



Amt der Wiener Landesregierung

Magistratsdirektion der Stadt Wien
Geschäftsbereich Recht
Rathaus, Stiege 8, 2. Stock, Tür 428
1082 Wien
Tel.: +43 1 4000 82311
Fax: +43 1 4000 99 82310
E-Mail: post@md-r.wien.gv.at
www.wien.at

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst

MDR - 116708-2017-18

Wien, 30. März 2017

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2017) erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017);
Begutachtung;
Stellungnahme**

zu GZ BKA-600.883/0003-V/8/2017

Zu dem mit Schreiben vom 8. Februar 2017 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird wie folgt Stellung genommen:

A. Grundsätzliches und besonders wichtige Punkte:

1. Gefahr der Überfrachtung des Vergaberechts:

In der öffentlichen Beschaffung (die sehr viel mehr umfasst als den vom BVergG geregelten Teilprozess von der Ausschreibung bis zum Zuschlag) geht es vorrangig darum, in fairen Verfahren mit vertretbaren Transaktionskosten rasch, zu angemessenen Preisen, sozial verantwortlich und nachhaltig qualitativ hochwertige Leistungen zu beziehen. Auf Unionsebene wurde diese mikro- und makroökonomische Dimension bei der Vorbereitung der neuen Vergaberichtlinien, die noch länger und komplexer ausgefallen sind als die bisherigen, nicht ausreichend bedacht. Umso mehr sollte sich die Bundesgesetzgebung im Sinne der Bemühungen um Budgetkonsolidierung und Verwaltungsvereinfachung bemühen, eine **überschießende Richtlinienumsetzung („gold plating“)** und **potenzielle Zielkonflikte infolge Überfrachtung des Bundesvergabegesetzes** zu vermeiden. Klarstellend ist zu sagen, dass sich das Land Wien zu einer sozial verantwortlichen, qualitätsorientierten und nachhaltigen („fairen“) Beschaffung bekennt. Es geht „nur“ um die Identifi-

zierung der zweckmäßigsten Instrumente zur Erreichung dieser Ziele. Das Vergaberecht wird nur einen Beitrag zur Erreichung der vielfältigen wirtschaftspolitischen Anliegen leisten können. In diesem Sinne regen wir eine Überarbeitung des vorliegenden Entwurfs an, damit dieser die Zustimmung aller Länder gemäß Art. 14b Abs. 4 zweiter Satz B-VG erlangen kann.

2. Teilweise ungenügende oder schwer verständliche Erläuterungen:

Die Nachvollziehbarkeit der **materiell-rechtlichen Änderungen** im Zuge der Neukodifizierung des Bundesvergabegesetzes wird durch die insoweit **sehr knappen Erläuterungen** erschwert. Hingegen zeichnen sich die **Erläuterungen zum Rechtsschutzteil des BVergG 2017** durch eine **Komplexität** aus, die zu Verständnisschwierigkeiten bei den (überwiegend nicht rechtswissenschaftlich vorgebildeten) Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der vergebenden Stellen sowie kleinerer Unternehmen führt. Dies umso mehr, als die Neustrukturierung des BVergG eine Neuorientierung der Vergabepraktiker erfordert, die erheblichen Schulungs- und Einarbeitungsaufwand verursacht. Es wird daher ersucht, die in Aussicht gestellten ausführlicheren Erläuterungen zum materiell-rechtlichen Teil möglichst einfach und konkret (mit praktischen Beispielen) zu fassen. Weiters wird der Erwartung Ausdruck verliehen, dass die gemeinsamen Bemühungen um Verwaltungsvereinfachung nicht durch restriktive Ausführungen in den - erst für die Regierungsvorlage in Aussicht gestellten - ausführlichen Erläuterungen gefährdet werden.

3. Verpflichtung zur Bereitstellung von Open Government Data auch im Unterschwellenbereich schon ab Oktober 2018:

Zu §§ 64 Abs. 1 und 234 Abs. 1 fällt auf, dass die „nationalen“ Bekanntmachungen auch im Unterschwellenbereich gemäß Art. 2 (Z 6, 15 und 21) schon ab 18. Oktober 2018 von den bisherigen elektronischen Publikationsmedien (die in den meisten Bundesländern bislang schlichte Websites waren) auf die Zur-Verfügung-Stellung von Open Government Data über data.gv.at umgestellt werden sollen. **Dies, obwohl die elektronische Kommunikation im Unterschwellenbereich im Einklang mit den EU-Vergaberichtlinien unstrittig auch nach 18. Oktober 2018 freiwillig bleibt** (vgl. § 48 Abs. 2 idF des Art. 2 Z 3). Dies wirft die Frage auf, ob es in „Papier-Vergabeverfahren“, wie sie insbesondere bei kleineren bzw. ausgegliederten Rechtsträgern auch noch nach dem 18. Oktober 2018 im Unterschwellenbereich sehr häufig vorkommen werden, notwendig und ohne eine entsprechende Applikation möglich ist, Metadaten und Kerndaten als OGD bereitzustellen. Die Stadt Wien selbst als große öffentliche Auftraggeberin strebt zwar aus heutiger Sicht nicht an, das bisherige Publikationsmedium für immer beizubehalten und begrüßt grundsätzlich die österreichweite Vernetzung der lokalen Vergabeplattformen durch Bereitstellung von Open Government Data, weil damit der wirtschaftliche Wettbewerb und die Transparenz optimiert werden. Ein späteres Inkrafttreten der neuen Fassung von §§ 64 und 234 (etwa mit 18. Oktober 2020) scheint aber angebracht, damit die entsprechenden Vorkehrungen überall getroffen werden können.

4. Gefährdung österreichweiter Katasterdienste, wie insbesondere der LGU des ANKÖ:

In § 80 Abs. 5 und 251 Abs. 5 wäre die Wendung „gebührenfreie Datenbank“ jeweils durch „unentgeltliche Datenbank“ zu ersetzen, um die **langjährig bewährten österreichweiten**

Katasterdienste (etwa die sog. „Liste geeigneter Unternehmer“ des Auftragnehmerkatasters Österreich) nicht zu gefährden. Es ist weder den AuftraggeberInnen noch den an öffentlichen Aufträgen überregional interessierten Unternehmen zumutbar, diese österreichweiten (wesentlich durch pauschale Jahresmitgliedsbeiträge finanzierten) Katasterdienste durch lokale Fileservices bzw. isolierte interne Datenbanken der tausenden AuftraggeberInnen gemäß § 80 Abs. 6 bzw. 251 Abs. 6 zu ersetzen und damit zusätzlich zur LGU eigene Datenbanken zu unterhalten. Von der im BKA alternativ erwogenen (begrifflich zu weiten) Formulierung „kostenlose Datenbank“ wird aus diesem Grund dringend abgeraten.

5. Ausdehnung des Bestangebotsprinzips oder umfassend verstandenes Qualitätsprinzip:

Ausdrücklich zu begrüßen ist die im Entwurf eines BVergG 2017 (§§ 91 Abs. 6 bzw. für den „Sektor“ 262 Abs. 5) vorgesehene Einführung eines umfassend zu verstehenden Qualitätsprinzips unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehenden Instrumente. In der Vergabep Praxis seit Inkrafttreten der letzten Novelle zum BVergG 2006 hat sich nämlich bestätigt, dass es sehr schwierig ist, für durch technische Normen und Standard-Leistungsbeschreibungen ohnehin vollständig beschreibbare Leistungen nicht-diskriminierende, objektiv überprüfbare, zweckmäßige und praktikable Zuschlagskriterien neben dem Preis zu finden.

Ferner können höhere Preise auf Ebene der unmittelbaren AuftragnehmerInnen nicht sicherstellen, dass von den Unternehmen auf unteren SubunternehmerInnenebenen angemessene Löhne bezahlt werden oder die Leistungsqualität zunimmt. Mit Mindestanforderungen an die Eignung, technischen Spezifikationen und werkvertraglichen Ausführungsbedingungen („umfassendes Qualitätsprinzip“) wird dies am besten und rechtssichersten bewirkt.

Die geplante Klarstellung, dass die Berücksichtigung von Folgekosten dem Bestangebotsprinzip genügt, ist ausdrücklich zu begrüßen, weil sie den Vorwurf entkräftet, die öffentliche Hand vernachlässige diesen Aspekt und achte nur auf den Anschaffungspreis. Es wird in diesem Zusammenhang jedoch ersucht, bei den Erläuterungen zum „Kostenmodell“ (S. 10) - wie in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vereinbart - klarzustellen, dass nicht auf alle Lebenszykluskosten abgestellt werden muss, sondern auch eine Bewertung eines Teils der Folgekosten (z.B. der Stromverbrauch eines beschafften Geräts in den nächsten 5 Jahren) dem Bestangebotsprinzip genügt.

