



Amt der Wiener Landesregierung

Dienststelle: Magistratsdirektion
Geschäftsbereich Recht
Verfassungsdienst und
EU-Angelegenheiten

Adresse: 1082 Wien, Rathaus
Telefon: 4000-82318
Telefax: 4000-99-82310
e-mail: post@mdv.magwien.gv.at
DVR: 0000191

MD-VD - 144-1/07

Wien, 27. Februar 2007

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit
dem das Bundesvergabegesetz 2006 -
BVergG 2006 geändert wird;
Begutachtung;
Stellungnahme

zu BKA-600.883/0003-V/A/8/2007

An das
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

Zu dem mit Schreiben vom 17. Jänner 2007 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird nach Anhörung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wie folgt Stellung genommen:

Zu §§ 12, 53, 180 und 214:

Die Korrektur der Schwellenwerte im Gesetz ist nur vorübergehend geeignet zur Klarheit beizutragen. Da diese Schwellenwerte voraussichtlich mit 1. Jänner 2008 neuerlich zu korrigieren sein werden, wird angeregt, die Werte nicht mehr im Gesetz anzuführen sondern ausschließlich auf die einschlägige Verordnung zu verweisen.

Zu § 20 Abs. 1 letzter Satz:

Diese Bestimmung ist nur im Fall eines einstufigen Vergabeverfahrens praktikabel. Es ist fraglich, ob bei mehrstufigen Vergabeverfahren die Teilnahmefrist oder tatsächlich die Angebotsfrist gemeint ist. Ist die Angebotsfrist gemeint und kann ein ausländischer Bewerber keine Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß Gewerbeordnung bzw. keine positiv erledigte Anzeige bei der zuständigen Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten beibringen, stellt sich die Frage, ob die unzureichende Befugnis nicht bereits im Zuge der Eignungsprüfung erkennbar hätte sein müssen. In einem solchen Fall wäre nämlich bereits der Teilnahmeantrag nicht zu berücksichtigen gewesen. Das Gesetz geht in der Folge bei allen „zweistufigen Verfahren“ (wie auch bei allen Verfahren ohne Bekanntmachung) davon aus, dass nur geeignete Unternehmer zur Legung von Angeboten aufgefordert werden dürfen. Daher müsste zumindest die (grundsätzliche) Befugnis geprüft sein.

Bei Dienstleistungen ist für jede einzelne grenzüberschreitende Leistungserbringung eine Anzeige erforderlich. Daher sollte zumindest der letzte Satz des 1. Absatzes wie folgt formuliert werden: *„Sie haben den Nachweis beizubringen, dass Sie vor Ablauf der Teilnahme- bzw. Angebotsfrist den Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben.“*

Unklar ist, ob ein Auftraggeber eine solche Anzeige bei Realisierungswettbewerben fordern darf. Insbesondere bei Realisierungswettbewerben mit nur einem Gewinner wäre es äußerst problematisch, wenn der Wettbewerbsgewinner die erforderliche Anzeige nicht beibringen kann.

Zu § 38 Abs. 2 Z 4:

Die Erweiterung um das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung wird begrüßt. Es wird jedoch angeregt, das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in den §§ 28, 29 und 30 jeweils in Abs. 2 Z 1 aufzunehmen. Die Richt-

linien der EU (2004/17/EG bzw. 2004/18/EG) enthalten zwar keine derartige Ermächtigung, aus Sicht der Stadt Wien handelt es sich dabei jedoch um ein redaktionelles Versehen, denn wenn bereits nach einem nicht erfolgreichen nicht offenen Verfahren unter gewissen Umständen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist, müsste dies umso mehr nach einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zulässig sein. Alternativ könnte in diesen Bestimmungen auf alle erfolglosen Vergabeverfahren, in denen eine Bekanntmachung erfolgt ist, abgestellt werden.

Zu § 70 Abs. 5:

Hier erscheint es ungenügend ausschließlich auf die Angebotslegung abzustellen. Vielmehr ist es bei zweistufigen Vergabeverfahren bereits für die Eignungsprüfung erforderlich, dass die grundsätzliche Aufgabenteilung schon im Teilnahmeantrag offen gelegt wird. Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen: *„(5) Beabsichtigen Unternehmer als Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, so hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.“*

Zu § 75 Absätze 5 und 6:

Die Z 7 und 8 in § 75 Abs. 5 sollten nicht entfallen. Im Hinblick auf die Möglichkeit, dass bei kombinierten Liefer- und Dienstleistungen der Dienstleistungsanteil zwar aus inhaltlicher Sicht wesentlicher aber wertmäßig geringer ist als der Lieferanteil, erscheint es geboten, dem Auftraggeber weiterhin die Möglichkeit zu geben, auch bei „formalen Lieferleistungen“ diese Nachweise einzufordern.

