



An das
Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Per E-Mail: v8a@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen	Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen	Bearbeiter/in, DW	Ort, Datum
BA- 600.883/0003- V/8/2017	08.02.2017	HLD/RE	Mag. Karina Bruckner DW 10695	Wien, 03.04.2017

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2006 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017);

Stellungnahme der ASFINAG

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zum Entwurf einer Novelle des Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2006 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017). Sie nimmt dazu binnen offener Frist wie folgt Stellung:

1. Einleitung

Der aktuelle Begutachtungsentwurf ist aus Sicht der ASFINAG im Sinn der Anpassung der nationalen Rechtslage an das Unionsrecht sowie der Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung und der Verankerung eines verstärkten Qualitätswettbewerbs und Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen prinzipiell zu begrüßen.

Dennoch sind aus Sicht der ASFINAG im Begutachtungsentwurf noch einige Bestimmungen unklar und sollten präzisiert werden bzw sind auch einige Bestimmungen abzulehnen.

Im Detail führen wir zu den einzelnen Bestimmungen wie folgt aus:

2. Stellungnahme zur geplanten Novelle des Bundesvergabegesetzes

2.1. § 2 Z 7 „Definition Ausschreibung“

Im Zusammenhang mit der Definition „Ausschreibung“ gemäß § 2 Z 7 wurde die beispielhafte Aufzählung in der Klammer größtenteils gestrichen, sodass diese nunmehr lediglich „Bekanntmachung sowie Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen“ lautet. Dies schafft weniger Klarheit. Vor allem ist unklar, ob Teilnahmeunterlagen unter den Begriff „Ausschreibung“ fallen, wovon nach Ansicht der ASFINAG wohl eher nicht ausgegangen werden kann, zumal Teilnahmeunterlagen idR keine (genauen) Festlegungen beinhalten, „welche Leistungen zu welchen Bedingungen“ beschafft werden sollen. Würde man diese Annahme weiterverfolgen, würde dies dazu führen, dass sämtliche gesetzliche Anforderungen an Ausschreibungsunterlagen auch für Teilnahmeunterlagen gelten würden. Dies kann uE aber nicht in der Intention des Gesetzgebers liegen, zumal uE in diesem Zusammenhang die Sinnhaftigkeit der ersten Stufe (Abgrenzung Teilnahmeunterlagen zu Ausschreibungsunterlagen) fragwürdig erscheint.

Weiterhin fehlt es dem Gesetzestext an einer Definition von „Teilnahmeunterlagen“ bzw. „Teilnahmeantrag“; und dies obwohl auf diese Begriffe im Gesetzestext abgestellt wird (vgl etwa § 343 Abs 3). UE sollte „Teilnahmeunterlagen“ (und „Teilnahmeantrag“) gesondert definiert werden. Entsprechend wäre auch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 2 Z 15 lit a im Rahmen von zweistufigen Vergabeverfahren (nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren usw) sowie § 343 betreffend Fristen für Nachprüfungsanträge anzupassen.

2.2. § 2 Z 22 – Deckelung der Zuschlagskriterien

Der Hauptgrund für das Vergaberechtsreformgesetz 2017 liegt in der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU, Richtlinie 2014/24/EU und Richtlinie 2014/25/EU (VergabeRL-2014). Unabhängig davon könnte das Vergaberechtsreformgesetz 2017 nach Ansicht der ASFINAG zum Anlass genommen werden, zwischenzeitlich ergangene Judikatur zu berücksichtigen bzw klarzustellen. In diesem Zusammenhang erscheint vor allem die Rechtsprechung des Landesverwaltungsgerichts Tirol bedenklich, der zufolge eine Begrenzung der Gewährleistungsdauer im Rahmen der Zuschlagskriterien unzulässig ist (vgl Landesverwaltungsgericht vom 7.1.2016, LVwG-2015/S1/2310-4). Zumal im Rahmen von Zuschlagskriterien zu bewertende Angebotsaspekte jedoch oftmals einen Grenznutzen aufweisen (zB die Gewährleistungsdauer) sollte eine „Deckelung“ im Rahmen von Zuschlagskriterien (zB maximale Gewährleistungsdauer von x Jahren) sehr wohl zulässig sein. Wir regen daher an, § 2 Z 22 lit d, sublit aa entsprechend klarzustellen oder zumindest in den Erläuterungen darauf einzugehen.

2.3. § 3 – unbestimmter Gesetzesbegriff „objektiv (nicht) trennbar“ sowie „aus sachlichen Gründen gerechtfertigt“

§ 3 enthält Regelungen zur Durchführung von Vergabeverfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen. Dabei wird auf die „objektive Trennbarkeit“ der Leistungsteile sowie auf „aus sachlichen Gründen gerechtfertigt“ abgestellt. Allerdings werden weder im Gesetz selbst, noch in den Erläuternden Bemerkungen die Begriffe „objektiv (nicht) trennbarer“ Leistungsteile sowie „aus sachlichen Gründen gerechtfertigt“ erläutert. Wir regen daher an, diese unbestimmten Gesetzesbegriffe (uU in den Erläuternden Bemerkungen) näher zu erläutern.

2.4. § 5 - Bauaufträge

§ 5 betreffend „Baufaufträge“ enthält sowohl die Begriffe „Bauleistung“ als auch „Bauvorhaben“. Anders als der Begriff des „Bauwerks“ sind diese beiden Begriffe jedoch nicht gesetzlich definiert. Eine Definition bzw Klarstellung dieser Begriffe wäre daher zu begrüßen, um insbesondere auch den Unterschied zwischen den Regelungen der Z1 und der Z2 besser nachvollziehen zu können.