6. Verzögerung der Beschaffungsprozesse durch Verlängerung der Stillhaltefrist auf 10 Tage:

Der Entwurf sieht durchgehend (vgl. z.B. §§ 144 Abs. 1, 150 Abs. 4, 306 Abs. 1 und 311 Abs. 4) eine Verlängerung der bislang 7-tägigen Stillhaltefrist im Unterschwellenbereich auf 10 Tage vor. Die 7-tägige Frist hat sich in der Praxis bestens bewährt und zu keinen Beschwerden Anlass gegeben. Der Entscheidung des UVS Tirol (2012/K4/2499-12 vom 14.3.2013) und einem diesbezüglichen Erkenntnis des VwGH betreffend eine „Direktvergabe“ im Oberschwellenbereich sollte viel mehr dadurch Rechnung getragen werden, dass zu § 46 BVergG 2017 klargestellt wird, dass es im Oberschwellenbereich weiterhin keine Direktvergabe, sondern nur allenfalls rechtswidrige „freihändige“ Vergaben bzw.

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, für welche zweifelsfrei die 10-tägige Frist gilt, geben kann.

Mit der in § 352 Abs. 3 zur Diskussion gestellten Verlängerung der Entscheidungsfrist für das Bundesverwaltungsgericht über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen von bislang 7 „Werktagen“ (§ 330 Abs. 3 BVergG 2006) auf mehr als 10 Tage (rechtzeitige Absendung durch das Gericht genügt künftig) kann die Notwendigkeit einer Verlängerung der Stillhaltefrist im Unterschwellenbereich nicht argumentiert werden, weil bereits der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs. 5 Z 1 bis 3 (weiterhin) eine Sperrwirkung auslöst und somit keine Rechtsschutzlücke entstehen kann. Abgesehen davon läuft die Entscheidungsfrist nach § 352 Abs. 3 nicht parallel zur Stillhaltefrist, sondern wird erst durch Einbringung eines Antrags auf einstweilige Verfügung in Lauf gesetzt.

Es wird jedenfalls abgelehnt, dass der Bundesgesetzgeber durch Verlängerung der materiell-rechtlichen Stillhaltefrist die Landesgesetzgeber mittelbar dazu zwingt, die prozesualen Fristen für Nachprüfungsanträge im Unterschwellenbereich auf 10 Tage zu verlängern. In Erinnerung gerufen werden darf in diesem Zusammenhang noch, dass die überwiegende Zahl (weit über 90 %) der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich stattfindet und daher auch eine scheinbar geringe Fristverlängerung in der Praxis große Auswirkungen auf die Investitionen und die Projektablaufe hat.

7. Die Eignung unzuverlässiger, insolventer und unbefugter Subunternehmen darf nicht gesetzlich fingiert werden:

Nachdrücklich zu befürworten ist der geplante Entfall der seit der letzten Novelle in § 83 Abs. 5 BVergG 2006 enthaltenen Zustimmungsfiktion betreffend SubunternehmerInnen (vgl. nun § 363 des Entwurfs): Diese **sozialpolitisch kontraproduktive und gewerbe-rechtlich verfehlt**e Regelung führt derzeit dazu, dass selbst mehrfach bestrafte, mit der Entrichtung von Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen säumige, insolvente und unbefugte Subunternehmen nach Verstreichen von drei Wochen als genehmigt gelten und von der Hauptauftragnehmerin auf den öffentlichen Baustellen eingesetzt werden dürfen. Auf § 367 Z 54 GewO 1994 (Strafbarkeit der Beschäftigung von „Pfuschern“) ist ausdrücklich aufmerksam zu machen. Allfällige Bestrebungen, diese „Subunternehmerfiktion“ wieder in den Gesetzesentwurf aufzunehmen, werden entschieden abgelehnt. Dies insbesondere auch für den Fall, dass die laut den Materialien in § 364 vorgesehene AuftragnehmerInnenhaftung nicht verwirklicht werden sollte.

8. Mehraufwand in den vergebenden Stellen durch geplante „Vorratsdatenspeicherung“ in der Baustellendatenbank:

Gegen die Einführung einer Meldepflicht der AuftraggeberInnen bei Bauaufträgen an die Baustellendatenbank (§ 368) bestehen starke Bedenken, weil sie zu einer Speicherung von umfangreichen Datensätzen über überwiegend zuverlässige Unternehmen auf Vorrat mit hohem Eingabeaufwand der vergebenden Stellen führen würde. Auf das weder im vorliegenden Entwurf noch im § 31a des Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes berücksichtigte Prinzip der „Datenminimierung“ gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c der Datenschutz-Grundverordnung (VO EU 2016/679) ist in diesem Zusammenhang nachdrücklich aufmerksam zu machen.

Künftig werden (zumindest im Oberschwellenbereich) ohnehin Open Government Data (OGD) über vergebene Aufträge zur Verfügung gestellt, die auch von der Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse genutzt werden können (vgl. §§ 61, 62, 231 und 232 des Entwurfs). Außerdem bieten § 93 des Arbeiterkammergesetzes 1992 und § 68 Abs. 1 des Wirtschaftskammergesetzes 1998 bereits eine Grundlage für Auskünfte im Anlassfall über die beauftragten AuftragnehmerInnen und - soweit bekannt - deren SubunternehmerInnen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass gerade die der obersten Auftraggeberin bzw. dem obersten Auftraggeber nicht bekanntgegebenen und daher nicht zu meldenden Sub-Sub-(Sub-)unternehmen sozialpolitisch problematisch sind.

Sollte an der geplanten Meldepflicht dennoch festgehalten werden, so wären die einzugebenden Daten auf das Notwendigste zu reduzieren, wäre die vorgesehene 100 000 €-Grenze deutlich (etwa auf 1 Mio. €) anzuheben und wäre vorzusehen, dass die Meldeverpflichtung ab dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (Auftragsvergabe) von der bzw. dem öffentlichen AuftraggeberIn bzw. SektorenauftraggeberIn auf die Hauptauftragnehmerin bzw. den Hauptauftragnehmer übergeht (allenfalls mit haftungsbefreiender Wirkung bezüglich des laut den Materialien geplanten § 364). Die Hauptauftragnehmerin bzw. der Hauptauftragnehmer hat nämlich die beste Übersicht über die Vorgänge auf ihrer bzw. seiner Baustelle und verfügt bei der Steuerung der Subvergaben über viel bessere Durchsetzungsmöglichkeiten als die bzw. der (an das BVergG gebundene) öffentliche AuftraggeberIn bzw. SektorenauftraggeberIn. Die Meldung der „tatsächlich eingesetzten Subunternehmer“ (§ 368 Abs. 2 Z 1 und 2) ist der bzw. dem obersten AuftraggeberIn - wie bereits oben dargelegt - nur insoweit möglich, als ihr diese von ihrer/ihrem bzw. seiner/seinem unmittelbaren AuftragnehmerIn bekanntgegeben wurden.

Nicht nachvollziehbar ist, warum in § 368 Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 Z 1 und 2 die Meldung der Befugnisse der SubunternehmerInnen verlangt wird: Das GISA ist ein öffentliches Register und es steht der BUAk bereits jetzt frei, Informationen über die Befugnisse der Unternehmen auf Grundlage des § 31 Abs. 2 des Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes automationsunterstützt dort zu erlangen. Auch verfügen Unternehmen oft über sehr viele (oft mehrere Dutzend) Befugnisse. Würde ein großes Bauunternehmen auch nur ein einziges großes Elektrotechnikunternehmen als SubunternehmerIn benennen, wären schon dutzende Befugnisse an die Baustellendatenbank zu melden, obwohl diese Daten ohnehin über das GISA automationsunterstützt abrufbar sind.

Neben den Befugnissen der Auftragnehmerin bzw. des Auftragnehmers und der Subunternehmen hätten folgende Daten bei den Meldungen zu entfallen:

- Auftragssumme des Subunternehmers (wird von den BieterInnen im Angebot nicht angegeben)
- Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes beim Subunternehmer (ergibt sich aus den Daten des Hauptauftragnehmers)
- Ausführungsort beim Subunternehmer (ergibt sich aus den Daten des Hauptauftragnehmers)

- Tatsächlicher Ausführungsbeginn und voraussichtliche Ausführungsdauer (wird von den BieterInnen im Angebot nicht angegeben und ist für die einzelnen Leistungsteile nicht vorher angebbar; es könnte nur auf den Leistungsbeginn und die Leistungsfrist der Gesamtleistung abgestellt werden).