Andererseits könnte in Abs. 6 die Ziffer 8 entfallen, da sie einerseits durch die Tatsache der ausreichend vorhandenen Befugnis und andererseits durch die Referenzliste ausreichend abgedeckt wird. Somit kann keine zusätzliche Information aus den Nachweisen der Ziffer 8 erwartet werden. Gemäß Ziffer 3 können bereits Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers verlangt werden.

Zu § 129 Abs. 1 Z 11:

Wie bei § 20 Abs. 1 sollte es hier statt „einen Antrag“ vielmehr „den Antrag“ heißen.

Zu § 140 Abs. 2:

Vorgeschlagen wird Abs. 2, 2. Satz wie folgt zu formulieren: „Nach Ablauf der Teilnahmefrist eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens kann der Auftraggeber von einer Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß dem ersten Satz absehen und die Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmern nachweislich mitteilen.“

Damit kommt klarer zum Ausdruck, dass bereits nach dem Ende der Bewerbungsfrist ein beschränkter Teilnehmerkreis vorliegt. In den Erläuterungen könnte dazu weiter ausgeführt werden, dass immer nur der im Verfahren verbliebene Teilnehmerkreis zu verständigen ist: wie beispielsweise nach Ablauf der Teilnahmefrist jedoch noch vor der Auswahl der Bestgeeigneten all jene Unternehmer, die einen Teilnahmeantrag gestellt haben und nicht rechtskräftig ausgeschieden wurden. Nach der bestandskräftigen Auswahl der bestgeeigneten Bewerber kann sich die Verständigung auf die ausgewählten Bewerber beschränken.

Zu § 140 Abs. 6 bis 8:

Der Text des Abs. 7 sollte wie folgt geändert werden: „(7) Nach Ablauf der Stillhaltefrist hat der Auftraggeber die Widerrufserklärung in derselben Art wie die Widerrufsentscheidung mitzuteilen oder, sofern dies nicht möglich ist, die Widerrufserklärung in derselben Art bekannt zu machen wie die Ausschreibung.“

Der Text des Abs. 8 sollte wie folgt geändert werden: „(8) Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber von der Vorgangsweise gemäß Abs. 1 bis 7 absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. Der Auftragge-

ber hat hiervon jene Unternehmer, denen die Widerrufsentscheidung bekannt zu geben wäre, in der gleichen Art wie für die Widerrufsentscheidung vorgesehen, zu verständigen.“

Dadurch könnten auch alle im Verfahren verbliebenen Unternehmer direkt von der Widerrufserklärung verständigt werden. In einem solchen Fall erscheint die zwingende Veröffentlichung im Internet nicht zweckdienlich.

Der Text des Abs. 9 sollte wie folgt geändert werden: “(9) Mit der Erklärung des Widerrufs gewinnen Auftraggeber und Unternehmer ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Bewerbungen und Angebote sind auf Verlangen, tunlichst ungeöffnet, zurückzustellen. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs ist nachweislich zu dokumentieren.“

Wie bei den verspätet eingelangten Angeboten wird der Verfasser des Angebotes nicht immer erkennbar sein. Daher scheint eine Anpassung an die neue Formulierung des § 118 Abs. 3 zweiter Satz zweckmäßig. Es sollte auch der allgemeine Begriff „Unternehmer“ verwendet werden. Der Begriff „Bieter“ erscheint zu eng, da diese Bestimmung auch für Teilnahmeanträge gelten sollte.

Zu § 141 Abs. 1:

Die Aufzählung der geltenden Paragraphen ist nicht nachvollziehbar. Weshalb gilt beispielsweise § 20 Abs. 1 nicht? Ist für derartige Leistungen keine Anerkennung, Gleichhaltung oder Ähnliches erforderlich? Dürfen die Fristen bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen auch abweichend von den einschlägigen Bestimmungen berechnet werden? Weshalb müssen Angebote nicht die erforderlichen Angaben enthalten? Da sich die Aufzählung derartiger Unklarheiten noch fortführen lässt, wird angeregt, grundsätzlich den gesamten 2. Teil gelten zu lassen und nur jene Paragraphen auszunehmen, die tatsächlich nicht erforderlich sind.

