

DACHVERBAND DER VERWALTUNGSRICHTER
VERWALTUNGSRICHTER-VEREINIGUNG

Muthgasse 64
A-1190 Wien
☎ (43 1) 4000/ 38680
📠 (43 1) 4000 99 38680
www.vuvs.at

ZVR-Zahl: 281204476

An das
Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst
E-Mail: v8a@bka.gv.at

Zu: BKA 600 883/0002-V/8/2015

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Dachverband der Verwaltungsrichter (DVVR) und die Verwaltungsrichter-Vereinigung (VRV) geben zum übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden, folgende Stellungnahme ab:

Zu den Mehrkosten:

Im Vorblatt wird zu den finanziellen Auswirkungen auf den Bundeshaushalt und auf andere öffentliche Haushalte zutreffend festgestellt, dass es durch die vorgeschlagene Regelung zu einem finanziellen Mehraufwand für öffentliche Auftraggeber kommen wird.

Finanzieller Mehraufwand wird jedoch auch bei den Verwaltungsgerichten anfallen, da die Regelungen, die bei den Auftraggebern Mehraufwand verursachen werden, auch eine Zunahme sowohl der Anzahl als auch der Komplexität von Nachprüfungsverfahren erwarten lassen. Da der Aufwand der Verwaltungsgerichte ebenfalls aus den öffentlichen Haushalten zu decken ist, sind unter den finanziellen Auswirkungen des Gesetzes auch die finanziellen Auswirkungen auf die Verwaltungsgerichte im Sinne von finanziellem Mehraufwand anzuführen.

Grundsätzliches:

Aus der Sicht der Vereinigung der Mitglieder der Verwaltungsgerichte ist es wesentlich, dass die in den Erläuternden Bemerkungen geäußerte Absicht im Gesetzeswortlaut klar zum Ausdruck kommt. Dies liegt im Sinne der Rechtssicherheit und beugt etwaigen Erfordernissen, nach Erkenntnissen wie etwa die beiden von den Erläuternden Bemerkungen angeführten Erkenntnissen des VwGH (VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025, und VwGH 25.3.2014, 2012/04/0145) den Gesetzeswortlaut „nachbessern“ zu müssen, vor.

Der Entwurf und die Erläuternden Bemerkungen wurden daher auf mögliche Problemfelder dieser Art durchgesehen. Im Folgenden werden Bereiche aufgezeigt, in denen die Ausführungen der Erläuternden Bemerkungen über das Verständnis einer beabsichtigten Regelung im Gesetzeswortlaut nicht ausreichend verankert sind oder sonst ein der Rechtssicherheit abträglicher Interpretationsspielraum besteht. Indem der Gesetzgeber sich hier jeweils eindeutig ausdrückt, können die Rechtssicherheit erhöht und das etwaige Erfordernis, den Gesetzeswortlaut im Sinne eines Ausdruckes der ursprünglichen Intention „nachbessern“ zu müssen, zumindest reduziert werden.

Zum Bestbieterprinzip (Ziffern 13, 14, 18, 27 und 28 des Gesetzesentwurfes):

Die Erläuternden Bemerkungen zu Z 13, 14, 18, 27 und 28 führen auf Seite 14 im ersten Absatz aus, dass beim Bestbieterprinzip die Erfüllung der einzelnen Zuschlagskriterien auch tatsächlich einen realistischen Einfluss auf die Bestbieterermittlung haben können müsse. Andernfalls würde ein „verkapptes Billigstbieterprinzip“ vorliegen, das rechtswidrig und somit bekämpfbar sei.

Dieser Hinweis auf die Unzulässigkeit eines „verkappten Billigstbieterprinzips“ lässt drei unterschiedliche Varianten der Gesetzesauslegung zu. Erstens ist nicht auszuschließen, dass der Hinweis mit dem Argument, dass er im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck kommt, überhaupt ins Leere geht. Zweitens könnte argumentiert werden, dass durch ein „verkapptes Billigstbieterprinzip“ (nur) dort, wo verpflichtend das Bestbieterprinzip gewählt werden muss, ein Umgehungskonstrukt vorliege, sodass eine solche Vorgangsweise immer dann zulässig wäre, wenn auch das Billigstbieterprinzip gewählt werden darf. Drittens könnte der Hinweis wörtlich dahingehend verstanden werden, sodass ein „verkapptes Billigstbieterprinzip“ auch

immer dann rechtswidrig und bekämpfbar wäre, wenn die Wahl des „echten“ Billigstbieterprinzips zulässig wäre.

Die unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten sind der Rechtssicherheit abträglich. Der Gesetzgeber sollte im Gesetz zum Ausdruck bringen, was er konkret meint.

Zur Bekanntgabe aller Subunternehmer (Ziffern 15, 19, 20, 29, 33 und 34 des Gesetzesentwurfes):

a) Die Erläuternden Bemerkungen zu den Ziffern 15, 19, 20, 29, 33 und 34 des Gesetzesentwurfes führen auf Seite 8 im vorletzten Absatz aus, dass die Auftraggeber auch bei nicht erforderlichen Subunternehmern deren Eignung zu prüfen hätten. Anders als bei erforderlichen Subunternehmern würde ein Misslingen des Nachweises der Eignung des Subunternehmers jedoch nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen.