Bezüglich der - in Wien besonders bedeutsamen - Rahmenverträge wird in den Erläuterungen treffend festgehalten, dass die Abrufe aus derartigen Verträgen (anders als bei Rahmenvereinbarungen) nicht als Zuschlagserteilungen anzusehen sind. Es wird nochmals darauf hingewiesen, dass bei Rahmenverträgen die ex-ante-Eintragung von genauem Auftragsgegenstand, Ausführungsort, Ausführungsbeginn und -dauer in die Baustellendatenbank unmöglich ist. Rahmenverträge dienen der raschen Deckung des Bedarfs an einer Vielzahl von kleinteiligen Leistungen (Gebrechens- und Störungsbehebungen, kleine Sanierungen im Wert von jeweils wenigen hundert oder tausend Euro etc.), bei denen vorweg nicht exakt angebbar ist, wann, wo und mit welchem genauen Leistungsinhalt sie benötigt werden.

B. Sonstige Bemerkungen:

Zu § 9:

Der Umfang des Ausnahmetatbestandes in Abs. 1 Z 17 für „öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn“ erschließt sich nicht, weil auch Untergrundbahnen auf Schienen fahren. Durch eine geeignete Formulierung wäre daher klarzustellen, dass die spezielleren Regelungen bzw. die Erleichterungen für Vergaben betreffend „heavy rail“ nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 i.d.g.F. nicht berührt werden. Andererseits wäre die korrekte Einordnung der Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten per Straßenbahn vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 1 der zit. EG-VO ersichtlich zu machen.

Der Ausnahmetatbestand für „unwesentliche Änderungen während der Laufzeit“ (§ 9 Abs. 1 Z 26) ist nicht in der RL 2014/24/EU (vgl. Art. 7ff) enthalten. Was unter ausschreibungspflichtigen „wesentlichen“ Änderungen zu verstehen ist, ist ohnehin in Art. 72 RL bzw. § 366 des vorliegenden Entwurfs differenziert geregelt. § 9 Abs. 1 Z 26 könnte zu Missverständnissen dahingehend führen, dass nicht bloß geringfügige Vertragsänderungen stets (selbst, wenn sie auf präzisen Vertragsänderungsklauseln beruhen, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers zu erheblichen Schwierigkeiten führen würde, oder wenn die Änderungen auf Grund von unvorhersehbaren Umständen erforderlich wurden - vgl. Art. 72 RL 2014/24/EU) ein neues Vergabeverfahren erfordern, und hätte daher zu entfallen.

Ferner wäre im Lichte des Urteils des EuGH in der Rechtssache C-51/15 („Remondis“) eine Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass eine Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, auf deren Grundlage diese durch Satzungen eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen, auf die sie die Zuständigkeit zur Ausführung öffentlicher Aufgaben übertragen, die bis dahin den beteiligten Gebietskörperschaften oblagen, ohne dass ein Entgelt für vertragliche Leistungen vorgesehen ist, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Z. 5 der Richtlinie 2014/24/EU darstellt und damit vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen ist.

Zur Überschrift des 4. Abschnitts des 1. Teils des BVergG 2017 (vor § 12):

Das Wort „Leistungswertes“ wäre durch das Wort „Auftragswertes“ zu ersetzen.

Zu § 13 Abs. 4:

Wie bereits in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe erörtert, könnte diese unionsrechtliche Regelung öffentlichen AuftraggeberInnen (wie insbesondere Städten, Ländern und dem Bund) mit vielen vergebenden Stellen große Schwierigkeiten bereiten. Es wird nochmals um Klarstellung in den Erläuterungen ersucht, dass keine Zusammenrechnung gleichartiger Aufträge geboten ist, wenn die vergebenden Stellen relativ selbständig Haushaltsansätze bewirtschaften. Das Erfordernis der gelegentlichen Einholung von Genehmigungen übergeordneter Organe (z.B. des Gemeinderats oder der Landesregierung), insbesondere bei besonders großen Aufträgen, sollte in diesem Zusammenhang der Annahme einer selbständigen Beschaffungskompetenz der vergebenden Stelle nicht abträglich sein.

Zu § 14 Abs. 2:

Die neue Formulierung dient zwar der Umsetzung von Art. 5 Abs. 7 der RL 2014/24/EU, doch sollte in den Erläuterungen klargestellt werden, dass sie nicht dazu führt, dass Dienstleistungen, die gesondert beschafft wurden (etwa die schon der Bauausschreibung zu Grunde liegende Konzeption und Planung), zum Wert der Bauleistungen hinzuzurechnen sind. Gemeint sein dürften vielmehr nur Beistellungen für die Ausführungsphase, etwa auf Grund von bestehenden Rahmenverträgen der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers mit Dritten (z. B. Material- und Gerätebeistellungen, Mitwirkung bei der Räumung der Baustelle, Baustellensicherung, Grundwasserhaltung, Baustellenvermessung etc.).

Zu § 25 Abs. 2:

Es ist unmöglich, sich von allen denkmöglichen Wettbewerbsverzerrungen frei zu beweisen. Angemessen wäre es, auf die konkrete Situation abzustellen. Daher sollte der letzte Halbsatz lauten: „dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerrt hat.“

Zu § 28 Abs. 1:

Da hier nicht eine taxative Aufzählung aller zulässigen Fallkonstellationen gemeint sein dürfte, wird angeregt, im zweiten Satz nach dem Wort „kann“ das Wort „insbesondere“ einzufügen.

Zu § 28 Abs. 5:

Hier dürfte eine gesamthafte Bewertung von zwei oder mehreren Losen gemeint sein: Wenn diese ergibt, dass ein anderes Angebot günstiger ist als Angebote, die bei Einzelbewertung der Lose jeweils am günstigsten sind, darf künftig auf das insgesamt günstigste Angebot zugeschlagen werden. Diese Neuerung ist zu begrüßen. Allerdings sollte im einleitenden Satzteil deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, dass die Vergabe von Aufträgen über mehrere oder alle Lose auf Grund einer gesamthaften Bewertung dieser Lose gemeint ist.

Zu § 31:

Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme stellen keine eigenständigen Vergabeverfahren, sondern Vergabesysteme dar, die regelmäßig nicht unmittelbar zu einem Vertragsabschluss führen. Auch die §§ 39 und 40 des Entwurfes zeigen, dass Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme nicht gleichwertig zu offe-

nen Verfahren, nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder Verhandlungsverfahren sein können, da diese Verfahren oder Schritte davon für diese „Systeme“ gebraucht werden. Es wird daher angeregt diese Vergabesysteme als solche zu bezeichnen und wie Wettbewerbsverfahren gesondert zu regeln. Auffällig ist, dass in beiden Systemen im Unterschied zu den herkömmlichen Verfahren das Wort „geeignet“ seltener verwendet wird. Sollte dies bewusst erfolgt sein, wäre dies zumindest in den Erläuterungen zu behandeln. Sollte es sich um ein redaktionelles Versehen handeln, wird um Anpassung ersucht.

Zu § 32:

Im Sinne einer mit § 31 abgestimmten Regelung wird angeregt, in den Abs. 5 bis 7 jeweils die Wortfolge „vom öffentlichen Auftraggeber“ entfallen zu lassen. Alternativ könnte diese Wortfolge auch an den erforderlichen Stellen des § 31 ergänzt werden.

Zu § 34:

Die Ausweitung der Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung wird ausdrücklich begrüßt. Allerdings bedürfen die Begriffe „konzeptionelle oder innovative Lösungen“, „keine ordnungsgemäßen Angebote“ und „unannehmbaren Angebote“ - wie bereits in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe besprochen - einer Klarstellung in den Erläuterungen.

Zu § 43ff (nur im Unterschwellenbereich vorgesehene Vergabeverfahren):

Das Amt der Wiener Landesregierung würde eine definitive gesetzliche Festschreibung der durch die (immer wieder befristet verlängerte) Schwellenwertverordnung erhöhten „Subschwellenwerte“ präferieren. Sollte dies aus unionsrechtlichen Erwägungen nicht möglich sein, wird der Erwartung Ausdruck verliehen, dass die neue Schwellenwertverordnung mit den erhöhten Subschwellenwerten - zeitgleich mit dem BVergG 2017 - in Kraft gesetzt wird. Das Prozedere nach Art. 14b Abs. 4 und 5 B-VG (Einholung der Zustimmung der Länder zur Kundmachung des Vergaberechtsreformgesetzes 2017 und der Schwellenwertverordnung 2017) wäre entsprechend zeitlich abzustimmen.

