn Dr. Michael Fruhmann

Ballhausplatz 2  
1014 Wien

**ZI. 13/1 09/93**

**GZ 600.883/0046-V/8/2009**  
**BG, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird**

**Referent: Mag. Robert Ertl, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

### **S t e l l u n g n a h m e :**

#### **a) Allgemeines**

Eingangs ist festzuhalten, dass der Wegfall der Ermächtigung an den Auftraggeber, einen Mindestanteil an Subvergaben vorzuschreiben, zu begrüßen ist.

Weiters ist festzuhalten, dass die vorgesehene Eigenerklärung (§ 70 sowie § 231 BVergG) zu einer erheblichen Erleichterung sowohl für die Auftraggeber als auch die Bieter führen wird, was ebenfalls ausdrücklich zu begrüßen ist.

Mit 3.12.2009 tritt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ÖPNV-VO) in Kraft. In der ÖPNV-VO wird für einen wesentlichen Teil des Verkehrsbereichs ein Sondervergaberegime eingerichtet. UE sollte das BVergG dementsprechend Regelungen für Art 5 Abs 2 ÖPNV-VO (Vergaben an interne Betreiber), Art 5 Abs 4 ÖPNV-VO (Direktvergabe bis 2 Mio € oder 600 000 km p.a.), Art 5 Abs 5 ÖPNV-VO (Direktvergaben als Notmaßnahme) und Art 5 Abs 6 ÖPNV-VO (Direktvergaben im Eisenbahnverkehr) treffen.

**b) Zu §§ 132, 140, 273, 279 und 321 (Stillhalte- und Nachprüfungsfrist)**

Eine angemessene Länge von Stillhalte- und Nachprüfungsantragsfristen stellt eine wesentliche Voraussetzung des effektiven Rechtsschutzes für Vergabeverfahren dar. Das bisherige System sieht für den Oberschwellenbereich grundsätzlich eine Frist zur Einbringung eines Antrags auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung von 14 Tagen vor. In Ausnahmefällen kann diese Frist auf 7 Tage verkürzt werden. Für die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich beträgt die Frist 7 Tage. In der anwaltlichen Praxis zeigt sich, dass diese Fristen durchwegs zu kurz sind, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Der geplante Wegfall der Möglichkeit, die Antragsfrist im Oberschwellenbereich bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen auf 7 Tage zu verkürzen, wird begrüßt.

Wir halten allerdings ausdrücklich fest, dass die Verkürzung der Frist zur Einbringung von Anträgen auf Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen im Oberschwellenbereich von 14 auf 10 Tagen zu empfindlichen Beeinträchtigungen eines effektiven Rechtsschutzes führt und daher abzulehnen ist. Die RL 2007/66/EG sieht in Art 2a zwar vor, dass eine Antragsfrist von mindestens 10 Kalendertagen festzulegen sei, dabei handelt es sich aber bloß um eine absolute Mindestfrist, die den Erfordernissen der Praxis nicht gerecht werden kann. In den Erläuterungen wird davon ausgegangen, „*dass eine zehntägige Frist ausreicht, um einen Nachprüfungsantrag auszuformulieren.*“ In der Praxis ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch die Entscheidungsfindung über die Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten in Unternehmen und die darauf folgende Kontaktaufnahme mit der rechtsfreundlichen Vertretung in aller Regel mehrere Tage in Anspruch nimmt. Für die Ausformulierung und Einbringung des Antrags binnen offener Frist verbleiben anders als in den Erläuterungen festgehalten, häufig nur wenige Tage. Dies widerspricht zweifelsfrei der Rechtstaatlichkeit und insbesondere dem Gebot, Rechtsunterworfenen eine effektive Rechtsverfolgung zu ermöglichen. Die Verkürzung der Frist und die damit einhergehende Benachteiligung von Antragstellerin ist auch sachlich nicht gerechtfertigt, was mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz unvereinbar ist (siehe zur sachlichen Rechtfertigung von Fristverkürzungen etwa VfGH 25.9.2008, G162/07 ua).