Zu § 142 Abs. 3:

Für diese Bestimmung gelten die Anmerkungen zu § 141 Abs. 1 sinngemäß. Auch hier wird angeregt, grundsätzlich den gesamten 2. Teil gelten zu lassen und nur jene Paragraphen auszunehmen, die tatsächlich nicht erforderlich sind.

Zu § 153:

Gegen die vorgeschlagene Erweiterung bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Es ist jedoch nicht klar, wie die Bestimmung des § 20 Abs. 1 letzter Satz bei Wettbewerbsverfahren in der Praxis umzusetzen ist.

Verwunderlich erscheint, dass die Bestimmung für Wettbewerbe gilt, wobei Wettbewerbe kein Vergabeverfahren darstellen. Hingegen gilt diese Bestimmung bei der Vergabe von manchen Leistungen im jeweiligen Vergabeverfahren nicht (z. B. bei nicht prioritären Dienstleistungen oder Baukonzessionen), obwohl dies grundsätzlich erforderlich wäre.

Bei Ideenwettbewerben ist die Bestimmung des § 20 Abs. 1 irrelevant.

Die in den Erläuterungen dargestellte Vorgangsweise erscheint praxisfremd. Im Bereich der Stadt Wien wird regelmäßig ein Externer als so genannter „Verfahrensorganisator“ beauftragt. Seine Aufgaben sind meist die Erarbeitung der Auslobungsunterlagen sowie die Tätigkeit des Vorprüfers. Aus Transparenzgründen wird auch der Vorprüfer (wie die Preisrichter) in den Unterlagen zur Bekanntmachung genannt. Ein Austausch auf Grund einer Bewerbung in einem nicht offenen Wettbewerb bedeutet daher die Auflösung des bestehenden Vertragsverhältnisses. In solchen Fällen wird nicht immer rechtzeitig ein „Ersatz“ gefunden werden können, da in der Regel eine Ausschreibung erforderlich sein wird.

Daher wird vorgeschlagen, den 2. Absatz der Erläuterungen gänzlich entfallen zu lassen. Damit erhält der Auslober die Möglichkeit, in den Auslobungsunterlagen entspre-

chende Bestimmungen (etwa in Anlehnung an die in den Gesetzesmaterialien erwähnte Wettbewerbsordnung Architektur) vorzusehen. Bei geladenen Wettbewerben wird der Bewerberkreis regelmäßig mit dem Verfahrensorganisator und dem Preisgericht abzustimmen sein. Sofern der Auslober regelmäßig den Verfahrensorganisator wechselt (wird nur bei Direktvergabe und Verfahren ohne Bekanntmachung möglich sein) wird keine relevante Diskriminierung vorliegen, da das öffentliche Interesse an raschen Verfahren mit vertretbaren Kosten überwiegen wird.

Auch der in den Erwägungen vorgeschlagene Lösungsansatz verhindert nicht, dass ein anderer Vorprüfer oder ein Ersatzpreisrichter ebenfalls in einem Befangenheitsverhältnis zu einem der Wettbewerbsteilnehmer steht und sollte daher entfallen.

Zu § 195 Z 8:

Kein Einwand. Es sollte jedoch ein weiterer Ausnahmetatbestand für Lieferungen von Waren, die zwar nicht an Börsen notieren jedoch „*tagesaktuellen Schwankungen*“, die keiner allgemein gültigen Preisleitung unterliegen (z. B. Treibstoff), aufgenommen werden.

Zu § 219 Abs. 1:

Der neu eingefügte Satz sollte wie folgt ergänzt werden:

„Die Bekanntmachung hat zumindest die in Anhang XV angeführten Angaben zu enthalten, sofern diese Angaben nicht aus beigefügten und unmittelbar abrufbaren Ausschreibungs- bzw. Bewerbungsunterlagen ersichtlich sind.“

Weiters sollte Abs. 1 sinngemäß dahingehend ergänzt werden, dass, sofern die Sektorenauftraggeber Bekanntmachungen in einem Beschafferprofil gemäß § 209 Abs. 2 veröffentlichen, ein Hinweis in den verordneten Publikationsmedien auf das jeweilige Beschafferprofil (Link) ausreichend ist.