Zu § 48 Abs. 4 und 8:

Problematisch erscheint in dem Zusammenhang zunächst die Risikozurechnung bei fehlerhafter technischer Übertragung, etwa infolge eines technischen Mangels, der entweder seitens der Absenderin bzw. des Absenders (z. B. BieterIn) oder der seitens der Empfängerin bzw. des Empfängers (vergebende Stelle) eingesetzten Software. Ungeregt ist hier die Frage der Verantwortlichkeit etwa in dem Fall, wenn eine Bieterin bzw. ein Bieter knapp vor Ablauf der Angebotsfrist auf elektronischem Weg ein Angebot zu einer Ausschreibung übermittelt und bei einem Übertragungsfehler mangels Rückmeldung seitens der „Vergabesoftware“ von einer erfolgreichen Übertragung ausgeht. Ebenso könnte ein Problem auf Seite des Empfängers dazu führen, dass dem Absender keine fristgerechte Datenübermittlung gelingt, z. B. dass es einer Bieterin bzw. einem Bieter wegen eines Serverausfalls auf Seite der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers als EmpfängerIn nicht gelingt, ihr bzw. sein Angebot noch kurz vor Ablauf der Angebotsfrist bei der Auftraggeberin bzw. beim Auftraggeber einzubringen. Eine Beweisführung, in wessen Sphäre die Verursachung dieses Problem fällt, ließe sich nur mit teuren Sachverständigengutachten lösen. Wünschenswert wäre hier eine Klarstellung, dass Übertragungsfehler (wie schon bis-

her beim Verlust von Papier-Angeboten auf dem Postweg) unabhängig von einer allfälligen Fehlermeldung der „Vergabesoftware“ nicht zu Lasten der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers gehen.

Nachvollziehbar erscheint weiters, dass bei nicht durchgehend empfangsbereitem Server auf Seiten der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers eine Frist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern ist. Unklar bzw. ungeregelt ist jedoch, wen hier die Beweislast trifft. Aufgrund der Formulierung im Gesetzesvorschlag müsste die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber womöglich sämtliche Server-Logdateien durchforsten, da Ausfälle z. B. auch in der Nacht auftreten und bei selbständigem Reboot des Servers u.U. sogar unbemerkt bleiben können. Bei zahlreichen parallel laufenden Vergabeverfahren bestünde gegebenenfalls eine Pflicht der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers, die Fristen in allen diesen Verfahren zu verlängern, was mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein kann (zumal auch entsprechende Rückmeldungen von den Bieterinnen und Bietern einzufordern und entsprechend zu verwalten sind). Darüber hinaus stellt sich die Frage, was gilt, wenn eine Frist verlängert wird und kein Nachweis besteht, dass dieser Umstand einer bestimmten Bieterin bzw. einem bestimmten Bieter zur Kenntnis gebracht worden ist, und ob eine solche Verlängerung der Frist wegen technischer Störungen einer Zustimmung der interessierten Unternehmen bedarf. Hier wäre eine Klarstellung im Gesetz oder wenigstens in den Erläuterungen angebracht, dass die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber eine Nachforschungspflicht nur dann trifft, wenn konkrete Hinweise auf eine technische Störung in seinem Bereich vorliegen.

Überdies ist eine Klarstellung zum Begriff „erforderlichenfalls“ angebracht: Aus vergabepraktischer Sicht sollte in Abs. 8 eine Bagatellgrenze festgelegt werden. Kurze Ausfälle sollten ebenso irrelevant sein wie begrenzte Wartungsfenster, die vorangekündigt sind und außerhalb der üblichen Geschäftszeiten liegen. Es darf darauf hingewiesen werden, dass durch die Digitalisierung der Außenkommunikation in Vergabeverfahren bewährte Regelungen nicht grundlegend geändert werden müssen. Da es bisher ausreichte, Angebote während der Angebotsfrist innerhalb der Geschäftszeiten anzunehmen, stellt es ohnehin eine wesentliche Verbesserung für die interessierten Unternehmen dar, in derselben Frist grundsätzlich eine durchgehende Abgabemöglichkeit zu schaffen. Betreffend das allfällige Erfordernis einer Zustimmung zur Verlängerung einer Frist nach technischen Störungen ersuchen wir um Klarstellung wenigstens in den Erläuterungen, dass es einer solchen Zustimmung der interessierten Unternehmen (wie schon bisher bei Berichtigung der Ausschreibung) nicht bedarf.

Schließlich wäre zu erwägen, ob bei einem Serverausfall kurz vor Ablauf der Angebotsfrist innerhalb einer kurzen Nachfrist (z. B. binnen 24 Stunden nach Ablauf der Angebotsfrist) eine Erstreckung bzw. Neufestsetzung der abgelaufenen Angebotsfrist zugelassen werden könnte. Dies natürlich nur, solange der Inhalt der Angebote den Bieterinnen und Bietern noch nicht bereitgestellt oder verlesen wurde. In der Praxis langen viele Angebote nämlich gerade in der kritischen Phase unmittelbar vor Ablauf der Angebotsfrist ein und sollten Haftungsfälle wegen technischer Störungen möglichst vermieden werden.

Zu § 48 Abs. 6 Z 3:

Hier wären Erläuterungen wünschenswert, was der Gesetzgeber unter „speziellen Bürogeräten“ versteht. Sind damit beispielsweise Plotter gemeint, um Pläne ausdrucken zu können, so schließt dies auch die zugehörige Software (z. B. CAD-Programme) ein.

Zu § 48 Abs. 9:

Diese Bestimmung wäre symmetrisch zu formulieren, da jeder nur die Integrität der eigenen Daten gewährleisten kann. Sofern jedoch die Integrität der Datenübertragung gemeint sein sollte, gilt es zu bedenken, dass diese im fremden Verfügungsbereich nicht beeinflussbar ist. Hier sind klarstellende Regelungen hinsichtlich des Verantwortungsbereiches erforderlich (vgl. die Regelungen zur Verantwortlichkeit bei der Einreichung von Papierangeboten).

Zu § 48 Abs. 10 und Anhang V:

Diese Bestimmung führt zur Frage, ob ein Zugang noch als „uneingeschränkt“ gilt, wenn er ausschließlich nach einer Registrierung bzw. Authentifizierung möglich ist. Falls nicht, stellt sich die Frage, wie die Differenzierung der unterschiedlichen BieterInnen erfolgen soll, um sicherzustellen, dass der Zugriff nur auf ihre Informationen möglich ist. Ist ein Zugang auch dann als „direkt“ zu betrachten, wenn öffentliche AuftraggeberInnen den Zugang durch Dritte (Beschaffungsdienstleister) ermöglichen? Der Text des Anhang V gibt nur den Richtlinienentwurf wieder. Zu diesem sind Klarstellungen erforderlich.

Zu Anh. V Z 6 ist anzumerken, dass die Instrumente und Vorrichtungen lediglich den Zugriff im Wege des Systems beeinflussen können. Es kann jedoch nicht verhindert werden, dass geöffnete Angebote, die den Verfahrensteilnehmern zur Kenntnis gebracht werden müssen, auch außerhalb des Systems zugänglich werden (z. B. Ausdrucke von Systeminhalten durch BieterInnen). Die Einschränkung der Kenntnisnahme auf die ermächtigten Personen kann dann nicht mehr gewährleistet werden. Hier sollten zumindest Verantwortlichkeiten auf BieterInnenseite statuiert werden. Der Begriff „Token“ in Z 2 wäre zu erläutern.

Zu § 48 Abs. 12 und § 217 Abs. 12:

Die Regelung wird weiterhin so verstanden, dass die vergebende Stelle nur Dokumente, die sie (etwa per E-Mail) übermittelt, nicht auch solche, die sie auf einer elektronischen Vergabepattform bzw. sonst im Internet bereitstellt, mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. einem qualifizierten Siegel oder einer Amtssignatur versehen muss. Dies in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage klargestellt werden.

Die aktuelle Rechtslage erlaubt eine sichere Verkettung und Signatur eines Gesamtpaketes von Dateien. Unabhängig von der Präferenz für die Übermittlung von maschinell auslesbaren strukturierten Dateien kann es in der Praxis (abhängig von der jeweils eingesetzten Vergabesoftware) weiterhin vorkommen, dass verkettete Dokumente gemeinsam signiert und übermittelt werden. Eine entsprechende Klarstellung, dass dies weiterhin zulässig ist, wäre erforderlich. Weiters wird davon ausgegangen, dass diese Bestimmung - wie bisher - nicht die Bereitstellung von Dateien auf einer Vergabepattform betrifft, sondern nur die Übermittlung.

