



**Bundesministerium
für Landesverteidigung
Abteilung Fremdlegislative und
internationales Recht**

DRINGEND

Sachbearbeiter:
OR Mag. Christoph MOSER
1090 Wien, Roßauer Lände 1
Tel: 05 02 01-1021610
FAX: 05 02 01-1017206
e-mail: fleg@bmlv.gv.at

GZ S91031/97-FLeg/2008

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)
geändert wird;
Stellungnahme

An das
Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at
Dr. Karl Renner-Ring 1-3
1014 Wien

In der Beilage wird die Ressortstellungnahme zum **Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) geändert wird**, der mit elektronischer Note vom 23. Oktober 2008, GZ BKA-600.883/0044-V/8/2008, seitens des BKA-VD auch dem BMLV zugestellt worden war, zur do. Kenntnisnahme übermittelt.

23.12.2008

Für den Bundesminister:
i. V. MOSER

Beilage



**Bundesministerium
für Landesverteidigung
Abteilung Fremdlegislative und inter-
nationales Recht**

DRINGEND

Sachbearbeiter:
OR Mag. Christoph MOSER
1090 Wien, Roßauer Lände 1
Tel: 05 02 01-1021610
FAX: 05 02 01-1017206
e-mail: fleg@bmlv.gv.at

GZ S91031/97-FLeg/2008

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) geändert wird;
Stellungnahme

An das
Bundeskanzleramt Verfassungsdienst
v@bka.gv.at
z.Hd. Abteilung V.8
Ballhausplatz 2
A-1014 Wien

Zu dem mit do. elektronischer Note vom 23. Oktober 2008, GZ BKA-600.883/0044-V/8/2008, übermittelten **Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) geändert wird**, nimmt das Bundesministerium für Landesverteidigung wie folgt Stellung:

I. Zum do. Gesetzentwurf:

1. Zur Z 23 betreffend die Neufassung des § 83 („Subunternehmerleistungen“):

Die Möglichkeit der Festlegung durch den Auftraggeber, einen bestimmten Prozentsatz an der zu vergebenden Leistung verpflichtend an Subunternehmer weiterzugeben, wird ho. begrüßt. Die dahinterstehende Intention der Förderung von KMU dient im Bereich des BMLV zumindest mittelbar auch der Sicherstellung der

Einsatzbereitschaft des Bundesheeres, weil über Beauftragung von KMU kurze Versorgungswege sichergestellt sind. Aus diesen Überlegungen sollte diese Möglichkeit nicht nur für Bauleistungen bestehen, sondern für alle Auftragsarten gelten.

2. Zu den Z 73 und 81 betreffend die Änderung des § 312 Abs. 3 und 4 iVm dem neugefassten § 334 („Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung, Verhängung von Sanktionen“):

Die do. angedachten Verschärfungen im Rechtsschutzbereich, insbesondere bei den Bußgeldzahlungen und der nachträglichen Nichtigerklärung von Aufträgen (samt der damit verbundenen zivilrechtlichen Rückabwicklung), werden aus ressortspezifischer Sicht entschieden abgelehnt.

Gerade im Bereich des BMLV kann im Zuge der Einsatzplanung und –vorbereitung nämlich der Fall eintreten, dass die erste militärische Lagebeurteilung eine Dringlichkeit der Veranlassung erscheinen lässt, die sich später durch Änderung der politischen Vorgaben und/oder der rechtlichen Rahmenbedingungen als nicht zutreffend herausstellt (zB. ein ursprünglich geplanter Auslandseinsatz kommt letztendlich doch nicht zustande). Darauf beruhende Beschaffungen werden aus Zeitgründen in der Regel ohne vorherige Bekanntmachung vergeben und würden daher künftig unter diesen geänderten Sanktionsmechanismus fallen.

II. Zu einer der im do. Begleitschreiben gestellten Fragen:

Das BMLV spricht sich ausdrücklich gegen den Vorschlag der Einführung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen aus. Die ho. Skepsis ergibt sich aus nachstehend dargestellten Gründen:

Abgesehen von einem zu erwartenden **massiven Anstieg an Nachprüfungsverfahren** und **Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung** sowie den damit verbundenen **höheren Verwaltungskosten**, ist auch mit einer **Verlängerung der Dauer von Vergabeverfahren** zu rechnen. Eine Verlängerung der Vergabedauer würde sich aus ho. Sicht negativ auf den Wirtschaftsstandort Österreich auswirken, weil Unternehmer dadurch nicht so schnell einen Auftrag lukrieren könnten.