Zu § 229 Abs. 2 erster und zweiter Satz:

Sollte folgendermaßen ergänzt werden:

„(2) Sektorenauftraggeber gemäß § 164 (öffentliche Auftraggeber) haben die in Abs. 1 angeführten Ausschlussgründe mit Ausnahme Z 6 jedenfalls vorzusehen.“

Auch Sektorenauftraggeber gemäß § 164 stehen im Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern, die nicht dem Vergaberecht unterliegen und haben daher primär betriebswirtschaftliche und nicht volkswirtschaftliche Überlegungen anzustellen. Es wird eine Schlechterstellung der Sektorenauftraggeber gegenüber diesen übrigen Marktanbietern befürchtet. Darüber hinaus ist unklar, welcher Schwellenwert als „geringfügiger Rückstand“ zu qualifizieren ist.

Zu § 261 Abs. 1 erster Satz:

„§ 261. (1) Ist die Abgabe von Angeboten auf elektronischem Weg gemäß § 204 Abs. 1 oder Abs. 3 ~~oder § 43 Abs. 1~~ zugelassen, so darf ein Bieter neben seinem elektronisch abgegebenen Angebot kein Angebot bzw. keine Angebotsbestandteile in Papierform abgeben.“

Es dürfte sich hier um ein redaktionelles Versehen handeln, da der Verweis auf den klassischen Bereich unbegründet erscheint.

Zu § 264:

Derzeit sind Sektorenauftraggeber bei der Entgegennahme, Verwahrung und Öffnung von Angeboten an keine besonderen Vorschriften gebunden. Nunmehr ist eine geringfügige Änderung insbesondere dahingehend vorgesehen, dass auch Sektorenauftraggeber Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist öffnen dürfen.

Grundsätzlich wird eine Angleichung an den klassischen Bereich durch Sektorenauftraggeber abgelehnt. Das Gleiche gilt für die Neufassung des § 276. Sollte jedoch eine gesetzliche Regelung nicht vermeidbar sein, so wäre nachstehende Änderung erforderlich:

„§ 264. (1) Die Stelle, bei der die Angebote einzureichen sind, hat alle Angebote ~~in der Reihenfolge ihres Einlangens~~ in ein Verzeichnis einzutragen.¹

(4) Der Sektorenauftraggeber darf, ausgenommen bei der Durchführung von elektronischen Auktionen, vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis erhalten.“²

Zu § 279 Abs. 6 bis 10:

Grundsätzlich kein Einwand. Der „neue“ Abs. 9 sollte jedoch wie folgt abgeändert werden, da er sonst im Widerspruch zur Regelung des § 277 Abs. 2 steht:³

„Mit der Erklärung des Widerrufs gewinnen Sektorenauftraggeber und Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Angebote sind auf Verlangen zurückzustellen. Ausgenommen davon sind Angebote, die auf elektronischem Weg eingereicht wurden. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs ist nachweislich zu dokumentieren.“

Zu § 318:

Es wird zwar grundsätzlich begrüßt, dass Abs. 1 Z 1 eine Wertsicherung der Pauschalgebühren vorsieht. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, warum zum Zwecke der Wertsicherung jedes Mal der Verordnungsgeber aktiv werden und neue Beträge festsetzen muss.

¹ Da keine formalisierte Öffnung (s. Abs. 5) vorgesehen ist, erübrigt sich auch die Reihenfolge des Einlangens.

² Ohne Kenntnis der Angebote des „Vorverfahrens“ ist die „2. Phase“ einer Auktion (dynamische Preisfindung) nicht möglich.

³ s. Punkt 56 des Entwurfes.

Die sich aus der Wertsicherung jeweils neu ergebenden Beträge lassen sich durch den in Abs. 1 Z 1 vorgesehenen Rechenvorgang exakt ermitteln. Ein rechtspolitischer Entscheidungsspielraum, für den der Verordnungsgeber als politisches Gremium und die Rechtsform einer Verordnung notwendig gewesen wäre, besteht daher nicht.

Die vorgesehene Regelung sollte dahingehend vereinfacht werden, dass die jeweils neuen Werte zu berechnen und kundzumachen sind.

Weitere Änderungsvorschläge, die aus Sicht der praktischen Anwendung des Gesetzes nützlich wären und allenfalls in die Novelle einfließen könnten:

Zu § 2 Z 15:

Die vorhandene Definition trifft auch auf nahezu jedes „nicht elektronische“ Vergabeverfahren zu (z. B. Informationsaustausch durch Fax ist Informationsaustausch über Kabel; Einlesen und Verarbeiten von beigelegten Datenträgern mittels einer AVA-Software entspricht der Verarbeitung und Speicherung von Daten).