Zu § 54 Abs. 1:

Diese Verordnung bedarf nicht nur der Abstimmung zwischen BKA und BMF, sondern auch die Bundesländer wären gemäß Art. 14b Abs. 4 und 5 B-VG schon in die Vorbereitung des Verordnungsentwurfs einzubinden. Eine Abstimmung bei der Standardisierung des Kerndatenformats ist schon deswegen geboten, weil es nicht nur im Umfeld des Bun-

des, sondern auch im Bereich der Länder und Gemeinden bzw. deren ausgegliederter Rechtsträger mehrere unterschiedliche Vergabepattformen (Vergabesoftwarelösungen) geben wird.

Der Begriff „Kerndaten“ (im Sinne von für den Markt besonders relevanten und daher als OGD bereitzustellenden Daten, Teilmenge der Daten der Bekanntmachungen bzw. Bekanntgaben) müsste (ebenso wie der Begriff der „Metadaten der Kerndaten“ in § 59 Abs. 3) erläutert werden, falls keine Begriffsbestimmung in § 2 erfolgt.

Zu § 54 Abs. 2 (und vergleichbaren anderen Bestimmungen im Entwurf):

Bei den in Aussicht gestellten konkreteren Erläuterungen zur Regierungsvorlage wäre - wie in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vereinbart - klarzustellen, dass es sich bei der Aufbereitung von Informationen über Vergabeverfahren für an Aufträgen interessierte Dritte auf Grundlage der von den Auftraggeberinnen und Auftraggebern bereitgestellten Open Government Data (OGD) um kein exklusives Recht des Unternehmensserviceportals (USP) handelt. Die Einräumung besonderer oder ausschließlicher Rechte für eine Stelle würde nämlich - abgesehen von unionsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Bedenken - dem Open Government Data-Prinzip widersprechen.

Zu den §§ 57, 60 und 65:

Die Bedeutung der unterschiedlichen Arten von Vorinformationen - insbesondere auch jener nach § 57 Abs. 2 und 60 Abs. 2 - wäre zu erläutern.

Zu den §§ 59 und 64:

Es fällt auf, dass für die Bekanntmachungen in Österreich Mindestinhalte nur im Unterschwellenbereich vorgegeben werden (Verweis auf Anhang XXI). Anhang VIII i.V.m. § 59 Abs. 3 scheint nur das (bis 18. Oktober 2018 freiwillige; vgl. Art. 2 Z 5 und Z 21 des Vergaberechtsreformgesetzes 2017) Zur-Verfügung-Stellen von Open Government Data über data.gv.at zu betreffen. Welchen Mindestinhalt müssen die Bekanntmachungen in Österreich im Oberschwellenbereich gemäß § 59 Abs. 1 im Zeitraum zwischen dem Inkraft-Treten des BVergG 2017 und dem 18. Oktober 2018 haben?

Zu den §§ 62 und 66:

Die in den EU-Vergaberichtlinien nicht vorgesehenen ex-post-Bekanntgaben in Österreich werden zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen. Jedenfalls abzulehnen wäre daher eine von dritter Seite allenfalls angeregte Ausdehnung der Verpflichtung gemäß § 66 auf AuftraggeberInnen im Unterschwellenbereich auf den Vollziehungsbereich der Länder.

Zu § 69 Abs. 2:

Diese Bestimmung sollte zur besseren Lesbarkeit des Gesetzes und aus systematischen Erwägungen in den 2. Unterabschnitt des 8. Abschnitts verschoben werden.

Zu den §§ 78 Abs. 1 Z 9 sowie 249 Abs. 2 Z 8 BVergG 2017:

In die Erläuternden Bemerkungen sollte explizit aufgenommen werden, dass eine der Bedingungen - vorzeitige Beendigung des Auftrages oder Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen - für den Ausschluss schon ausreicht, und dass unter „Schadenersatz bzw. vergleichbare Sanktionen“ auch eine verhängte Vertragsstrafe fällt (z. B. bei Nichterreichung des pönalisierten Liefer- oder Fertigstellungstermins). Die Vertragsstrafe

ist ja nichts anderes als ein pauschalierter Schadenersatz, zu dem sich der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung verpflichtet hat.

Zu §§ 78 Abs. 2 und 249 Abs. 1 letzter Satz:

UnternehmerInnen sind u.a. von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen, wenn bestimmte Voraussetzungen in Bezug auf eine „Person, die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat“ erfüllt sind. Das kann im Einzelfall insbesondere bei großen Unternehmen, je nach Auslegung, eine sehr große Anzahl an Personen betreffen. Manche große Unternehmen haben 100-200 Prokuristinnen und Prokuristen. Eine unbedingte Verpflichtung zur Prüfung auch von ProkuristInnen (i.S.d. Erkenntnisses VwGH Ra 2015/04/0081) würde zu einem gewaltigen Mehraufwand (nicht nur bei der Einholung von Auskünften gemäß AuslBG und LSD-BG, sondern auch auf Seiten der BieterInnen, die künftig Strafregisterauszüge für alle Prokuristinnen und Prokuristen einholen müssten) und Verfahrensverzögerungen führen und ist daher aus vergabepraktischer Sicht abzulehnen. Bemerkt werden darf, dass der VwGH im zit. Erkenntnis unter Heranziehung des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes und des ASVG zu einer weiten Auslegung von § 68 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 gelangt ist und dies nicht zwingend aus dem Unionsrecht abgeleitet hat.

Zu § 80 Abs. 3:

Im ersten Satz des Abs. 3 ist die Wortfolge „oder der Auftraggeber dies festgelegt hat“ anzufügen. Anderenfalls könnten Situationen entstehen, in denen BewerberInnen oder BieterInnen meinen, von AuftraggeberInnen verlangte Nachweise nicht beibringen zu müssen, da sie ihnen nicht angemessen erscheinen (obwohl sie bestandsfest festgelegt wurden).

Zu den §§ 80 Abs. 6 sowie 7 und 251 Abs. 6 und 7:

Das „Only-Once-Principle“ der neuen RL wird insbesondere AuftraggeberInnen mit mehreren vergebenden Stellen große Schwierigkeiten bereiten. Dabei ist zu bedenken, dass das obligatorische e-Procurement nur die elektronische Kommunikation im Außenverhältnis im Oberschwellenbereich betrifft und die Vergabeakten daher bis auf weiteres intern meist noch als Papierakten geführt werden. Auch wäre es unzweckmäßig und unwirtschaftlich, neben den bestehenden österreichweiten Katasterdiensten (wie etwa dem bewährten ANKÖ mit seiner „Liste geeigneter Unternehmer“) auf Ebene der einzelnen AuftragnehmerInnen zusätzliche Eignungsdatenbanken einzurichten. In den Erläuterungen wäre daher darauf hinzuweisen, dass die Bieterin bzw. der Bieter gegebenenfalls angeben muss, wann und in welchem - möglichst konkret zu bezeichnenden - Vorverfahren er die Eignungsnachweise vorgelegt hat, damit die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber eine Chance hat, den Eignungsnachweis auch tatsächlich (z. B. in einer anderen vergebenden Stelle) zu finden. Ferner wird es sich um noch aktuelle Eignungsnachweise handeln müssen. Schließlich würde die Einrichtung von lokalen Eignungsdatenbanken auch im Hinblick auf die mit 25. Mai 2018 in Kraft tretende Datenschutz-Grundverordnung der EU zu einem großen administrativen Mehraufwand (etwa im Hinblick auf Dokumentations-, Auskunft- und Löschpflichten und die notwendigen umfangreichen Einwilligungserklärungen der betroffenen UnternehmerInnen zur künftigen Verwendung ihrer Eignungsdaten für bestimmte Zwecke) führen. Dazu kommt noch, dass bezüglich der künftigen Auslegung und Rechtsprechung zur Datenschutz-Grundverordnung noch viel Ungewissheit herrscht. Die in den Erläuterungen vertretene Ansicht, dass das „Only-Once-Principle“ und die (nicht praxis-

taugliche) Einheitliche Europäische Eigenerklärung zu einer Entlastung von Verwaltungsaufwand beitragen, kann nicht nachvollzogen werden.

Abs. 6 zweiter Satz sollte lauten: „Öffentliche Auftraggeber können zum Zweck der Verwaltung und Wiederverwendung der solcherart vorgelegten Nachweise einzeln oder gemeinsam Datenbanken einrichten und betreiben.“ Dadurch sollten auch gemeinsame Eigentumsdatenbanken ermöglicht werden.