Abschließend erlauben wir uns anzuregen, sowohl für den Oberschwellen- als auch den Unterschwellenbereich, generell eine Frist von 14 Tagen vorzusehen. In der anwaltlichen Praxis zeigt sich, dass rechtliche Problem- und Fragestellungen, die im Unterschwellenbereich auftreten, oft nicht einfacher und rascher zu lösen sind als jene im Oberschwellenbereich. Eine Angleichung der Fristen wäre sachlich geboten.

**c) Zu § 334 Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung, Verhängung von Sanktionen**

Es ist geplant, dem Bundesvergabebeamten die Kompetenz einzuräumen, Sanktionen gegen den Auftraggeber zu verhängen.

Bei der Verhängung von Sanktionen sind verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu beachten. Insbesondere sind die Grundsätze der EMRK streng einzuhalten.

Die gesetzliche Umschreibung der Höchstgrenze der Geldbuße mit „20 vH der Auftragssumme“ ist aus verfassungsrechtlichen Überlegungen jedenfalls zu undeterminiert und kann aufgrund der mitunter sehr hohen Auftragssummen zu unangemessen und unverhältnismäßigen Geldbußen führen. Anders als die in den Erläuterungen genannte Geldbuße nach § 29 KartG 2005 hat das Bundesvergabeamt bei der Bemessung der Geldbuße tatsächliche wirtschaftliche Verhältnisse des Auftraggebers nicht zu beachten. Nach § 29 KartG 2005 ist der Gesamtumsatz des Unternehmens für die Bemessung des Höchstbetrags der Geldbuße ausschlaggebend. Dadurch wird auf wirtschaftliche Verhältnisse des Unternehmens zumindest im gewissen Sinne Rücksicht genommen.

Darüber hinaus ist bedenklich, einer Verwaltungsbehörde die Kompetenz der Verhängung einer uU sehr hohen Geldbuße einzuräumen. Diesbezüglich ist auf einschlägige Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs zu verweisen, wonach Handlungen, die mit hoher Strafe bedroht sind, von unabhängigen Organen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu ahnden sind (VfGH 29.11.1995, G115/03, G47/95, G64/95, G1371/95; 18.6.1990, G32/90; 27.9.1989, G8/89, G21/89, G22/89, G23/89, G30/89, G67/89). Der Vergleich der geplanten Sanktionen mit der Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen durch das Kartellgericht nach § 29 KartG 2005 ist nicht sachgerecht. Anders als das Bundesvergabeamt ist das Kartellgericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuordnen, die richterliche Unabhängigkeit ist gewährleistet.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Erläuterungen darauf hinweisen, dass die zu verhängenden Sanktionen lediglich Maßnahmen zum Schutz des laueren Wettbewerbs darstellen würden, sind die oben genannten höchstgerichtlichen Erkenntnisse aus Gründen der Rechtstaatlichkeit inhaltlich (analog) zu beachten. Außerdem scheint es offensichtlich, dass der Gesetzgeber sehr wohl ein System der (strafrechtlichen) Verantwortung einzuführen beabsichtigt, wie mitunter der Verweis auf § 5 VbVG zeigt. Verstärkt wird diese Sicht durch die Tatsache, dass alternativ die Veröffentlichung des Spruchs des Feststellungsbescheids angeordnet werden kann. Durch diese Veröffentlichung kommt es zur Bloßstellung des Auftraggebers und die für Strafen charakteristische Tadelswirkung der geplanten Sanktionen wird evident.

Letztlich ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass § 29 KartG 2005 anders als die geplante Bestimmung auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit abstellt. Für die geplanten Sanktionen ist kein Schuldelement beim Auftraggeber erforderlich, was mit rechtstaatlichen Prinzipien wohl nicht vereinbar ist.

Wien, am 9. Juni 2009

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler  
Präsident