Mit einem Antragsrecht für die „gesetzlichen Interessenvertretungen“ sind offensichtlich vor allem die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten und die Bundesarbeitskammer gemeint. Da fast alle sonstigen

Mitglieder des Bundesvergabeamtes (Beisitzer) auf der Auftragnehmerseite bei der Wirtschaftskammer Österreich bzw. der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten beschäftigt sind, ist von einem **ständigen Interessenskonflikt** auszugehen. Die gesetzliche Interessensvertretung würde **über ihren eigenen Antrag entscheiden**. Ein Blick auf die Auftraggeberseite zeigt nämlich, dass diese Mitglieder bei einem anhängigen Nachprüfungsverfahren bzw. Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung ihres jeweiligen Bundesministeriums nicht herangezogen werden. Ein allfälliges Antragsrecht für die Bundesarbeitskammer, als Interessenvertretung für Arbeitnehmer, wird deshalb verneint, weil es sich bei einer Vergabe von Aufträgen **nicht** um eine zu ihren **Kernaufgaben zählende Zuständigkeit** handelt.

Da Kammern in Nachprüfungsverfahren in der Funktion als Interessensvertretung nur die Interessen ihrer Mitglieder verfolgen dürften, wären Bieter benachteiligt, die - etwa auf Grund anderer Staatszugehörigkeit - keiner der in Betracht kommenden Kammer angehören. Die beabsichtigte Neuregelung könnte nach ho. Dafürhalten somit auch gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen.

III. Zu zwei ho. BVergG 2006-Novellierungsersuchen abseits des do. Entwurfs:

1. Normierung (gesetzlicher) Mindestfristen für vom Bundesvergabeamt dem jeweiligen Auftraggeber gesetzte Fristen zur Übermittlung von Stellungnahmen im BVergG 2006:

Regelmäßig wird der **Auftraggeber** nach Einbringung eines Antrages auf Nachprüfung und eines Antrages zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung **vom Bundesvergabeamt aufgefordert, zum Antrag des Bewerbers bzw. Bieters Stellung zu nehmen**. Die dem Auftraggeber gesetzte Frist zur Stellungnahme wird vom jeweiligen Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes festgesetzt. Diese betrug bisher zwischen zwei und fünf Tagen. Nach dem BVergG 2006 können die für die Durchführung von Vergabeverfahren zuständige Dienststelle (vergebende Stelle gemäss § 2 Z 41 BVergG 2006) und die für die Verfahren vor dem Bundesvergabeamt mit juristischen Fachkräften ausgestattete zuständige Stelle (Auftraggeber gemäss § 2 Z 8 BVergG 2006) auseinanderfallen. Somit stellte sich dauernd das Problem, dass die vom Bundesvergabeamt für eine Stellungnahme des Auftraggebers zur Verfügung gestellte **Frist nicht ausreichend** ist, um eine seriöse Stellungnahme abgeben zu können. Schon alleine aufgrund der Dislozierung der vergebenden Stellen von bis zu 600 km (zB. Wien-Vorarlberg) macht die Vorlage des Vergabeaktes, auf Grund dessen die Stellungnahme des Auftraggebers erfolgt, in der vom Bundesvergabeamt gesetzten Frist mehr als schwierig. Die Stellungnahmefrist verkürzt sich dadurch tat-

sächlich auf **oftmals nur einen Tag**. In dieser Zeit sind eine Durchsicht des Vergabeaktes sowie eine daraus folgende Stellungnahme an das Bundesvergabeamt kaum mehr möglich.

Eine Lösung dieses Problems wäre die Einführung einer Mindestfrist für vom Bundesvergabeamt an den Auftraggeber gesetzte Fristen für Stellungnahmen. Aus ho. Sicht würde die Aufnahme einer Mindestfrist **weder** dem BVergG 2006 (Anm.: die derzeitige Rechtslage sieht keine Frist für Stellungnahmen an den Auftraggeber vor) **noch** den einschlägigen EU-Vergaberichtlinien **widersprechen**.

Zur Frage der **Länge einer solchen Mindestfrist** wird Folgendes bemerkt: Das Bundesvergabeamt hat nach § 330 Abs. 3 BVergG 2006 über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen unverzüglich, aber längstens binnen einer Woche nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Da das Bundesvergabeamt für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung längstens binnen einer Woche nach Einlangen eines Antrages entscheiden muss, könnte für die Stellungnahme betreffend den **Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung** eine Mindestfrist für die Auftraggeber von fünf Tagen vorgesehen werden.