Abs. 7 sollte sprachlich überarbeitet werden, da die Zielsetzung nicht klar erkennbar ist. Sollen hier die AuftraggeberInnen verpflichtet werden, bei ausländischen BewerberInnen oder BieterInnen jedenfalls auf e-Certis zurückzugreifen (unerheblich ob die Gleichwertigkeit der Art des Nachweises bekannt ist oder nicht), oder gilt es, lediglich in jenen Fällen, in denen unklar ist, oder der vorgelegte Nachweis der Art nach einem österreichischen Nachweis gleichwertig ist, e-Certis als erste Anlaufstelle zu positionieren? Falls hier auch künftig nur auf „Unternehmer mit Sitz in einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens“ abgestellt werden soll, sollten auch Fälle mitbedacht werden, in denen solche Unternehmer in nationalen (österreichischen) Datenbanken geführt werden.

Zu § 83:

Bei Abs. 2 Z 1 sollte ergänzt werden, dass im Fall der Strittigkeit vorbehaltlich einer gerichtlichen Entscheidung eine adäquate Sicherstellung (z. B. eine Bankgarantie) geboten wird. Sensible Leistungen können auch erhöhte Anforderungen an die Zuverlässigkeit der zu beauftragenden Unternehmen rechtfertigen. Daher muss es ebenfalls zulässig sein, bei der Beurteilung nach Abs. 3 auch leistungsbezogene Aspekte, insbesondere wenn sie im sachlichen Zusammenhang stehen, in die Beurteilung einfließen zu lassen.

Zu § 85:

Zumindest die Inhalte von Art. 58 Abs. 4 der RL 2014/24/EU sollten abgebildet werden. So wäre Abs. 3 entweder zu streichen, da er nur einen Teilbereich (homogene Arbeitsgemeinschaften) abdeckt, oder entsprechend umfassend auszugestalten. So wäre beispielsweise für heterogene Arbeitsgemeinschaften zu ergänzen, dass anzugeben ist, welches Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft welchen Leistungsteil konkret erbracht hat (zumindest für den von der Auftraggeberin bzw. vom Auftraggeber nachgefragten Leistungsbereich).

Zu den §§ 89 und 260:

Es wird angeregt - zumindest in den Erläuterungen - zu konkretisieren, was im Abs. 1 unter „kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig“ zu verstehen ist (vgl. die Hinweise zu § 48 Abs. 10). Die e-Procurement-Systeme haben sich in den letzten Jahren dahin entwickelt, auch für die BieterInnenseite mehr Service zu bieten. So wurde vielfach der Download von Ausschreibungsunterlagen an eine (einfache) Registrierung gekoppelt. Im Falle einer Berichtigung der Ausschreibung erfolgt dann oft eine Benachrichtigung an die bekanntgegebene E-Mail-Adresse.

Zur klaren Unterscheidung, wann welcher Paragraph zur Anwendung kommen soll, wird angeregt, Abs. 1 mit der Wortfolge „Wird ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt,...“ beginnen zu lassen. In weiterer Folge sollte nicht auf die Verfügbarkeit der Bekanntmachung abgestellt werden, da gemäß § 55 Bekanntmachungen eben

Bekanntmachungen oder Vorinformationen sein können. Das Wesen einer Vorinformation ist aber, dass nicht den gesamten Zeitraum über die Unterlagen verfügbar sind.

Die jeweiligen Abs. 4 stehen zum jeweiligen Abs. 1 im Widerspruch und machen allenfalls nur in offenen Verfahren bzw. offenen Wettbewerben, nicht jedoch in Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und in zweistufigen Verfahren und anderen Zuschlags- und Vergabesystemen mit Bewerberauswahl, Präqualifikation, Partnerauswahl oder dgl., Sinn. Die technische Realisierung wird auch eher bei ausgereiften elektronischen Vergabepattformen als bei der Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen per E-Mail bzw. Bereitstellung auf einer schlichten Website, möglich sein. In der bundesgesetzlichen Regelung sollte es (wie bisher) vorrangig darum gehen, dass Dritte am Markt nicht erfahren, welche Unternehmen sich für die Ausschreibungsunterlagen interessiert haben. Die in Aussicht genommene Regelung wäre daher grundsätzlich zu hinterfragen, um die Implementierung des e-Procurements in Österreich nicht zu gefährden.

Zu § 91 Abs. 3:

Diese Bestimmung scheint den AuftraggeberInnen eine Möglichkeit zu eröffnen, die nach § 50 Abs. 3 nicht besteht. Eine Abstimmung der beiden Gesetzesstellen ist notwendig.

Zu § 98 Abs. 4 Z 2:

Hier sollte die Wortfolge „durch den Auftragsgegenstand“ entfallen, da regelmäßig auch andere Aspekte (vgl. die Begrenzung der Anzahl der Mitglieder in Arbeitsgemeinschaften) relevant sind.

Zu § 98 Abs. 5:

Diese - von der Intention her zwar nachvollziehbare - Bestimmung setzt offenbar Art. 63 Abs. 1 (3. Unterabsatz) der RL 2014/24/EU um. Die Richtlinie spricht von einer gemeinsamen Haftung für die Auftragsausführung, § 98 Abs. 5 sieht vor, dass HauptauftragnehmerInnen und SubunternehmerInnen die Leistungserbringung solidarisch schulden. Um Erläuterung, wie die bzw. der zur Verstärkung der wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit beigezogene SubunternehmerIn (etwa ein konzernverbundenes Unternehmen, das eine Patronatserklärung abgegeben hat, jedoch nicht die erforderliche technische Leistungsfähigkeit und die Befugnisse für die Erbringung aller Leistungen besitzt) in einem solchen Fall seiner solidarischen Verpflichtung nachzukommen hat, wird gebeten. (Hat er geeignete Dritte für die Fertigstellung der Leistung beizuziehen oder haftet er nur monetär?). Solche Konstruktionen sind aus vergabepraktischer Sicht jedenfalls sehr problematisch, weil die Solidarhaftung der Subunternehmerin bzw. des Subunternehmers im Fall einer Insolvenz der bzw. des (alleine nicht ausreichend wirtschaftlich-finanziell leistungsfähigen) Hauptauftragnehmerin bzw. Hauptauftragnehmers nichts daran ändert, dass es zu einer wesentlichen Verzögerung des Projekts kommt.

Zu § 99:

Rechtstechnisch erscheint es nicht zweckmäßig, die AuftraggeberInnen zu einem bestimmten Handeln zu verpflichten um eine Regelvorgangsweise zu erreichen. Abs. 2 sollte daher wie folgt beginnen: „Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, so gilt als derartiges Mittel die Bankgarantie als festgelegt. Sie kann nach Wahl der bzw. des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden.“

Zu § 101:

Zum besseren Verständnis sollte klargestellt werden, dass bei begrenztem Teilnehmerkreis (Verfahren ohne Bekanntmachung oder Verfahrensphasen in denen nur mehr ausgewählte Unternehmen beteiligt sind) Berichtigungen zu übermitteln bzw. bereitzustellen sind. Innerhalb offener Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist nach einer Bekanntmachung können nie alle interessierten Unternehmen bekannt sein. Daher sollte klargestellt werden, dass in diesen Phasen Berichtigungen stets in derselben Art bekannt zu machen sind wie die Bekanntmachungen (vgl. die Bestimmungen zum Widerruf eines Vergabeverfahrens).

Zu § 103:

Abs. 2 sollte die Art der Leistungsbeschreibung regeln, nicht Teile des § 105 vorwegnehmen. Abs. 2 könnte besser lauten: „Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind die zu erbringenden Leistungen konkret zu beschreiben.“

Zu § 105 Abs. 2:

Aus vergabepraktischer Sicht wird angeregt, die Wortfolge „angeführten Leistungen so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen“ durch die Wortfolge „angeführten Leistungen mengenmäßig in angemessener Genauigkeit zu bestimmen“ zu ersetzen.

Zu den §§ 105 Abs. 3 und 110 Abs. 2:

Die vorgesehene Abschwächung der sog. „Normenbindung“ (die als Bindung auch an Standard-Leistungsbeschreibungen, private Industriestandards udgl. verstanden wird) wird nachdrücklich unterstützt. Abgesehen von unionsrechtlichen Bedenken, dem manchmal fraglichen öffentlichen Mandat für solche Regelwerke, der teilweise fehlenden kostenlosen Zugänglichkeit für alle Unternehmen und der unterschiedlich transparenten Art des Zustandekommens wirken manche Standards unnötig kostentreibend. Andererseits sind oft ergänzende Z-Positionen zur vollständigen qualitativen Spezifikation der Leistungen oder ergänzende werkvertragliche Regelungen erforderlich. Die neue Formulierung („so ist auf diese Bedacht zu nehmen“) wird der notwendigen Einzelfallbetrachtung besser gerecht als die bisherige restriktive in §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 BVergG 2006, die zu vielen Rechtsstreitigkeiten bei den Verwaltungsgerichten Anlass gegeben hat. Eine allenfalls von dritter Seite angeregte Beibehaltung der bisherigen Regelung würde auf entschiedene Ablehnung stoßen.