2.5. § 11 – Gemeinsame grenzüberschreitende Vergabe

Bei der gemeinsamen grenzüberschreitenden Auftragsvergabe mehrere öffentlicher Auftraggeber sind die „jeweils anwendbaren nationalen Regelungen“ zu vereinbaren bzw festzulegen. Nach Ansicht der ASFINAG ist fraglich, ob sich die Rechtswahl dabei – neben dem materiellrechtlichen Vergaberechtregime sowie dem Vertragsrecht – auch auf das anwendbare Rechtsschutzregime beziehen kann. Dies betrifft vor allem die Situation, wenn für einen öffentlichen Auftraggeber mit Sitz in Österreich und ein Unternehmen mit Sitz in Österreich eine Zuständigkeit einer Vergabekontrollbehörde in einem anderen EU-Mitgliedsstaat als Österreich vereinbart werden können. Eine Klarstellung wäre daher zu begrüßen.

2.6. § 14 – Berechnung des geschätzten Auftragswerts bei Bauaufträgen

Diese Bestimmung legt fest, dass bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts alle „für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen [sind], die dem Unternehmer vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden“. Dass die Formulierung „und Dienstleistungen“ aufgrund der VergabeRL-2014 geboten ist, ändert nichts an deren Problematik. Denn insbesondere bei der Erbringung von Bauaufträgen sind idR davor oder parallel (umfassende) Planung – und sonstige begleitende Dienstleistungen erforderlich. Eben diese Dienstleistungen (insb die Planungsleistungen) werden sodann dem ausführenden Bauunternehmen – sofern es sich etwa um keinen Totalunternehmer – handelt, seitens der Auftraggebers zur Verfügung gestellt.

UE wäre es systematisch nicht nachvollziehbar sowie unangemessen, dass auch der Auftragswert derartiger Dienstleistungen in die Berechnung des geschätzten Auftragswerts bei Bauaufträgen einzubeziehen ist. Dies würde bei einem Bauauftrag mit einem konkreten Auftragswert von 10 Mio Euro bedeuten, dass der geschätzte Auftragswert zB bei 11 Mio Euro liegt. Bei der Angebotsöffnung sowie bei der Angebotsprüfung führt dies (auch aus Sicht der Bieter) dazu, dass die Schätzkosten des Auftraggebers nicht mit den tatsächlich eingelangten Angeboten übereinstimmen. Die Einbeziehung der vorangegangenen Planungs- und sonstigen Dienstleistungskosten in die Schätzkosten für ein Vergabeverfahren über Bauaufträgen ist nicht sachgemäß und führt darüber hinaus zu erheblichen Abgrenzungsproblemen und einhergehender Rechtsunsicherheit in der Praxis (zB bei einem Widerruf wegen Überschreitung der Schätzkosten oder mangels budgetärer Deckung).

2.7. § 15 Abs 2 und § 16 Abs 3 – Berechnung des geschätzten Auftragswerts

Diese Bestimmungen umfassen Regelungen hinsichtlich der Auftragswertberechnung bei wiederkehrenden Liefer- bzw Dienstleistungsaufträgen sowie bei Liefer- bzw Dienstleistungsaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert werden sollen. Der Begriff „innerhalb eines bestimmten Zeitraums“ findet keine Erläuterung. Es bleibt damit unklar, welche Auftragsverlängerungen von der gegenständlichen Regelung umfasst sind. Ohnedies sind gemäß § 13 Abs 1 in die Berechnung des geschätzten Auftragswerts alle Optionen und etwaige Vertragsverlängerungen einzubeziehen. Wir regen daher an, diesbezüglich eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen vorzunehmen.

2.8. § 27 Abs 6 – Rückstellung von diversen Ausarbeitungen

Der derzeitige Abs 6 sieht vor, dass Bieter, denen der Zuschlag nicht erteilt wird, die Rückstellung von diversen Ausarbeitungen, insb auch für Alternativangebote verlangen können. Diese Verpflichtung zur Rückstellung wird von Seiten der ASFINAG nicht notwendig bzw kritisch gesehen und zwar aus folgenden Gründen: Aus Sicht der ASFINAG widerspricht die Verpflichtung zur Rückstellung der Intention der E-Vergabe. Denn einerseits sind diverse elektronisch abgegebene Ausarbeitungen (etwa Pläne, Zeichnungen oder Entwürfe) ohnedies duplizierbar, womit die Sinnhaftigkeit der Verpflichtung zur Zurückstellung wegfällt.

Zudem muss aufgrund der Dokumentationspflichten des § 49 bzw der Vorgaben zur E-Vergabe jedenfalls eine revisionssichere Speicherung des Angebotes samt seinen Bestandteilen vorgenommen werden. Das bedeutet, dass das Wissen über die diversen Ausarbeitungen im System verankert ist und trotz einer etwaigen Rückstellung nicht gelöscht werden darf. Diese Bestimmung birgt für öffentliche Auftraggeber somit ein sehr hohes Risiko, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass einzelne Bieter einen etwaigen wirtschaftlichen Schaden gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber geltend machen könnten.

Wir regen daher an, die Rückstellungsmöglichkeit des Abs 6 zumindest für elektronische Vergaben zu streichen bzw in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass der Verbleib etwaiger Kopien von Ausarbeitungen beim öffentlichen Auftraggeber bei elektronischen Vergaben dieser Bestimmung nicht entgegensteht.

