

An das

Präsidium des Nationalrates

per E Mail an begutachtungsverfahren@parlament.gv.at
verfassungsdienst@bka.gv.at

Wien, am 19.04.2021

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Rechnungshof-gesetz 1948 und das Verfassungsgerichtshof-gesetz 1953 geändert und ein Informationsfrei-heitsgesetz erlassen werden (GZ. 2021-0.130.157)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Bundesbeschaffung GmbH (in weiterer Folge kurz „BBG“) dankt für die Übermittlung des o.g. Entwurfes und erstattet dazu fristgerecht folgende

STELLUNGNAHME:

A. Grundlegendes zum Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfrei-heitsgesetz – IFG)

Die BBG regt grundsätzlich an, auch bei jenen Informationen im Wirkungs- und Geschäftsbe-reich aufgezählter Normadressaten gemäß § 1 Z 1 bis 5 IFG die Verpflichtung zur Informati-onspreisgabe auf jene Informationen einzuschränken, die von allgemeinen Interesse sind.

Die im Entwurf getroffene Unterscheidung zwischen jenen Informationen von allgemeinen In-teresse und jeder amtlichen oder unternehmerischen Information im Wirkungs- oder Ge-schäftsbereich genannter Normadressaten lässt darauf schließen, dass es bei Zweiteren keine Rolle zu spielen scheint, ob diese im allgemeinen Interesse liegen oder nicht. Dies kann zwei-fellos weder im Sinne noch im Interesse des Gesetzesgebers sein, den Normadressaten enorme administrative Aufwände zu verursachen, bei denen zum einen fraglich ist, ob diese in einem adäquaten Zusammenhang mit dem Nutzen stehen, zum anderen diese Aufwände möglicherweise schwer bis kaum für die Normadressaten bewältigbar sein werden.

Der BBG ist durchaus bewusst, dass es hierfür einer grundlegenden Überarbeitung des Entwurfes bedarf. Dem gegenüber steht jedoch ein erwartetes Szenario, in dem die Normadressaten durch den erwarteten beträchtlichen administrativen Mehraufwand an ihrer Arbeit in dem besagten Wirkungs- oder Geschäftsbereich und möglicherweise sogar an der Ausübung ihres – in der Regel – gesetzlichen Auftrages gehindert werden.

Zur geplanten Novellierung der Artikel 126b und 127 B-VG, wonach der Rechnungshof bzw. die zuständigen Landesrechnungshöfe schon ab einer Beteiligung der öffentlichen Hand von zu mindestens 25 % umfassende Kontroll- und Prüfrechte ausüben können, erlaubt sich die BBG darauf hinzuweisen, dass diese Änderungen weitreichende vergaberechtliche Folgen haben, da dadurch der potentielle Kreis der öffentlichen Auftraggeber iSd § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 erweitert wird.

B. Zu § 1 Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

Die BBG ist unter § 1 Z5 IFG zu subsumieren, da sie zu 100% im Eigentum der Republik steht:

der Kontrolle des Rechnungshofes oder eines Landesrechnungshofes unterliegenden Unternehmen.

Bei der BBG handelt es sich somit um eine nicht hoheitlich tätige Unternehmung iSd § 13 IFG.

C. Zu § 2 Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

Zur Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 2 IFG:

(2) Informationen von allgemeinem Interesse im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Informationen, die einen allgemeinen Personenkreis betreffen oder für einen solchen relevant sind, insbesondere Studien, Gutachten, Stellungnahmen und Verträge mit einem Gegenstandswert von mindestens 100 000 Euro.

Die zitierte Begriffsbestimmung lässt offen, was unter dem Begriff „Gegenstandswert“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verstehen ist. Hier sollte auf die vorhandene Diktion der Vergabegesetze (BVergG 2018, BVergGKonz 2018, BVergGVS 2012) zurückgegriffen werden.