Zu § 112 Abs. 1:

Der zweite Satz ist im Hinblick auf die Katasterdienste (etwa die LGU des ANKÖ) und die Einheitliche Europäische Eigenerklärung missverständlich. Außerdem ist dieser Satz zu eng gefasst, weil dem Angebot auch andere verlangte Informationen - nicht bloß eignungsbezogene - beizufügen sind. Somit sollte die Wortfolge „im Hinblick auf die Eignung“ entfallen.

Zu § 122 Abs. 3:

Die Wortfolge „bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von geeigneten Unternehmern“ ist auch für nicht-offene Verfahren relevant und sollte daher in den ersten Satz verschoben werden.

Zu § 123 Abs. 5:

Die Wortfolge „objektiven und nicht diskriminierenden“ sollte entfallen, da sonst die in der Definition (§ 2 Z 22 lit. a) festgelegten Anforderungen an Auswahlkriterien unvollständig wiedergegeben werden.

Zu den §§ 123 Abs. 3 erster Satz und 132 Abs. 4:

Diese Regelungen sollten nach dem Vorbild von § 89 Abs. 4 differenzierter erfolgen. Wenn öffentliche AuftraggeberInnen (wie künftig z. B. die Stadt Wien) e-Procurement-Lösungen auf eigenen Servern betreiben, könnte sonst fraglich sein, ob gegen diese Bestimmung bereits dann verstoßen wird, wenn ein an der Führung des Vergabeverfahrens nicht beteiligter Systemadministrator zwecks Behebung einer technischen Störung die Zugriffsmöglichkeit auf Angebotsdaten erlangt.

Zu § 124:

Aus vergabepraktischer Sicht scheint es im Hinblick auf die Geltungsdauer einer Vorinformation zweckmäßig und notwendig, den AuftraggeberInnen ein Recht auf Aktualisierung der die Eignung betreffenden Informationen einzuräumen. Nur so wird AuftraggeberInnen ermöglicht, ihrer Verpflichtung, nur geeignete Unternehmen zur Angebotslegung aufzufordern, nachzukommen.

Zu § 125 Abs. 1:

Auch im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog hat sich die Bieterin bzw. der Bieter an die (wenn auch teilweise nur funktional spezifizierten) Ausschreibungsunterlagen zu halten.

Zu § 127 Abs. 1:

In Z 4 sollte von der Verpflichtung, einen Preis für die Leistungsposition anzugeben, keinesfalls abgegangen werden. Allenfalls kann der Preis den Wert „0“ annehmen. Die Erläuterung sollte wie in anderen aufklärungsbedürftig erscheinenden Fällen im Zuge der Preisangemessenheitsprüfung erfolgen.

In Z 8 sollte die Wortfolge „sofern diese nicht als eigenständige Angebote eingereicht werden“ ergänzt werden.

Zu § 130 Abs. 2 und 3:

Der letzte Halbsatz könnte jeweils lauten: „wenn das Angebot zuschlagsfähig ist“. Damit könnte verhindert werden, offenkundig ungeeigneten BieterInnen eine Vergütung zahlen zu müssen.

Zu § 131 Abs. 3:

Hier sollte im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um eine einmalige Verlängerung um einen Monat handelt (allenfalls mehrere kürzere Verlängerungen bis zu einem Gesamtausmaß von einem Monat).

Zu § 133:

Der vorgesehene Entfall der aufwändigen und nicht mehr zeitgemäßen obligatorischen Angebotsöffnung im Beisein der BieterInnen, die zu einer problematischen Rechtsprechung über „nicht sanierbare Verlesungsfehler“ und damit zu unnötigen Widerrufen des gesamten Vergabeverfahrens geführt hat, ist zu begrüßen. Angesichts der heutigen tech-

nologischen Möglichkeiten gibt es viel bessere Möglichkeiten als die Verlesung, um die Transparenz für alle BieterInnen (egal, wo diese ansässig sein mögen) herzustellen.

Wir dürfen aber darauf hinweisen, dass auch eine förmliche Angebotsöffnung ohne Teilnahme der BieterInnen Zeit kostet und eine Rechtsprechung entstehen könnte, dass nicht Protokolliertes (so wie bislang nicht Verlesenes) nicht berücksichtigt werden darf („unbehebbarer Protokollierungsfehler“). Daher sollte erwogen werden, ob das Erfordernis eines förmlichen Protokolls über die interne Angebotsöffnung ganz entfallen könnte und nur mehr vorgeben wird, dass die in § 133 Abs. 5 Z 1 bis 4 angeführten Informationen den BieterInnen mitzuteilen sind. Dies zumindest dann, wenn die revisionssichere Dokumentation der (elektronisch eingelangten) Angebote gewährleistet ist. Dies gilt sinngemäß auch für den Sektor (§ 298 Abs. 5). Auch die Prüfpflichten des Abs. 3 haben an dieser Stelle zu entfallen, da diese erst Gegenstand der nächsten Verfahrensschritte sind.

Eine verpflichtende Übermittlung oder Bereitstellung der Angebotsinhalte an die MitbieterInnen in anderen Verfahren außer dem offenen und nicht offenen ist strikt abzulehnen.

Zu § 136 Abs. 2:

Diese Regelung ist nicht nachvollziehbar. Auch Pauschalpreise sind in „Lohn“ und „Sonstiges“ aufzugliedern, wenn dies in der Ausschreibung so vorgesehen ist. Dies kann bei veränderlichen Preisen sowie bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen praktisch relevant sein.

Zu § 138 Abs. 4 bis 7:

Diese Ausscheidenstatbestände wären in § 141 zu berücksichtigen.

Zu § 141 Abs. 1 Z 11:

Dieser Ausnahmetatbestand wäre sprachlich zu konkretisieren und enger zu fassen. Jedes Unternehmen hat ja Interessen, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können, weil es tendenziell versuchen wird, seinen Gewinn (durch Reduktion von Qualitäten und Vergrößerung des Leistungsumfangs bzw. entsprechende Abrechnungen) zu maximieren.

In den Erläuterungen zu diesem Ausnahmetatbestand ist der letzte Satz des dritten Absatzes (wegen der Verwendung des Worts „Bauherr“) nicht nachvollziehbar. Ist mit dem Beispiel für einen Interessenkonflikt eine Konstellation gemeint, bei der die Bieterin bzw. der Bieter zugleich „ausführender Unternehmer“ bzw. „ausführende Unternehmerin“ der gegenständlichen Baustelle ist?

Zu den §§ 151 und 152:

Die erleichterte Vergabe von „besonderen Dienstleistungen“ i.S.v. Anhang XVI wird ebenso wie die Möglichkeit, bei Dienstleistungen gemäß Anhang XVII die Teilnahme auf „partizipatorische Organisationen“ zu beschränken, begrüßt.

§ 151 Abs. 1 des Entwurfes enthält umfangreichere Verweise als der derzeitige § 141 Abs. 1 BVergG 2006. Neu im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ist insbesondere der Verweis auf die allgemeinen „Grundsätze des Vergabeverfahrens“ (§ 20 Abs. 2 bis 4 und 9). Leider enthalten weder der neue Gesetzestext noch die Erläuterungen eine Klarstellung dahingehend, dass der Bundesgesetzgeber - wie nach Art. 76 RL 2014/24/EU zuläs-

sig - abgesehen von § 151 Abs. 3 bis 8 von näheren Vorgaben für die Ausgestaltung der Verfahren zur Vergabe besonderer Dienstleistungsaufträge Abstand nimmt. Es wird insbesondere um Klarstellung ersucht, dass der Verweis auf § 20 Abs. 1 (wo die Wendung „nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren“ zu finden ist) nicht bedeutet, dass eines der typisierten Verfahren, die das Gesetz für andere als besondere Dienstleistungen bereitstellt, verwendet werden muss. Vielmehr sollten diese besonderen Vergabeverfahren relativ frei gestaltbar bleiben.

Andererseits wäre die Zulässigkeit einer vorherigen Markterkundung auch bei besonderen Dienstleistungsaufträgen durch einen Verweis in § 151 Abs. 1 auf § 24 klarzustellen.