Aber auch für die **Anträge auf Nichtigerklärung** sollte eine Mindestfrist für die Stellungnahme der Auftraggeber von fünf Tagen festgelegt werden. Da nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes jedoch in der Regel einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wird und das Bundesvergabeamt eine sechswöchige Entscheidungsfrist hat, könnte für die Stellungnahme betreffend den Antrag auf Nichtigerklärung auch eine Mindestfrist von zehn Tagen vorgesehen werden.

Vorstellbar wäre nach ho. Auffassung weiters, die Länge der Mindestfrist für Stellungnahmen der Auftraggeber betreffend Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Anträge auf Nichtigerklärung an die **Regelung der Fristen für Nachprüfungsanträge** (vgl. dazu § 321 BVergG 2006 NEU) **und Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügung** (§ 328 Abs. 3 iVm § 321 BVergG 2006 NEU) anzugleichen. Damit käme sowohl dem **Antragsteller als auch dem Auftraggeber** derselbe Zeitraum für die Schriftsaterstellung an das Bundesvergabeamt zu. Somit wäre das Gleichgewicht zwischen Antragsteller und Auftraggeber wiederum hergestellt.

2. Normierung eigener - dh. vom AVG abweichender - verfahrensrechtlicher Bestimmungen im BVergG 2006:

Das ho. Ressort hat bei Beschaffungsverfahren die Möglichkeit, sich auf **Ausnahmetatbestände des BVergG 2006** zu berufen, wenn die in Art. 296 EGV aufgeführten Voraussetzungen gegeben sind oder wenn Vergabeverfahren auf Grund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen 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. Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann, von einem Vergabeverfahren nach dem BVergG 2006 Abstand genommen werden.

Die Kontrolle, ob die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand nach § 10 Z 1 und 2 BVergG 2006 vorliegen, obliegt dem Bundesvergabebeamten. Dieses führt sein Verfahren nach dem BVergG 2006 iVm dem AVG durch.

Wenn sich das BMLV auf diese vorerwähnte Ausnahmeregelung des BVergG 2006 beruft (dh. bei Hinweis auf auf das bestehende „Sicherheits- oder Geheimhaltungsinteresse“), ist die im AVG normierte Regelung hinsichtlich des Ausschlusses der Öffentlichkeit nicht zweckdienlich. Es ist nämlich kaum möglich, in einem Verfahren vor dem Bundesvergabebeamten die (schützenswerten) Interessen des Bundes so ausreichend darzulegen, ohne dabei gleichzeitig Tatsachen offenzulegen, welche Geheimhaltungs- oder Sicherheitsinteressen der Republik Österreich berühren.

Zum Ausschluss der Öffentlichkeit normiert § 67e AVG lediglich, dass „die Öffentlichkeit von der Verhandlung nur soweit ausgeschlossen werden darf, als dies aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit, der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie im Interesse des Schutzes Jugendlicher oder des Privatlebens einer Partei oder von Zeugen geboten ist. Der Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgt durch Verfahrensordnung entweder von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei oder eines Zeugen. Unmittelbar nach der Verkündung des Beschlusses über den Ausschluss der Öffentlichkeit haben sich alle Zuhörer zu entfernen, doch können die Parteien verlangen, dass je drei Personen ihres Vertrauens die Teilnahme an der Verhandlung gestattet wird. Wenn die Öffentlichkeit von einer Verhandlung ausgeschlossen wurde, ist es soweit untersagt, daraus Umstände weiterzuerweitern, als dies aus den in Abs. 1 angeführten Gründen geboten ist.“

Wie schon oben gesagt, kommt dem Bundesvergabeamt die Feststellung zu, ob eine Berufung auf Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen der Republik Österreich/Bund rechtens ist oder nicht. Nach der derzeitigen Rechtslage ist es dem Bundesvergabeamt jedoch nur eingeschränkt (bis gar nicht) möglich, den Ausschluss der Öffentlichkeit wegen Geheimhaltungsinteressen zu verfügen. **Im AVG sind Geheimhaltungsinteressen, anders als im BVergG 2006, nicht vorgesehen und auch militärische Sicherheitsinteressen, die nicht jedenfalls nationaler Natur sein müssen, vom Regelungsinhalt des § 67e AVG nicht umfasst** sind. Es fehlt dem Bundesvergabeamt daher die gesetzliche Möglichkeit, um die Rechte des Bundes in geeigneter Form zu wahren (Anm.: nicht näher eingegangen wird auf die Frage, ob das Bundesvergabeamt die fachliche Kompetenz besitzt, militärische Geheimnisse entsprechend würdigen zu können).