Die Definition sollte daher insofern abgeändert werden, als schriftlicher Informationsaustausch ausschließlich über elektronische Geräte unter Nutzung des Internets erfolgt.

Zu § 2 Z 16 lit. a sublit. ff bis hh:

In Anlehnung an das Verhandlungsverfahren sollten auch „sonstige Festlegungen während des Wettbewerbes“ gesondert anfechtbare Entscheidungen sein. Bei mehrstufigen Wettbewerben wird ähnlich wie beim „short-listing“ im Verhandlungsverfahren die Teilnehmerzahl für die nachfolgende Stufe verringert.

Ohne eine solche Festlegung wären am Ende des Wettbewerbes alle Teilnehmer über das Ergebnis zu informieren. Eine durch die Vergabekontrollbehörde festgestellte fehlerhafte Teilnehmerreduktion würde bei einer Anfechtung das gesamte Verfahren scheitern lassen, da die zwischenzeitlich gesetzten Schritte nicht ungeschehen gemacht werden können.

Zu § 2 Z 16 lit. a sublit. ll:

Die Wortfolge „die Aufforderung zur Teilnahme“ kann entfallen. Soll die Teilnehmerauswahl angefochten werden, so ist dies mit der Wortfolge „die Nicht-Zulassung zur Teilnahme“ abgedeckt. Sollen die Inhalte der übermittelten Unterlagen gemeint sein, so wäre die durch den angeführten Überbegriff „die Ausschreibung“ abgedeckt.

Überdies erscheint es zweckmäßig die Wortfolge „sonstige Festlegungen während der Dialogphase“ einzufügen. Damit werden allfällige Anpassungen bei der Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen überprüfbar und ohne Anfechtung bestandsfest.

Sind diese Anpassungen erst mit der Auswahl der Lösungen anfechtbar, ist es denkbar, dass Teilnehmer deren Lösungen nicht ausgewählt wurden, diese Entscheidung anfechten, um vielleicht doch in die nächste Stufe zu gelangen. Siehe dazu auch die Erläuterungen zum Änderungsvorschlag zu § 2 Z 16 lit. a sublit. ff bis hh.

Zu § 2 Z 18:

Durch den Klammerausdruck „konstruktive Leistungsbeschreibung“ wird die Definition unklar. Reicht es für die Einstufung als geistige Dienstleistung, wenn eine Leistung konstruktiv vorweg nicht eindeutig und vollständig beschreibbar ist oder muss diese sowohl konstruktiv als auch funktional nicht eindeutig und vollständig beschreibbar sein?

Daher wird vorgeschlagen, den Klammerausdruck entfallen zu lassen.

Zu § 2 Z 20 lit. d sublit. aa:

Hier sollte die Wortfolge „... nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, ...“ durch die Wortfolge „... nicht diskriminierenden und auf den Leistungsinhalt bezogenen Kriterien, ...“ ersetzt werden. Dadurch wird klargestellt, dass die Zuschlagskriterien, ähnlich wie die Eignungs- und Aus-

wahlkriterien auf den ausgeschriebenen Leistungsinhalt abstellen müssen und nicht nur mit dem (möglicherweise sogar nur mittelbaren) Auftragsgegenstand zusammenhängen.

Zu § 2 Z 21:

Die Formulierung „... nicht verbindliche Darlegung der Mittel zur Erfüllung der Bedürfnisse ...“ erscheint unter Berücksichtigung des § 162 Abs. 1 zu wenig konkret. Muss der Auftraggeber immer die Unternehmer auffordern, ihr Angebot „auf der Grundlage der in der Dialogphase erörterten Lösung“ zu legen? Anders ausgedrückt: Vergisst ein Auftraggeber die Aufforderung zur Angebotsabgabe entsprechend zu formulieren, ist es möglich, dass er einen Bewerber auf Grund einer Lösung auswählt, zu welcher der Bewerber bei der Angebotslegung jedoch nicht mehr steht. Der Unternehmer könnte dann auch nur noch eine „billige Standardlösung“ anbieten.

Es wird vorgeschlagen, die Wortfolge „nicht verbindliche“ zu streichen (siehe dazu auch die Ausführungen zu § 162 Abs. 1).