Darüber hinaus sollten öffentliche Auftraggeber nicht zu einer Rückstellung verpflichtet werden, sondern lediglich dazu, die besonderen Ausarbeitungen für einen gewissen Zeitraum zur Abholung bereitzustellen.

2.9. § 28 – Gesamt – und Losvergabe

In § 28 wurde der Begriff der „Teilleistung“ bzw der „Teilleistungsvergabe“ gestrichen und durch „Lose“ bzw. „Losvergabe“ ersetzt. Abs 3 Z 1 sieht allerdings die Bildung eines „Teilangebotspreises“ vor.

Aufgrund der beabsichtigten Novellierung des § 28 ist die Bezeichnung „Teilangebotspreis“ nach Ansicht der ASFINAG nicht weiter zielführend. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, regen wir an den Begriff „Teilangebotspreis“ zB durch den Begriff „Lospreis“ oder „Preis pro Los“ zu ersetzen.

2.10. § 48 Abs 12 – elektronische Kommunikation

Die Regelung sieht vor, dass ua Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur zu versehen sind. Die Ausdehnung der Verpflichtung auch Ausschreibungsunterlagen (inkl Fragenbeantwortung und Berichtigungen) elektronisch zu signieren ist aus Sicht der ASFINAG überzogen und führt zu erheblichen internen bürokratischen Mehraufwand. Dieser Mehraufwand ist insb vor dem Hintergrund der verpflichtenden E-Vergabe deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Ausschreibungsunterlagen ohnedies revisionssicher über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt werden.

Wir regen daher an, die Ausschreibungs- bzw Wettbewerbsunterlagen von der zwingenden Verpflichtung der qualifizierten Signatur, auszunehmen bzw in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass das Bereitstellen solcher Ausschreibungsunterlagen über die Vergabeplattform zulässig ist.

Zudem ist aufgrund der Festlegungen in der Novelle unklar, ob auch Aufklärungsfragen und Antworten der Bieter bzw mündliche Aufklärungsgespräche zB qualifiziert elektronisch signiert werden müssen. Dies ist nach dem Wortlaut der Novelle nicht gänzlich auszuschließen. In diesem Zusammenhang ist weiters unklar, ob bestimmte Unterlagen (etwa Konzepte, Lebensläufe von Schlüsselpersonal usw) gesondert (einzeln) zu signieren sind oder die Signatur des

Angebotes an sich ausreicht. Unklar ist vor allem, ob es sich bei den genannten Unterlagen um Dokumente handelt, die „im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung“ stehen. Insb für Aufklärungsgespräche würde diese Auslegung einen erheblichen administrativen Mehraufwand bedeuten. Wir regen daher an, in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass es sich bei Aufklärungsfragen bzw Antworten der Bieter sowie Protokolle zu Aufklärungsgesprächen um keine „Dokumente handelt, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung“ stehen bzw nicht qualifiziert zu signieren sind.

2.11. § 57 – Bekanntmachung einer Vorinformation auf Unionsebene

Laut § 57 Abs 1 dürfen Vorinformationen nicht im Beschafferprofil veröffentlicht werden, bevor die Bekanntmachung (der Vorinformation) an das Amt für Veröffentlichung abgeschickt wurde. Weiters ist im Beschafferprofil das Datum der Absendung an das Amt für Veröffentlichung anzugeben. In der Praxis wird die Absendung (an das Amt für Veröffentlichung) und die Veröffentlichung (im Beschafferprofil) wohl idR am selben Tag erfolgen (unmittelbar nach Absendung). In den Erläuternden Bemerkungen sollte klargestellt werden, dass das Datum der Absendung und Bekanntmachung ident sein können, sofern nur die Absendung vor – wenn auch nur wenige Minuten – der Veröffentlichung erfolgt.

2.12. § 60 – Bekanntmachung einer Vorinformation in Österreich

Siehe hierzu die Anmerkungen zu § 57 sinngemäß.

2.13. § 61 – Bekanntmachung auf Unionsebene

Der Titel sollte auf „Bekanntmachung vergebener Aufträge auf Unionsebene“ geändert werden.

2.14. § 61 – Bekanntmachung in Österreich

Der Titel sollte auf „Bekanntmachung vergebener Aufträge in Österreich“ geändert werden.

2.15. § 66 Bekanntgaben in Österreich

Entsprechend des vorliegenden Entwurfs sind sämtlich vergebene Aufträge mit einem Auftragswert von mindestens EUR 50.000 – dh derzeit insb auch Direktvergaben sowie zum Teil Verfahren im Unterschwellenbereich – auf data.gv.at bekannt zu machen. Grundsätzlich begrüßt die ASFINAG iSd Transparenz diese Verpflichtung. Aufgrund der Vielzahl an durchgeführten Direktvergaben, würde aber die normierte Bekanntgabepflicht – speziell der Direktvergaben – zu einem erheblichen bürokratischen Mehraufwand und zusätzlichen internen Kosten führen. Wir regen an, die Bestimmung entweder dahingehend anzupassen, dass eine Be-



kanntgabe von Auftragsvergaben infolge von Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (etwa die Direktvergabe, nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung sowie Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) nicht verpflichtend, sondern auf freiwilliger Basis möglich sein sollte, oder dass eine zwingende Bekanntgabe erst ab einem Wert von EUR 80.000 zu erfolgen hat.