Dass „Studien, Gutachten und Stellungnahmen“ gemäß § 2 Abs. 2 IFG auch dem Recht auf Informationszugang unterliegen sollen, wird seitens der BBG im Hinblick auf die geltende Rechtslage im Vergabewesen äußerst kritisch gesehen. Studien, Gutachten und Stellungnah-

men, die dem internen Gebrauch dienen, insbesondere in der Vorbereitungsphase von Vergabeverfahren, sollten generell vom Recht auf Informationszugang ausgenommen werden. In der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens können solche Informationen zur Verzerrung des Wettbewerbs bei konkreten wie auch bei zukünftigen Vergaben führen. Wie bereits dem ersten Erwägungsgrund zur Erlassung der Vergaberichtlinie 2014/24 EU zu entnehmen ist, soll durch die vergaberechtlichen Vorschriften das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet werden. Demnach sind jegliche Auswirkungen auf den Wettbewerb – auch durch den nationalen Gesetzgeber, an den sich die Richtlinienbestimmungen wenden – zu unterlassen, sodass es zu keiner Verzerrung der wirtschaftlichen Möglichkeiten unter den Bewerbern und Bietern kommt. Informationen die nur an einen Informationssuchenden ergehen, können die Chancen von Wirtschaftsteilnehmern nachhaltig negativ beeinflussen. Wie in den Erwägungsgründen ausgeführt, sollen sich Wirtschaftsteilnehmer keinen unzulässigen Vorteil gegenüber Wettbewerbern verschaffen – diese europarechtliche Vorgabe wird durch die Gewährung von Informationen aus Vorbereitungshandlungen zu Vergabeverfahren unterlaufen die einen wirksamen und fairen Wettbewerb ermöglichen sollen.

Wie in EG 104 dargestellt, sollen die Bedingungen für die Auftragsausführung in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder den Auftragsunterlagen angegeben werden und nicht, wie mit dem IFG geplant, aus Informationen über Studien, Gutachten und Stellungnahmen erhältlich sein.

Gesetzliche Regelungen, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird, können in einem Vertragsverletzungsverfahren zum Nachteil der Republik Österreich enden.

D. Zu § 6 Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

Es sollte in den Erläuternden Bemerkungen zu § 6 IFG klargestellt werden, wie Nichtregierungsorganisationen definiert und evtl. abgegrenzt werden und was in diesem Zusammenhang mit der Wortfolge „die im öffentlichen Interesse agieren“ zu verstehen ist, da diese Organisationen grundsätzlich ohne öffentlichen Auftrag handeln.

Zudem sollte in den Erläuternden Bemerkungen zu § 6 Z 7 IFG im Zusammenhang mit den darin erwähnten Vergaben öffentlicher Aufträge ergänzt werden, dass neben den zu wahrenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auch die Wahrung des freien und lautereren Wettbewerbs bei der Beurteilung zwingend zu berücksichtigen ist.

Aus Sicht der BBG hat der Schutz von Daten unverändert höchste Priorität. § 1 Datenschutzgesetz (DSG 2018) statuiert das Grundrecht auf Geheimhaltung von Daten für natürliche und juristische Personen. Ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einer juristischen oder natürlichen

Person unterliegt daher prinzipiell auch dem Regime des Datenschutzes, weshalb eine Geheimhaltungsverpflichtung letztlich auch aus § 1 Abs. 1 DSG besteht. Klarstellend sollte somit in den Erläuternden Bemerkungen ergänzt werden, dass unter den Schutz der personenbezogenen Daten gemäß § 6 Abs. 1 Z 7 lit. a IFG nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen zu subsumieren sind.

E. Zu § 7 Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

Der Bedarf nach der Möglichkeit eines relativ formlosen Informationsbegehrens ist nachvollziehbar. Dem kann jedoch auch durch eine ausschließlich schriftliche Form entsprochen werden, insbesondere, wenn sämtliche denkbare Formen schriftlicher Kommunikation zugelassen werden.

Gerade die im Entwurf genannte mündliche oder telefonische Form gemäß § 7 Abs. 1 IFG, die im Entwurf scheinbar unterschiedliche Formen der Kommunikation darstellen, birgt Risiken in Hinblick auf Nachvollziehbarkeit von Zeitpunkt und Inhalt des Antrages. Bei einem mündlichen (telefonischen) Antrag ist weder das Faktum des Einlangens, geschweige denn der Zeitpunkt des Einbringens, noch der Inhalt des (tatsächlichen) Antrags zweifellos nachweisbar. Die Nachweisführung wird sowohl für die Normadressaten gemäß § 1 Z 1 bis 5 IFG als auch für die/den Antragsteller erschwert und erst durch einen schriftlichen Antrag ermöglicht.

Der unter Pkt. A. aufgezeigte erwartete Administrativaufwand ist gleichwohl bei § 7 Abs. 3 IFG zu erwarten, da dadurch die Verantwortung auch auf privatrechtlich errichtete Unternehmungen überwältigt wird, zu erheben, welche Stelle für die Behandlung von Anträgen zuständig ist.