Nach ho. Auffassung sollten in das BVergG 2006 eigene verfahrensrechtliche Bestimmungen aufgenommen werden, die sich (vergleichsweise) schon seit Jahrzehnten in Amtshaftungsverfahren bewährt haben und somit keine Neuerung in der österreichischen Rechtsordnung darstellen würden.

So normiert § 13 Abs 2 und 3 AHG etwa, dass „die Öffentlichkeit der Verhandlung auf Antrag einer Partei auch dann auszuschließen (§ 172 ZPO) ist, wenn Tatsachen erörtert oder bewiesen werden müssen, die sonst durch das Amtsgeheimnis gedeckt wären. Das Gericht hat überdies den anwesenden Personen auf Antrag einer Partei die Geheimhaltung von Tatsachen, die sonst durch das Amtsgeheimnis gedeckt wären, zur Pflicht zu machen. Dieser Beschluss ist im Verhandlungsprotokoll zu beurkunden. Die Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung ist ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung (§ 301 StGB).“

Der in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Gesetzestext lautet daher wie folgt:

„Die Öffentlichkeit der Verhandlung ist auf Antrag einer Partei dann auszuschließen, wenn Tatsachen erörtert oder bewiesen werden müssen, die das Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteresse des Auftraggebers berühren. Der Ausschluss der Öffentlichkeit kann für die ganze Verhandlung oder für einzelne Teile derselben stattfinden.

Das Bundesvergabeamt hat überdies den anwesenden Personen auf Antrag einer Partei die Geheimhaltung von Tatsachen, die das Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteresse des Auftraggebers berühren, zur Pflicht zu machen. Dieser Beschluss ist im Verhandlungsprotokoll zu beurkunden. Die Verletzung der

Pflicht zur Geheimhaltung ist ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung (§ 301 StGB).“

In Bezugnahme auf das Protokoll der Verhandlung sollte daher die nachfolgende Formulierung in das Gesetz aufgenommen werden:

„Jene Teile des Protokolls, welche den Teil der Verhandlung wiedergeben, der unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattgefunden hat, ist nur jenen Parteien zugänglich zu machen, die an dem Teil der Verhandlung teilgenommen haben. Sie sind auch in einem etwaigen Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts von der Akteneinsicht auszunehmen. Das Recht auf Prüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts wird dadurch nicht eingeschränkt.“

Durch die oben angeführte Regelung erscheint das Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteresse des Bundes deshalb ausreichend gewahrt, weil die Öffentlichkeit - bis auf die Parteien und deren unmittelbare Vertreter - auf Antrag auszuschließen ist. Im Übrigen ist dadurch auch rechtsstaatlich sichergestellt, dass keine Informationen, welche das Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteresse des Bundes betreffen, an die Öffentlichkeit gelangen.

Zusätzlich wird noch angeregt, dass dem **Auftraggeber** in Zukunft die Möglichkeit eingeräumt wird, in begründeten Fällen, auf Antrag auch die anderen am Verfahren beteiligten Parteien (Antragsteller, mitbeteiligte Partei) vom Verfahren - wenigstens aber zu einzelnen Punkten - auszuschließen.

Der hierfür vorgeschlagene Gesetzestext lautet daher wie folgt:

„Auf begründeten Antrag des Auftraggebers kann für einzelne Teile der Verhandlung auch die vom Auftraggeber verschiedenen Parteien von der Verhandlung ausgeschlossen werden. Die Begründung im Antrag hat sich auf das überwiegende Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteresse des Bundes, wie insbesondere vertragliche oder gesetzliche Verpflichtungen, zu beziehen.“

Die obige Normierung würde dem Bund Gelegenheit bieten, den Kontrollbehörden Informationen zukommen zu lassen, welche Dritten (und damit auch dem Antragsteller) nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Diese Formulierung würde die Möglichkeit des Auftraggebers - im Speziellen für das BMLV - hinsichtlich der

Vorlage von Beweisen massiv erhöhen, ohne dass dadurch die Rechtsicherheit zu kurz käme.

Zur vertiefenden Erörterung der den beiden vorstehenden Novellierungsersuchen zu Grunde liegenden Ressortüberlegungen wird abschließend um **Aufnahme von bilateralen Fachgesprächen auf Beamtenebene** ersucht.

Dem Präsidium des Nationalrates wurde diese Stellungnahme per e-mail zugestellt.

23.12.2008

Für den Bundesminister:

i.V. MOSER