Aus Sicht der ASFINAG sollte darüber hinaus eine Begriffsbestimmung aufgenommen werden, was unter dem in den §§ 59, 62 und 66 verwendeten Begriff „Metadaten“ zu verstehen ist.

2.16. § 71 Abs 3 iZm § 76 Abs 2 – Angebotsfrist

Aufgrund der derzeitigen Festlegung ist für nicht in Anhang III genannte öffentliche Auftraggeber für Verfahren im Oberschwellenbereich eine Angebotsfrist von mindestens 10 Tagen jedoch für Verfahren im Unterschwellenbereich eine Angebotsfrist von mindestens 20 Tagen vorgesehen. Eine derartige Festlegung ist aus Sicht der ASFINAG systematisch nicht richtig. Aus diesem Grund regen wir eine Anpassung der Angebotsfristen auf 10 Tage auch im Unterschwellenbereich an.

2.17. § 78 – Ausschlussgründe

Die aufgrund der VergabeRL-2014 gebotenen Regelungen betreffend Ausschlussgründe sind aus Sicht der ASFINAG grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass eine grundsätzliche Verpflichtung zum Ausschluss auch für den Fall, dass eine Person zB ein Prokurist (Abs 1 Z 1) ist oder „Entscheidungsbefugnis im Vergabeverfahren hat“ (Abs 2 Z 2), in der Praxis – mit dem Ziel einer rechtssicheren Vorgehensweise – nur schwer und nur unter großem Aufwand prüfbar ist. Welche Personen unter Personen mit „Entscheidungsbefugnis im Vergabeverfahren“ zu verstehen sind (etwa Bevollmächtigte) ist ebenso unklar und kann in der Regel wohl nur vom Bieter beurteilt werden. Eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen wird angeregt.

Völlig überschießend, aufgrund der VergabeRL-2014 auch gar nicht geboten, und daher in der aktuellen Form abzulehnen ist nach Sicht der ASFINAG jedenfalls

- die Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen gemäß § 367 Z 1 bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 78 Abs 1 Z 1 (dh dem Vorliegen gewisser Ausschlussgründe im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung, von denen der Auftraggeber jedoch erst nachträglich erfährt) sowie
- (ii) die Strafbestimmungen lt. § 377 Abs 2.

Hiermit würde der Gesetzgeber grob unverhältnismäßig in eine bereits bestehende Auftragsabwicklung eingreifen, wie es das Gesetz bisher ausschließlich bei der Nichtigkeitsklärung von Verträgen gemäß § 356 vorsieht. Aus der vergaberechtlichen Literatur folgt, dass die Nichtigkeitsklärung von Verträgen nur bei „schwersten Vergabeverstößen“ – des Auftraggebers etwa gegen den Transparenzgrundsatz – erfolgen soll. Eine Pflicht zur Vertragskündigung nach § 367 Z 1 wäre daher – in Analogie – völlig unverhältnismäßig, zumal der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren rechtskräftig mit Zuschlag beendet hat und vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 78 Abs 1 Z 1 trotz sorgfältiger Angebotsprüfung eben keine Kenntnis hatte. Die unverzügliche Kündigung von Verträgen würde dazu führen, dass in der Vertragsabwicklung erhebliche Rechtsunsicherheit entstünde, zB im Zusammenhang mit Gewährleistungsthemen, Ersatzvornahmen, Fertigstellung von bereits in Bau befindlichen Bauwerken oder Umsetzung von IT-Projekten usw.

Im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen wird auch keine Möglichkeit des Unternehmens eingeräumt, nachzuweisen, dass es selbstreinigende Maßnahmen getroffen hat, die eine Kündigung auch aus diesem Grund bereits unverhältnismäßig erscheinen lässt.

Siehe hierzu auch die weiteren Anmerkungen unten.

2.18. § 80 Abs 5 und 6 - Nachweiserbringung

Aus praktischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass Bieter bei einem großen Auftraggeber ihre Eignungsnachweise in der Regel in mehreren Vergabeverfahren vorlegen. Hierzu gilt es jedoch zu beachten, dass diese Vergabeverfahren von diversen Abteilungen oder Gesellschaften durchgeführt werden und – aus Gründen der Vertraulichkeit und des Datenschutzes – die eingereichten Unterlagen in der Regel von nicht am Verfahren beteiligten Mitarbeitern nicht eingesehen werden können. Darüber hinaus sind Eignungsnachweise oft sehr spezifisch für die jeweilige Ausschreibung gefordert und können nicht pauschal im Unternehmen verteilt werden.

Sofern ein Unternehmen seine Nachweise über eine Plattform wie zB den ANKÖ zur Verfügung stellt, müssen diese Nachweise ohnedies nicht in jedem Vergabeverfahren aktiv vorgelegt werden. In diesem Zusammenhang wäre eine Klarstellung im Gesetzestext oder in den Erläuternden Bemerkungen wünschenswert, wonach Unternehmer – wie schon bisher – jene Eignungsnachweise, die in einem dem öffentlichen Auftraggeber zugänglichen Verzeichnis eines Dritten (wie zB ANKÖ) geführt werden, nicht vorlegen muss.

Die aktuelle Bestimmung im § 80 Abs 6, wonach ein Bieter bestimmte Nachweise nicht mehr in einer konkreten Ausschreibung vorlegen muss, wird von uns kritisch gesehen. Dies aus den oben angeführten Gründen bzw auch deshalb, weil sich dadurch immer wieder die Frage nach

der Aktualität der Nachweise stellt und ob diese noch zulässig sind. Wir regen daher an, diese Bestimmung als „kann“-Bestimmung auszuformulieren.