F. Zu §§ 11 und 13 Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

In § 13 IFG sollte klar und eindeutig geregelt werden, welche Bestimmungen von nicht hoheitlich tätigen Stiftungen, Fonds, Anstalten und Unternehmungen angewendet werden müssen. Ansonsten ist nicht klar, welche Bestimmungen des 3. Abschnittes anzuwenden sind. Diese Unschärfe sollte geklärt werden, damit der folgende geschilderte Fall nicht eintreten kann, was sicherlich nicht die Intention des Gesetzgebers ist.

Aus Sicht der BBG stellt sich – auch in Kenntnis der dazu vorliegenden Lehrmeinung – die Frage, wie eine Unternehmung, die nicht mit Imperium ausgestattet ist – z.B. eine privatrechtlich errichtete BBG, der keine hoheitlichen Aufgaben zukommen – einen hoheitlichen Rechtsakt wie die Bescheiderlassung iSd § 11 IFG durchführen soll, die ein Rechtsschutzverfahren in Gang setzt.

G. Zur Änderung des Artikel 22a Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) und zum 2. Abschnitt Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)

Das BVerG 2018 beinhaltet umfassende Informations- und Transparenzbestimmungen. Daher sollte (zumindest in den Erläuternden Bemerkungen) klargestellt werden, dass bei besonderen Regelungen (z.B. BVerG 2018, BVerGKonz 2018 und BVerGVGS 2012) der öffentliche Auftraggeber durch Einhaltung der darin geregelten Bekanntmachungs- und Bekanntgabeverpflichtungen seine Informationspflichten gemäß IFG voll erfüllt hat (lex specialis derogat legi generali).

Dies aus folgenden Gründen:

§ 27 BVerG 2018 (Schutz der Vertraulichkeit):

§ 27. (1) Der öffentliche Auftraggeber und die Teilnehmer eines Vergabeverfahrens haben den vertraulichen Charakter aller bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausgetauschten Informationen zu wahren.

Die Erläuterungen zu § 27 BVerG 2018 regeln Folgendes:

§ 27 Abs. 1 bis 3 setzt Art. 21 der RL 2014/24/EU um (vgl. dazu auch EG 51 der RL). Abs. 1 enthält das allgemeine Gebot des Schutzes vertraulicher Informationen, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgetauscht werden. Er statuiert damit eine gegenseitige Schutzpflicht für vertrauliche Informationen. Diese Verpflichtung trifft alle Beteiligten eines Vergabeverfahrens. Auch in Vergabeverfahren involvierte Bewerber oder Bieter haben daher schutzwürdige Angaben des Auftraggebers zu wahren. Nicht in den Anwendungsbereich des § 27 fallen etwa Informationen, die nicht zwischen den Beteiligten ausgetauscht werden (zB jene, die im Rahmen der Zur-Verfügung-Stellung von Ausschreibungsunterlagen gemäß § 89 oder im Rahmen von Bekanntmachungen oder Bekanntgaben vom Auftraggeber allgemein zugänglich gemacht werden müssen). Der durch Abs. 1 gewährleistete Schutz von Unterlagen erstreckt sich auch auf die Zeit nach Abschluss eines Vergabeverfahrens.

§ 27 BVerG 2018 beinhaltet somit einen der wesentlichsten vergaberechtlichen Grundsätze, nämlich jenen des vertraulichen Umgangs von Informationen. Diese Pflicht trifft nicht nur den öffentlichen Auftraggeber, sondern auch alle am Verfahren beteiligten Teilnehmer. Anknüpfend an die bisherigen Ausführungen kann somit festgehalten werden, dass das BVerG 2018 den Umgang mit vertraulichen Informationen während der Durchführung eines Vergabeverfahrens umfassend und dem Zweck entsprechend regelt.

Das BVerG 2018 regelt an mehreren Stellen Informationspflichten des öffentlichen Auftraggebers gegenüber den am Vergabeverfahren teilnehmenden Bewerbern und Bietern. Diese

Bestimmungen regeln jedoch lediglich das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bewerbern bzw. Bieter.