Zu § 9:

Bei der Abgrenzung Bauleistungen zu Dienstleistungen erscheint es problematisch, dass der Begriff „Nebenarbeiten“ im Gesetz nicht näher definiert bzw. erläutert ist.

Eine Regelung für die Abgrenzung Bauleistungen zu Lieferleistungen wäre zu ergänzen.

Zu § 11:

Die Aufzählung der geltenden Paragraphen ist nicht nachvollziehbar. Warum ist beispielsweise § 10 nicht angeführt? Sind Dienstleistungskonzessionsverträge, für die eine Ausnahme des § 10 zutrifft, nach den Bestimmungen des § 11 abzuhandeln oder unterliegen sie gemäß § 10 nicht diesem Bundesgesetz?

Verwunderlich erscheint auch, weshalb zwar Auftraggeber nach § 3 Abs. 1 zur Anwendung verpflichtet werden, aber der Regelungsgegenstand (§ 1) nicht gilt.

In Anlehnung an die einschlägige Judikatur des EuGH sollte zumindest auf jene Regelungen verwiesen werden, die zur Umsetzung des Judikates erforderlich sind (beispielsweise die Bestimmungen für die Bekanntmachung und die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung).

§ 20 Abs. 2:

Der vorletzte Satz des Abs. 2 ist unklar.

In Verfahren mit Bekanntmachung sollte die Bieteridentität gewahrt bleiben bzw. erscheint die Verringerung der Bieterzahl durch den Zusammenschluss ausgewählter Bewerber problematisch. Die von den Unternehmern genannte Bewerbergemeinschaft ist für das gesamte weitere Vergabeverfahren als verbindlich zu betrachten. Hingegen scheint es in den Verfahren ohne Bekanntmachung erforderlich, den Unternehmern die Möglichkeit einzuräumen, die Leistungserbringung gegebenenfalls mit Partnern anzubieten. Es sollte daher klargestellt werden, dass sich diese Bestimmung nur auf Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung bezieht und in Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ein Zusammenschluss von ausgewählten Bewerbern unzulässig ist.

Zu § 25:

Hier sollte klar dargestellt werden, welche Verfahren wirklich eigenständige Vergabeverfahren darstellen (Verfahren die direkt zu einem Leistungsvertrag führen) und welche besser als „Vergabesystem“ zu bezeichnen wären. Das gilt für die Rahmenvereinbarung, die sich aus einem eigenständigen Verfahren zum Abschluss der Vereinbarung und vielen eigenständigen Verfahren zur Beauftragung von Leistungen zusammensetzt, sowie für das dynamische Beschaffungssystem, bei dem nach der Einrichtung des Systems die Leistung nach gesonderter Aufforderung zur Angebotsabgabe von einem Teilnehmer an diesem dynamischen Beschaffungssystem bezogen wird.

Die Absätze 7 und 8 sollten daher aus diesem Paragraphen herausgelöst und in einem eigenen Paragraphen geregelt und mehr an die Bestimmungen der §§ 150 bis 152 bzw. §§ 156 bis 158 angelehnt werden, um die Unterschiede zu den eigentlichen Vergabeverfahren (zum Abschluss eines Leistungs- oder Werkvertrages) bzw. den erforderlichen Ablauf klarer darzustellen. Aus der vorliegenden Formulierung des Abs. 7 geht beispielsweise nicht eindeutig hervor, ob es sich bei den im letzten Satz genannten Angeboten um jene für die Auswahl der Parteien oder jene nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb handelt.

Zu § 41:

Die Regelung der Direktvergabe ist nicht klar genug. So wird zwar der Eindruck vermittelt, dass bei der Direktvergabe eine Leistung formfrei bezogen werden kann. Der Gesetzgeber weist aber in Abs. 4 darauf hin, dass auch bei der Direktvergabe die Leistung nur von einem befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer bezogen werden darf. Bei Direktvergaben nach § 11 oder § 141 wird dieser Grundsatz nicht erwähnt. Sind diese Vergabeverfahren noch formfreier als formfrei?

Die Aufzählung der Paragraphen erscheint unvollständig. Weshalb sollen die weiteren Absätze des § 19 (insbesondere Abs. 6) sowie § 20 nicht gelten?