2.19. § 83 – Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit

Im Zusammenhang mit den sogenannten „selbstreinigenden Maßnahmen“ sieht § 83 Abs 2 vor, dass „zumindest folgende Maßnahmen“ zu treffen sind. Art 57 Abs 6 der VergabeRL-2014 beschränkt jedoch die zu setzenden (selbstreinigenden) Maßnahmen. Es ist somit fraglich, ob die Formulierung „zumindest“ in § 83 Abs 2 eine richtlinienkonforme Umsetzung darstellt.

Gemäß § 83 Abs 3 trifft den öffentlichen Auftraggeber eine Begründungspflicht, sofern dieser die getroffenen Maßnahmen als unzureichend erachtet. In diesem Zusammenhang sollte im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen – uU unter § 2 Z 15 – klargestellt werden, dass es sich bei dieser Entscheidung um keine sogenannte „gesondert anfechtbare“ Entscheidung gemäß § 2 Z 15 handelt.

Nach Ansicht der ASFINAG ist es auch zweifelhaft, ob § 83 Abs 4 im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs im Bereich des Vergaberechts steht, zumal Unternehmen aus dem EU-Ausland keine Möglichkeit zur Selbstreinigung gewährt wird; (siehe etwa Art 25 der VergabeRL-2014).

Angeregt wird weiters von Ausnahmeregelungen eines zwingenden Ausschlusses gemäß Art 57 Abs 3 der VergabeRL-2014 Gebrauch zu machen, um öffentlichen Auftraggebern mehr Flexibilität einzuräumen.

2.20. § 85 – Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 85 Abs 2 iVm Annex XI sieht vor, dass beim Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) keine vom Auftraggeber ausgestellte Bescheinigung mehr notwendig sein soll. Die ASFINAG sieht einen derartigen Entfall von (objektiven) Referenzauftraggeberbestätigungen äußerst kritisch, zumal von anderen Auftraggebern bestätigte Referenzen in der Praxis besonders bedeutend sind. Auch wären (subjektive) Eigenerklärungen durch Bewerber/Bieter nach der Erfahrung der ASFINAG weitaus weniger aussagekräftig, glaubhaft und würden allenfalls zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Die derzeitige Bestimmung des § 75 Abs 2 BVergG sollte nach Sicht der ASFINAG jedenfalls beibehalten werden.

2.21. § 86 – Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

Entsprechend dem vorliegenden Novellenentwurf wird es Unternehmen zuerkannt, den Nachweis, dass ihnen die Mittel anderer Unternehmer auch tatsächlich zur Verfügung stehen, „mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln“ zu erbringen. Um Rechtsunsicherheiten vor allem

in der Angebotsprüfung zu vermeiden, regen wir an, eine Klarstellung bzw Auflistung der „geeigneten Mittel“ (zB eine vom die Kapazitäten zurverfügungstellenden Unternehmen unterfertigte Patronatserklärung) aufzunehmen.

2.22. § 88 – Grundsätze der Ausschreibung

Die Formulierung in Abs 2 erscheint aus zwei Gründen fragwürdig: Einerseits verlangen diverse komplexe Beschaffungsvorhaben bzw Zuschlagskriterien oftmals eine zeitaufwändige Ausarbeitung von Angebotspreisen; dies ist etwa bei langfristigen Projekten (PPP-Modellen) oder bei der Bewertung von Lebenszykluskosten im Rahmen der Zuschlagskriterien der Fall. Eine entsprechende Umformulierung (ggf „tunlichst ohne unverhältnismäßige Ausarbeitung“) wäre geboten. Andererseits lässt diese Bestimmung (im zweiten Satz) den Schluss zu, dass bei Verhandlungsverfahren oder Verfahren, denen eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde liegt, keine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben sein muss. Dies wäre vor allem bei Letztangeboten vergaberechtswidrig. Darüber hinaus wäre in diesem Zusammenhang auch klarzustellen, ob bereits bei Erstangeboten stets eine Vergleichbarkeit sichergestellt sein muss. Siehe hierzu auch die Anmerkung unten.

2.23. § 89 – Zur Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen

Gemäß § 89 Abs 1 sind Ausschreibungsunterlagen ua „uneingeschränkt“ zur Verfügung zu stellen. Elektronische Beschaffungsplattformen verlangen oftmals eine Registrierung als Voraussetzung für den Download von Ausschreibungsunterlagen. Im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen sollte klargestellt werden, dass eine Registrierungspflicht im Einklang mit § 89 Abs 1 steht.

Darüber hinaus sollte aus Sicht der ASFINAG klargestellt werden, dass die Ausschreibungsunterlagen in einem zweistufigen Verfahren nicht zwingend mit der Bekanntmachung der Ausschreibung zu Verfügung zu stellen sind. Diese Verpflichtung würde die Sinnhaftigkeit der Teilnahmeunterlagen (Unterlagen für die erste Stufe) fragwürdig erscheinen lassen und ist vor allem im Hinblick auf die Vertraulichkeit von Informationen zu weit gefasst.

Müssten die Ausschreibungsunterlagen auch in einem zweistufigen Verfahren schon mit Bekanntmachung zur Verfügung gestellt werden, würde dies bedeuten, dass auch vertrauliche Unterlagen, wie zB Informationen über kritische Infrastruktur, Dokumentationen über bestehende Datennetzwerke oder IT-Systeme, die den Ausschreibungsunterlagen beizuschließen sind, um eine Angebotslegung zu ermöglichen, einem unbekannten Teilnehmerkreis (und nicht bloß den Teilnehmern der zweiten Stufe) zugänglich gemacht werden müssten.