Die Legaldefinitionen der Begriffe Bewerber und Bieter finden sich in § 2 Z10 und Z11 BVergG 2018. Die Transparenzbestimmungen finden sich z.B. in § 123 Abs. 6 BVergG 2018, in § 133 Abs. 5 BVergG 2018, welcher normiert, dass das Angebotsöffnungsprotokoll jedem Bieter zu übermitteln bzw. bereitzustellen ist, weiters die §§ 143 bzw. 154 BVergG 2018, welche normieren, dass den im Vergabeverfahren verbliebenen bzw. nicht berücksichtigten Bietern vom öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen ist, welchem Bieter der Zuschlag erteilt bzw. mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird.

Diese Informationsrechte knüpfen somit an die Eigenschaft des Bieters an, der aufgrund der Abgabe eines Angebotes diese Privilegien genießt. Es ist im BVergG 2018 keinesfalls vorgesehen, dass jedermann diese Informationsrechte genießen soll. Der Einzelne könnte auch mit den erlangten Informationen keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens nehmen bzw. mögliche rechtliche Schritte (vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren) einleiten, da die Vergabekontrollverfahren nicht der objektiven Rechtmäßigkeit, sondern ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter im Vergabeverfahren (vgl. *EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 196.*) dienen, ob der Antragsteller in den geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden ist und ob ihm aus dieser Rechtsverletzung denkmöglich ein Schaden entstehen kann. Mangels Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw. Angebotes können diese Voraussetzungen nicht vorliegen, da man ohne Beteiligung am Vergabeverfahren eine subjektive Rechtsverletzung nicht geltend machen kann. Die im BVergG 2018 definierten Informationspflichten des öffentlichen Auftraggebers decken sich somit mit den daraus erwachsenden Rechtsschutzmöglichkeiten der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmern.

Das BVergG 2018 beinhaltet jedoch bereits **explizite und sehr umfassende Transparenzbestimmungen**, für den Oberschwellenbereich in den §§ 61 und 62 BVergG 2018 sowie für den Unterschwellenbereich im § 66 BVergG 2018. Seit 01. März 2019 sind die nationalen Verpflichtungen zur Bekanntgabe vergebener Aufträge (§§ 62 und 66 BVergG 2018) in Kraft. Bereits jetzt sind die relevanten Informationen eines Vergabeverfahrens in einer für jedermann zugänglichen Art und Weise auf der Informationsplattform Open Data Österreich veröffentlicht.

Die Erläuterungen zu § 62 BVergG 2018 definieren den Zweck dieser Bestimmung folgendermaßen:

Zeitgleich mit der Einführung der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit 18. Oktober 2018 soll auch die Bekanntgabe der Ergebnisse von Vergabeverfahren als Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers eingeführt werden. Damit soll die Transparenz hinsichtlich der Ausgaben der öffentlichen Hand erhöht werden; durch die Verwendung von Open Data kann diese Information grundsätzlich von jedermann, der über das ausreichende technische Knowhow verfügt, abgerufen und aufbereitet werden (EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 91.).

Diese Bestimmungen sollen somit die Transparenz der Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG 2018 erhöhen. Somit gibt es seit 01.03.2019 eine umfassende Informationspflicht der öffentlichen Auftraggeber. Die Missachtung dieser Informations- bzw. Transparenzverpflichtung unterliegt gemäß § 375 Abs. 1 BVergG 2018 einer Verwaltungsstrafe in der Höhe von bis zu € 50.000.

Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, Informationen an jedermann weiterzugeben, würde den Vorgaben des BVergG 2018 widersprechen. Eine Abwägung, in welchen Fällen die Voraussetzungen des § 6 IFG vorliegen, würde in der Praxis zu erheblichen Mehraufwand führen. Die Frage, in welchen Fällen von einer Bekanntgabe von Informationen abgesehen werden kann, insbesondere dann, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde (vgl. §§ 143 und 154 BVergG 2018), ist in der Praxis sehr schwer zu beurteilen. Diese Fragestellungen würden jedoch erheblich zunehmen, da jedermann (und nicht nur ein am Verfahrensteilnehmer) die Möglichkeit bekommen würde, vom öffentlichen Auftraggeber die Weitergabe erlangter Informationen zu verlangen.

Zusammenfassend geht die BBG davon aus, dass sie wohl Adressat im Begutachtungsprozess ist, aber aufgrund der speziellen vergaberechtlichen Informations- und Transparenzpflichten letztlich nicht Normadressat sein wird.

Mit freundlichen Grüßen

Prok. Mag. Wolfgang Pointner, MAS

Leiter Stabstelle Recht