Es erscheint zweifelhaft, ob diese Absicht im künftigen Gesetzestext eine Stütze hat. Die Erläuternden Bemerkungen schließen offenbar aus, dass die Nennung eines nicht geeigneten Subunternehmers einen Angebotsmangel darstellen und als Konsequenz bei klassischen Auftraggebern über § 129 Abs. 1 Z 7 bzw. bei Sektorenauftraggebern über § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG zum Ausscheiden des Angebotes führen kann. Auch ist aus dem in Aussicht genommenen Gesetzestext nicht nachvollziehbar, warum die Auftraggeber die Eignung der nicht erforderlichen Subunternehmer prüfen sollen, wenn die Frage ihrer Eignung für das Vergabeverfahren nicht relevant sein soll.

Auch hier sollte der Gesetzgeber daher seine Absicht im Gesetzeswortlaut klar zum Ausdruck bringen.

b) Im § 83 Abs. 4 (für klassische Auftraggeber) und im § 240 Abs. 4 (für Sektorenauftraggeber) des Gesetzesentwurfes ist vorgesehen, dass Bieter nach Zuschlagserteilung unter bestimmten Voraussetzungen Subunternehmer auswechseln oder zusätzlich namhaft machen können.

Unklar erscheint, ob ein solcher Austausch auch bereits vor Zuschlagserteilung zulässig ist. Einerseits könnte ein Austausch von Subunternehmern vor Zuschlagserteilung als in der Re-

gel nicht zulässige Angebotsänderung gesehen werden. Andererseits könnte daraus, dass nicht erforderliche Subunternehmer während des Vergabeverfahrens den obgenannten Ausführungen der Erläuternden Bemerkungen zu Folge offenbar keine Eignung aufweisen müssen, geschlossen werden, dass die Frage, welche nicht erforderlichen Subunternehmer tätig werden sollen, nicht Teil des Angebotes ist und daher nicht eignungsrelevante Subunternehmer auch während des Vergabeverfahrens ausgetauscht werden können.

Eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut wäre wünschenswert.

c) Die Erläuternden Bemerkungen legen auf Seite 10 (Mitte) ausführlich dar, dass Bieter ihren Angeboten künftig eine Erklärung beizulegen hätten, in der sie sich zur Bekanntgabe eines allfälligen Wechsels ihrer Subunternehmer verpflichten. Dem Gesetzesentwurf zu Folge besteht diese Verpflichtung jedoch bereits unmittelbar auf Grund des Gesetzes. Die Ausführungen der Erläuternden Bemerkungen scheinen insoweit ins Leere zu gehen.

Zur Anpassung an das AVRAG (Ziffern 9 und 25 des Gesetzesentwurfes):

Die Erläuternden Bemerkungen zu den Ziffern 9 und 25 führen auf Seite 4 in der Mitte aus, die Untersagung der Dienstleistung nach § 7k AVRAG habe – wie auch durch den Hinweis in den Erläuterungen zu § 373a GewO verdeutlicht werde – zur Konsequenz, dass der von der Untersagung betroffene Unternehmer für die Dauer der Untersagung seine Befugnis zur Ausübung der Dienstleistung verliere.

Ein Verlust der Befugnis ist jedoch rechtlich etwas anderes als eine Untersagung der Dienstleistung. Beinahe alle Rechtsfolgen sind unterschiedlich, mit Ausnahme der Rechtsfolge, dass in beiden Fällen die betreffende Tätigkeit – verwaltungsstrafrechtlich nach unterschiedlichen Tatbeständen sanktioniert – nicht ausgeübt werden darf. Im Ergebnis drücken die Erläuternden Bemerkungen somit aus, dass eine aufrechte Befugnis dann als ihr Gegenteil gelten soll, wenn ein Bescheid nach § 7k AVRAG die Ausübung der Tätigkeit untersagt.

Die Absicht, dass ein Untersagungsbescheid gemäß § 7k AVRAG für die Dauer der Untersagung einem Fehlen der von der Untersagung betroffenen Befugnis gleichgesetzt werden soll, wäre ausdrücklich im Gesetzeswortlaut zu verankern.

Zur Losregelung (Ziffern 2 des Gesetzesentwurfes):

Die Z 2 des Gesetzesentwurfes sieht als Reaktion auf das Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2014, Zl. 2013/04/0025, eine „Klarstellung“ im Gesetzestext dahingehend vor, dass bei den nach der Losregelung zu vergebenden Losen der jeweilige Auftragswert des einzelnen Loses für die Wahl des zulässigen Verfahrens ausschlaggebend ist.

Nicht nachvollziehbar ist, warum diese „Klarstellung“ nur für klassische Auftraggeber in den §§ 14 Abs. 3, 15 Abs. 3 und 16 Abs. 5 BVergG vorgesehen ist, für den Sektor in den §§ 182 Abs. 3, 183 Abs. 4 und 184 Abs. 5 BVergG eine solche Adaptierung des Gesetzestextes hingegen nicht geplant ist.

Die Klarstellung sollte daher auch in den §§ 182 Abs. 3, 183 Abs. 4 und 184 Abs. 5 BVergG erfolgen.

Dr. Königshofer

(Vizepräsident der VRV)