Die Ausnahmebestimmung des Abs 3 Z 2 ist für solche Fällen nicht ausreichend, da sie lediglich die elektronische Bereitstellung nicht aber die Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen per se betrifft und die Unterlagen bei Setzung entsprechender Maßnahmen (zB der Unterfertigung einer Geheimhaltungserklärung) dennoch zur Verfügung zu stellen sind.

Die gegenständliche Bestimmung ist uE daher dahingehend einzuschränken, dass in einem zweistufigen Verfahren nur die Teilnahmeantragsunterlagen mit der Bekanntmachung bereitzustellen sind. Jedenfalls ist aber nach Ansicht der ASFINAG eine Klarstellung zu ergänzen, dass die Ausschreibungsunterlagen nur in jenem Umfang mit der Bekanntmachung bereitzustellen sind, soweit dies zur Entscheidungsfindung, ob ein Unternehmer einen Teilnahmeantrag stellt, erforderlich ist (siehe dazu auch die Anmerkungen zu § 114).

Aufgrund des vorliegenden Novellenentwurfs darf gem § 89 Abs 4 die Identität der Unternehmer, denen die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, auch Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind, nicht preisgegeben werden. Aus Sicht der ASFINAG ist diese Bestimmung insb in Bezug auf zweistufige Verfahren zu weit gefasst, da jene Unternehmen, die in der zweiten Stufe zur Abgabe eines Angebotes eingeladen werden, gerade den Mitarbeitern, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind, bekannt sein müssen. Eine Abwicklung von zweistufigen Verfahren wäre bei Einhaltung der Bestimmung nicht möglich.

In diesem Zusammenhang wird auch auf § 150 Abs 2 verwiesen, wonach die Widerrufserklärung Bewerbern, Unternehmern, die eine Interessenbestätigung übermittelt haben und Bietern mitzuteilen ist. Mangels Kenntnis der Identität der teilnehmenden Unternehmen wäre dies – insb bei nicht elektronisch geführten Verfahren – unmöglich.

Aber auch in einstufigen Verfahren erscheint die Bestimmung zu weit, da etwa durch die Beantwortung von Bieterfragen die Mitarbeiter, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind, Kenntnis von der Identität zumindest jener interessierten Unternehmen erlangen können, die Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen stellen. Wir begrüßen eine Klarstellung in diesem Punkt.

2.24. § 97 - Abänderungsangebot

Gemäß § 97 Abs 2 sollten Abänderungsangebote auch ohne die Abgabe eines ausschreibungsgemäßen Angebotes zulässig sein. Nach Ansicht der ASFINAG sollte es jedenfalls den Regelfall darstellen, dass Abänderungsangebote nur neben einem Hauptangebot zulässig sind. Dies insb deshalb, weil in der Praxis eine Abgrenzung zwischen einem Abänderungs- und einem Alternativangebots kaum möglich ist. Eine entsprechende abweichende Formulierung wird angeregt.

2.25. § 105 und § 110 – geeignete Leitlinien

Die ASFINAG begrüßt die vorgesehenen Änderungen hinsichtlich der Möglichkeit lediglich auf geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen, „Bedacht zu nehmen“.

2.26. § 112 – Ablauf des offenen Verfahrens

Die Formulierung „Dem Angebot sind die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Informationen im Hinblick auf die Eignung beizufügen“ ist unklar. Richtig ist, dass sämtliche vom Auftraggeber verlangten Informationen seitens der Bieter nachzuweisen sind; und dies nicht eingeschränkt auf die Eignung. Eine Umformulierung ist geboten.

2.27. § 114 – Ablauf des Verhandlungsverfahrens

Im geplanten § 114 Abs 1 werden Vorgaben an die Ausschreibungsunterlagen im Verhandlungsverfahren festgelegt und ergänzt, dass die bereitgestellten Informationen so präzise sein müssen, dass ein Unternehmer entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag legt. Wie bereits zu § 89 angemerkt, dürfen aus Sicht der ASFINAG die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit (dh insbesondere inklusiver aller Verträge, Bestandsdokumentationen, Leistungsverzeichnisse usw), vor allem aus Gründen der Vertraulichkeit, jedoch nicht bereits mit der Bekanntmachung einem unbekannten Teilnehmerkreis zur Verfügung gestellt werden. Derart umfangreiche Informationen sind als Entscheidungsgrundlage, ob ein Teilnahmeantrag gestellt wird, auch nicht erforderlich. Es wird daher eine Klarstellung angeregt, dass an die „bereitgestellten Informationen“ in Abs 1, 2. Satz nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, wie an die Ausschreibungsunterlagen iS der Bestimmungen des 2. Hauptstücks, 5. Abschnitt.

Der Novellenentwurf sieht in § 114 Abs 2 vor, dass die festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien nicht Gegenstand von Verhandlungen sein dürfen. Ergänzend dazu regelt Abs 5, dass die festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden dürfen. Eine derartige umfassende Einschränkung der öffentlichen Auftraggeber in diesem Punkt erachtet die ASFINAG als zu weit und wenig praxistauglich. Gerade dienen Verhandlungen dazu, den Leistungsgegenstand mit den Bietern zu konkretisieren, worunter selbstverständlich und insbesondere auch Mindestanforderungen fallen können (zB IT-relevante Anforderungen). Aus Sicht der ASFINAG sollte ein Abändern der festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien – solange dies im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen steht – wie bisher möglich sein.