Überlegenswert erscheint nach wie vor, den Anwendungsbereich in eine „eigentliche“ Direktvergabe und ein Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter zu teilen. Dabei wäre die Zulässigkeit einer Direktvergabe an eine geringere Wertgrenze (z. B. EUR 10.000) zu binden. Dafür könnte sie aber entweder gänzlich vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 freigestellt oder es könnte hinsichtlich der Eignungsvoraussetzungen rein auf die Befugnis (unter Annahme der Anscheinsvermutung) abgestellt werden. Bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit nur einem Bieter (für alle Leistungen jedenfalls bis EUR 40.000 zulässig) wäre jedoch vor Aufforderung zur Angebotsabgabe eine dem Auftragsgegenstand angemessene Eignungsprüfung durchzuführen. In diesem Fall wäre § 78 zumindest für die Direktvergabe obsolet.

Zu § 42 Abs. 1:

Auf Grund des § 36, der für Ober- und Unterschwellenbereich gilt, erscheint der § 42 Abs. 1 in der aktuellen Form nicht notwendig. Eine besondere Begründung erscheint nur in den Fällen des § 38 Abs. 2 Z. 3 und 4 sowie Abs. 3 erforderlich. In den anderen Fällen erscheint der dokumentierte geschätzte Auftragswert als Begründung ausreichend.

Wie soll beispielsweise die Begründung für die Wahl des geladenen Wettbewerbs lauten? Die einzigen Voraussetzungen sind die Anwendbarkeit der Bestimmungen für den Unterschwellenbereich sowie die Kenntnis von wenigstens drei geeigneten Unternehmen.

Zu § 46 Abs. 1:

§ 158 Abs. 3 enthält eine Veröffentlichungspflicht, die auch hier angeführt werden sollte, da sie eine Basis für die Vergabe einer Leistung darstellt.

Zu § 68 Abs. 1:

Um einen Unternehmer, der sich in einem „Vergleichsverfahren“ befindet (zwingend ausscheiden zu können, ist es erforderlich davon Kenntnis zu erlangen (vgl. § 68 Abs. 1 Z 2). Anders als im Falle eines Ausgleichs- oder Konkursverfahrens ist jedoch nicht bekannt, wie ein Auftraggeber von einem solchen „Vergleichsverfahren“ erfahren soll.

In § 68 Abs. 1 Z 3 wäre die Wortfolge „einstellen oder“ wieder zu streichen, da der Auftraggeber nicht in der Lage ist, in Erfahrung zu bringen, ob ein Unternehmer vorhat oder gerade im Begriff ist, seine gewerbliche Tätigkeit einzustellen.

Zu § 79 Abs. 4:

Das Wort „ausschließlich“ soll entfallen, da in der Praxis auch in grundsätzlich konstruktiven Leistungsbeschreibungen vereinzelt funktionale Beschreibungen eines Leistungsteiles enthalten sein können.

Zu § 114 Abs. 6:

In der Praxis werden elektronische Angebote, die der Bieter innerhalb der Angebotsfrist ändern möchte, immer vollständig zurückzuziehen und das gesamte Angebot wieder neu einzureichen sein. Dieser Vorgang wird einerseits technisch nicht anders möglich sein und dient andererseits der Rechtssicherheit. Der Abs. 6 wäre daher diesbezüglich umzuformulieren.

Zu § 131 Z 7:

Bleibt nach dem rechtskräftigen Ausscheiden von Angeboten nur ein zuschlagfähiges Angebot, so erscheint die Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung nicht sinnvoll. Dieser Fall sollte daher in Z 7 ergänzt werden.

Zu den §§ 138 bis 140:

In § 138 sollte klargestellt werden, dass diese Bestimmung beispielsweise auch für die Bewerbungsphase in zweistufigen Vergabeverfahren gilt (Ergänzung der Teilnahmefrist). Sinngemäß sollte die Teilnahmefrist auch in § 139 ergänzt werden. § 140 wäre an die Änderungen anzupassen.

Zu § 151:

Die Paragrafenverweise sind teilweise nicht schlüssig. Wieso ist § 46, nicht jedoch § 47 anzuwenden?

Zu §§ 159 bis 162:

Besonders im Zusammenhang mit der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens und dem Vergaberechtsschutz erscheint es notwendig auch den wettbewerblichen Dialog dem Ober- oder Unterschwellenbereich zuzuordnen. Da die Berechnung des geschätzten Auftragswertes in diesem Fall häufig recht schwierig sein wird, auf der anderen Seite das Vergabeverfahren für beide Seiten sehr aufwändig ist, könnte auch festgelegt werden, dass ein wettbewerblicher Dialog immer nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich abzuwickeln ist.