In § 114 könnte ferner eine Regelung aufgenommen werden, wonach öffentliche Auftraggeber sich vorbehalten können, bereits auf Erstangebote zuzuschlagen, sofern eine Vergleichbarkeit der Erstangebote gegeben ist.



2.28. § 123 Abs 7 „Teilnehmer im nicht offenen Verfahren [...] Innovationspartnerschaften“

In Abs 7 wird auf die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte „Mindestanzahl von aufzufordernden Unternehmern“ abgestellt. Aus Sicht der ASFINAG ist der Begriff „Mindestanzahl“ durch „Anzahl“ zu ersetzen, da auch gemäß Abs 4 und 6 auf die festgelegte „Anzahl“ und nicht die „Mindestanzahl“ abgestellt wird.

2.29. § 133 – Öffnung der Angebote

Im Novellenentwurf werden die Bestimmungen zu den Angaben, welche bei der Angebotsöffnung zu verlesen sind, klar getrennt von den Angaben, welche zu protokollieren sind. Während aber gemäß Abs 4 Z 4 „sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben“ zu verlesen sind, sind gemäß Abs 5 Z 4 nur jene zu protokollieren, „deren Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde“. Dies würde dazu führen, dass im Hinblick auf Zuschlagskriterien bei der Angebotsöffnung mehr verlesen werden müsste als zu protokollieren wäre. Eine derartige Festlegung ist aus Sicht der ASFINAG problematisch.

Zudem wurde sowohl in Abs 4 Z 4 als auch in Abs 5 Z 4 die Wortfolge „deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist“ gestrichen. Die Bestimmung ist aus Sicht der ASFINAG zu weit gefasst, da durch die Streichung Auftraggeber verpflichtet würden, sämtliche eingelangten Angebote im Detail zu prüfen. Dies vor allem dann, wenn die Angebote Zuschlagskriterien enthalten, die zwar in Zahlen ausgedrückt werden können, aber nicht sofort aus dem Angebot ersichtlich sind. Wir regen daher an, die Wortfolge „deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde“ sowohl in § 133 Abs 4 Z 4 als auch in Abs 5 Z 4 beizubehalten.

Abs 5 sieht vor, dass das Protokoll jedem Bieter zu übermitteln bzw bereitzustellen ist. Diese steht in Widerspruch zu Abs 1, wonach das Ergebnis der Angebotsöffnung beim Verhandlungsverfahren geheim zu halten ist. Dies sollte jedenfalls klargestellt werden.

2.30. § 138 Abs 3 – Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 138 Abs 3 ist aus Sicht der ASFINAG zu begrüßen. Allerdings sollte – etwa in den Erläuternden Bemerkungen – klargestellt werden, dass die Ablehnung eines Subunternehmers keine unplausible Preisgestaltung zur Folge hat (in dem Sinn, dass die kalkulierte Subunternehmerleistung nunmehr vom Bieter zu erbringen ist) –, zumal der Subunternehmeranteil nunmehr vom Bieter selbst zu erbringen und daher ein Ausscheidensgrund gegeben wäre.

2.31. § 144, § 150, § 338 und § 343 – Faxübermittlung

Sowohl in § 144, § 150 und § 343 wurde die Übermittlung per Fax gestrichen. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, regen wir an, in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass die Übermittlung per Fax unter den Begriff „elektronischem Weg“ zu subsumieren ist. Trotz der Einrichtung einer elektronischen Vergabepattform zeigt es sich in der Praxis sehr häufig, dass aufgrund von diversen technischen Umständen, eine Übermittlung per Fax erforderlich wird. Sollte die Faxübermittlung nicht unter die „Übermittlung auf elektronischen Weg“ fallen, würde es dadurch zu einer ungerechtfertigten Fristverlängerung kommen. Sollte in den Erläuternden Bemerkungen keine Klarstellung erfolgen, regen wir an die Wortfolge „oder mittels Telefax“ nicht zu streichen.

2.32. § 153 – Rahmenvereinbarung Allgemeines

Angemerkt wird, dass der Verweis auf § 151 aus Sicht der ASFINAG richtigerweise auf § 154 lauten muss.

2.33. § 364

Wir weisen darauf hin, dass § 364 im Begutachtungsentwurf gänzlich fehlt und daher von uns nicht beurteilt werden kann.

2.34. § 367 Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen

Diese Bestimmung normiert, dass öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen (Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung iSd § 78 Abs 1 Z1) einen Vertrag „unverzüglich“ zu kündigen haben. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung ist darüber hinaus mit einer Verwaltungsstrafe in der Höhe von bis zu 30% der Auftragssumme sanktioniert (siehe § 377 Abs 2). Die Verpflichtung zur unverzüglichen Kündigung ist nach Ansicht der ASFINAG strikt abzulehnen.

Wie bereits ausgeführt, wäre ein derartiger Eingriff jedenfalls unangemessen. Vor allem erscheint uns die Begründung gemäß den Erläuternden Bemerkungen – welche eine Gleichsetzung mit wesentlichen Vertragsänderungen gemäß § 366 suggeriert – nicht gerechtfertigt. Diese beiden Sachverhalte sind keinesfalls vergleichbar.