Der zulässige Anwendungsbereich sollte genauer definiert werden. Die Grenzen für den „besonders komplexen Auftrag“ bzw. für die „subjektive“ Unmöglichkeit, den Auftrag im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens zu vergeben, sind zu unbestimmt um ausreichende Rechtssicherheit zu geben.

Wie sollen vor Beginn des Verfahrens Eignungs- und Auswahlkriterien (Was muss der Unternehmer für die nicht bekannte Lösung können?) bzw. Zuschlagskriterien (Was macht die eine - unbekannte - Lösung besser als die andere ebenfalls unbekannte Lösung?) festgelegt werden?

Die Auswahl der Lösung(en) in der 2. Phase muss auf Basis aller Zuschlagskriterien (also auch des Preises) erfolgen. Der Auftraggeber darf dabei jedoch nicht fordern, dass die vom Unternehmer eingereichten Unterlagen „alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten“. Die richtige Auswahl zu treffen, ohne dass alle erforderlichen Informationen vorliegen, erfordert „hellseherische“ Fähigkeiten.

In der Praxis werden die von den Bietern auf Basis ihrer Lösungsvorschläge ausgearbeiteten Angebote ohne Verhandlungen nur selten vergleichbar sein. Werden nach Angebotsabgabe die notwendigen Verhandlungen vollständig zugelassen, stellt sich die Frage worin der Unterschied zum Verhandlungsverfahren liegt. Die derzeit geltenden Bestimmungen sollten daher weiter auskonkretisiert werden. Andernfalls sollte der wettbewerbliche Dialog besser gänzlich entfallen.

Sofern die unterschiedliche Formulierung des § 160 Abs. 8 im Vergleich zu § 103 Abs. 8 von Relevanz ist, sollte dies in den Erläuterungen dargestellt werden. Sonst wird folgende Formulierung vorgeschlagen: *„(8) Langen in der Folge weniger Teilnahmeanträge von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmern ein, so darf der Auftraggeber keine zusätzlichen Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen.“*

§ 161 Abs. 5 sollte mehr an die Bestimmungen des § 105 Abs. 2 angeglichen werden. Es erscheint unlogisch, weshalb beim wettbewerblichen Dialog die Verständigung nicht weiter zu berücksichtigender Bieter innerhalb einer Woche nach Abschluss dieser Phase erfolgen muss, jedoch im Verhandlungsverfahren nicht. Diese Bestimmung sollte entfallen.

In § 162 Abs. 1 sollte klargestellt werden, dass die Teilnehmer, die zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden, ihre Angebote immer auf der Grundlage der Lösungen, die in der Dialogphase erörtert wurden, erstellen müssen.

Zu § 163:

Die Formulierung des § 163 steht zumindest in einem Spannungsverhältnis zu den §§ 174 u. 177. Zur Klarstellung sollte, ähnlich wie derzeit bei den „Sonderverfahren“, folgender Halbsatz angehängt werden: *„... sofern nicht in diesem Teil auf einzelne Abschnitte verwiesen wird.“*

Anmerkung zur Neuregelung des Widerrufs im Unterschwellenbereich:

Die selben Argumente, die in den Erläuternden Bemerkungen zur Regelung des Widerrufs angeführt werden, könnten im Unterschwellenbereich ebenso zur Argumentation herangezogen werden, auch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung als „kann“ Bestimmung zu regeln. Der Vorteil wäre eine in bestimmten Fällen notwendige, schnellere Abwicklung eines Vergabeverfahrens.

Verlängerung der Fristen:

Abschließend wird angemerkt, dass die Wünsche der Wirtschaftskammer Österreichs, die Fristen für Nachprüfungsanträge (§ 321 Abs. 2 Z 2) und die Stillhaltefristen im Unterschwellenbereich (§ 132 Abs. 1) anzuheben, abgelehnt werden. Im Bereich der Stadt Wien konnte nicht festgestellt werden, dass es zu einem Rückgang der Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich gekommen wäre.

Gleichzeitig werden 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme an das Präsidium des Nationalrates übermittelt. Eine weitere Ausfertigung ergeht an die e-mail Adresse „begutachtungsverfahren@parlament.gv.at“.

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Jürgen Fischer

Dr. Peter Krasa
Obersenatsrat