Wie bereits oben ausgeführt, würde eine unverzügliche Kündigung mitten in einem allenfalls laufenden (Groß-)Projekt vor allem aus abwicklungstechnischer Sicht sowie aus Gründen der Gewährleistung oder des Schadenersatzes kurzfristig kaum realisierbar sein (man denke an ein komplexes Tunnelsanierungsverfahren im städtischen Bereich oder ein komplexes IT-Projekt, das gerade in Umsetzung befindlich ist). Durch die (unverzügliche) Vertragskündigung



würden massive Schnittstellenthemen entstehen, deren Zuordnung (Sphäre Auftraggeber oder Auftragnehmer) nur schwer abgrenzbar wäre. Im Rahmen einer Neuausschreibung – welche ebenso mit Kosten verbunden ist – würde der neue Vertragspartner eine einheitliche Gewährleistung wohl überhaupt ausschließen, nicht anbieten oder entsprechend einpreisen.

Daher sollte die Verpflichtung zur Kündigung gemäß § 367 völlig gestrichen werden. Falls dies nicht möglich sein sollte, regt die ASFINAG an, § 367 dahingehend anzupassen, dass es dem öffentlichen Auftraggeber möglich ist, im Zuge einer Interessensabwägung von der Aufkündigung Abstand zu nehmen; dies zB analog zu § 356 Abs 2. Darüber hinaus regen wir an, das Instrument von selbstreinigenden Maßnahmen ebenfalls als Begründung aufzunehmen, das eine Verpflichtung zur Kündigung – allenfalls im Wege einer Interessensabwägung – aufwiegen kann.

2.35. § 377 Strafbestimmungen

Aus Sicht der ASFINAG ist eine Verwaltungsstrafe gemäß § 377 Abs 2 in der Höhe von bis zu 30% des Auftragswerts bei Nichtkündigung des Vertrages absolut unverhältnismäßig und keinesfalls gerechtfertigt. Bei Bauaufträgen in Millionenhöhe (zB EUR 50 Mio) könnte sich die Verwaltungsstrafe selbst auf mehrere EUR Mio belaufen. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Höhe von 30% in Abs 2 steht auch in keiner angemessenen Relation zu den möglichen Geldbußen gemäß § 356 oder den möglichen Verwaltungsstrafen gemäß § 377 Abs 1. Dies gilt umso mehr, als ein Verwaltungsstrafverfahren gegenüber den außenvertretungsbefugten Organen des Auftraggebers eingeleitet würde und die Verwaltungsstrafe von diesen persönlich zu bezahlen wäre. Vor diesem Hintergrund wäre § 377 Abs 2 jedenfalls gänzlich zu streichen und – sofern eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion bestehen bleiben soll – in Abs 1 mit den dort vorgesehen Höchststrafen zu integrieren. Aus generalpräventiven Gründen sind die in Abs 1 angeführten Beträge unseres Erachtens jedenfalls ausreichend.

Zudem ist auch die pauschale Strafbestimmung in Abs 1 im Zusammenhang mit Bekanntmachungen abzulehnen. Dies insbesondere deshalb, weil unklar ist, welche Verletzung einer Bekanntmachungsverpflichtung überhaupt eine potentielle Verwaltungsstrafe auslöst. So wäre es jedenfalls unangemessen und unverhältnismäßig, dass selbst geringfügige Fehler (etwa eine falsche Adresse) verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert werden. Diverse Bekanntmachungsbestandteile – wie etwa der geschätzte Auftragswert – werden von Auftraggebern idR nicht bekanntgeben, um Bieterabsprachen hintanzuhalten, obwohl diese Information in den Bekanntmachungsformularen vorgesehen ist. Auch dies würde eine Strafe auslösen, obwohl es sich dabei zudem in den Formularen der Europäischen Union nicht um ein verpflichtend auszufüllendes Feld handelt (siehe hierzu auch die Anmerkungen zu Anhang VI). Daher wird eine Klarstellung angeregt, wonach nur das gänzliche Unterbleiben einer Bekanntmachung –

sei es eine Bekanntmachung zur Auftragsvergabe oder eine Bekanntmachung von vergebenen Aufträgen – sanktioniert wird. Im Zusammenhang mit der Strafhöhe sollte wiederum die Schwere des Verstoßes und die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie die Milderungsgründe gemäß VbVG heranzuziehen sein.

2.36. Anhang VI – Bekanntmachungen

Nicht alle in Anhang VI genannten Angaben sind in den Formularen der Europäischen Union als Pflichtfelder eingerichtet. So wird zB in Teil C des Anhang VI in Z8 die „geschätzte Gesamtgrößenordnung des (der) Auftrags (Aufträge)“ als „in der Auftragsbekanntmachung aufzuführende Angabe“ genannt, während diese Angabe in den Formularen der Europäischen Union nicht verpflichtend anzuführen ist.

Ein Klarstellung in Anhang VI, dass jene Angaben, die in Formularen der Europäischen Union nicht als Pflichtfelder eingerichtet sind, nur dann auszufüllen sind, falls diese zutreffen bzw falls diese Informationen bekannt sind, wäre wünschenswert.

2.37. Anhang VIII – Kerndaten

Wie bereits oben ausgeführt, sollte unseres Erachtens auch der Begriff „Metadaten“ im Sinn einer Begriffsbestimmung näher definiert werden.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Klaus Schiernackl



Dipl.-Ing. Alois Schedl

AUTOBAHNEN- UND SCHNELLSTRASSEN-FINAN-
ZIERUNGS-AKTIENGESELLSCHAFT