In den Erläuterungen bleibt unklar, ob mit der Wendung „mit einem unter dem genannten Schwellenwert liegenden Auftragswert“ ein Wert unter 750 000 € gemeint ist oder ein Wert unter 100 000 € bzw. unter 150 000 €. Auf Grund des Zusammenhangs mit Erwägungsgrund 114 der RL 2014/24/EU müsste wohl der in der RL angeführte Schwellenwert von 750 000 € angesprochen sein. Um Klarstellung wird ersucht.

Am Ende dieses Kapitels der Erläuterungen findet sich der Satz „Die Laufzeit solcher Aufträge darf drei Jahre nicht überschreiten“. Diesbezüglich wurden in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe mögliche Schwierigkeiten bei einer zeitlich gestaffelten Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen in mehreren Gebietslosen erörtert. Um Klarstellung, ob eine Bieterin, die in einem Gebietslos einen Auftrag erhalten hat, künftig für nachfolgende Lose „gesperrt“ ist, wird ersucht.

Zu § 200 Abs. 3:

Gemäß § 191 Abs. 6 BVergG 2006 ist es derzeit möglich, die Übermittlung von Unterlagen von Auflagen abhängig zu machen. Die sprachliche Neufassung im § 200 Abs. 3 des Begutachtungsentwurfes scheint die Reihenfolge umzudrehen: Auflagen sind nur noch möglich, wenn die Unterlagen bereits übermittelt wurden. Da Art 39 Abs. 2 der RL 2014/25/EU dies nicht so festlegt, wäre der Entwurf wie folgt zu ändern: „Der Sektorenauftraggeber kann den Teilnehmern eines Vergabeverfahrens Anforderungen vorschreiben, die auf den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen abzielen, die Sektorenauftraggeber den Teilnehmern im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellen, übermitteln bzw. bereitstellen. Dies gilt auch für Bewerber und erfolgreiche Unternehmer im Prüfsystem“.

Zu § 213 Abs. 2:

Ungeachtet der in Aussicht gestellten Neuerlassung der Schwellenwertverordnung wird nochmals darauf hingewiesen, dass der im BVergG 2006 vorgegebene geschätzte Auftragswert im Sektor seit der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (vgl. dort Art. 2 Z 65) 75 000 € betragen hat, nicht 60 000 €. Daher wäre dieser Subschwellenwert auch im BVergG 2017 mit 75 000 € festzulegen.

Zu § 262 Abs. 3:

Der letzte Satz wirkt unvollständig. Die Alternative zum Kostenmodell erschließt sich nur aus Abs. 6 Z 2.

Zu § 281:

Kritisch gesehen wird von den Sektorenauftraggeberinnen und Sektorenauftraggebern, dass die Regelungen aus dem klassischen Bereich (vgl. § 114 des Entwurfes) in den Sek-

torenbereich übernommen wurden, obwohl sich die EU-RL sowohl in den Erwägungsgründen (Erwägungsgrund 45 RL 2014/24/EU hat kein Pendant in der RL 2014/25/EU) als auch bei den Regelungen für den Ablauf des Verhandlungsverfahrens (Art. 29 bzw. Art. 47) bewusst voneinander unterscheiden. Für den „Sektor“ sollte es durchgehend weniger dichte Regelungen geben, weil die SektorenauftraggeberInnen immer schärferen Wettbewerbsbedingungen am Markt ausgesetzt sind.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Änderung von Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen zulässig: Die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien darf während des gesamten Verfahrens nicht verändert werden (vgl. EuGH C-6/15, TNS Dimarso NV). Die Änderung darf nur dann erfolgen, wenn sich der Bieterkreis nicht ändert (vgl. VwGH 2011/04/0115 u.a.) Nach der Erstellung des Angebots ist die Änderung von Zuschlagskriterien jedenfalls unionsrechtswidrig (vgl. EuGH C-331/04, ATI EAC). Vor diesem Hintergrund legt die RL 2014/25/EU in Art. 49 Abs. 3 fest, dass die Zuschlagskriterien nicht Gegenstand von Verhandlungen sind. Den SektorenauftraggeberInnen verbleibt daher ein - wenn auch sehr eingeschränkter - Spielraum für die Anpassung von Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren während der Frist für die Erstellung der Erstangebote, beispielsweise im Rahmen einer neuen Festlegung. Die Umsetzung § 281 Abs. 5 des Entwurfs ist jedoch insoweit überschießend, als hier im Gleichklang mit § 114 Abs. 5 neu vorgesehen wird, dass die Zuschlagskriterien „während des [gesamten] Verhandlungsverfahrens“ nicht geändert werden dürfen. Das Verbot in § 281 Abs. 5 letzter Satz wäre daher auf die Phase nach Einlangen der Erstangebote zu beschränken.

Zu § 340 Abs. 2:

Wie schon bisher ist nicht erkennbar, auf Grund welcher sachlichen Erwägungen Eingaben an die Verwaltungsgerichte der Länder nicht ebenfalls von Gebühren nach dem Gebührengesetz 1957 befreit werden. Die Einhebung und Entrichtung dieser Gebühren verursacht Aufwand und bedeutet keine Kostenbarriere gegen mutwillige Eingaben.

Zu den §§ 350 Abs. 5 Z 3 und 351 Abs. 2:

Die vorgeschlagene Sanktion im Fall einer Öffnung der Angebote ab Einlangen eines entsprechenden Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. entgegen einer entsprechenden einstweiligen Verfügung, nämlich der ex-lege-Widerruf des gesamten Vergabeverfahrens, ist völlig überschießend. Sie würde dazu führen, dass das gesamte Vergabeverfahren (selbst dann, wenn es rechtskonform geführt wurde und der Nachprüfungsantrag unzulässig oder unbegründet ist) mit hohem Aufwand und großem Zeitverlust neu gestartet werden müsste. Diese Sanktion wäre auch unverhältnismäßig strenger als die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung bzw. Unwirksamkeit des Widerrufs nach § 350 Abs. 5 Z 1 und 2 bzw. § 351 Abs. 2 erster Satz. Sie übersieht ferner, dass in der Praxis Papier-Angebote fallweise unverschlossen einlangen und dass im e-Procurement die Zeitverschlüsselung dazu führt, dass sich die Angebote zum festgelegten Zeitpunkt „selbst öffnen“. Sollte aber nur eine dem Antrag bzw. der Verfügung widersprechende förmliche Angebotsöffnung mit Verlesung im Beisein der BieterInnen gemeint sein, ist darauf aufmerksam zu machen, dass diese künftig nicht mehr obligatorisch sein wird. Somit fehlt in den meisten Fällen künftig das Hauptanliegen eines solchen Sicherungsbegehrens (Antrag auf einstweilige Verfügung, mit der die Öffnung der Angebote untersagt wird) weg, nämlich dass die Preise noch nicht verlesen und dadurch den anderen Bieterinnen und Bietern nicht bekannt werden. Ob die vergebende Stelle den Inhalt der Angebote oder ei-

nen Teil des Inhalts (sei es schuldhaft oder versehentlich) wahrgenommen hat (z. B. nach Ablauf der Zeitverschlüsselung, oder wenn ein Papier-Kuvert bzw. Ordner aufgegangen ist) wird jedenfalls nachträglich meist nicht feststellbar sein, sodass es zu Rechtsunsicherheit kommen wird, ob ein Vergabeverfahren als widerrufen gilt oder nicht. Die Sanktion des ex-lege-Widerrufs hätte daher ersatzlos zu entfallen.

Zu § 359:

Zu Abs. 1 darf darauf hingewiesen werden, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft nach derzeitigem Kenntnisstand nicht am Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) teilnimmt.

Die Verwendung des Binnenmarkt-Informationssystems war gemäß Art. 86 Abs. 3 der RL 2014/24/EU bis 18. April 2015 als Pilotprojekt angelegt und war der für Vergabeverfahren vorgesehene Katalog von Standardfragen zuletzt nicht mehr aktuell. Die Verwendung dieses Systems setzt einen praxisgerechten und vollständigen Fragenkatalog voraus. Um Abklärung mit den Kommissionsdiensten wird daher gebeten.

Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob der Umweg über „die zuständigen Behörden und die Landeskammern“ gemäß Abs. 1 zweckmäßig ist. Falls sich eine stark steigende Nutzung des Binnenmarkt-Informationssystems durch österreichische AuftraggeberInnen ergeben sollte, wäre eine direkte Nutzung des IMI durch große öffentlichen AuftraggeberInnen sowie SektorenauftraggeberInnen zweckmäßig.

Zu § 360 Abs. 6:

Die statistischen Verpflichtungen gehen über das hinaus, was die EU-Richtlinien verlangen und werden hohen Verwaltungsaufwand verursachen. Gemäß Art. 83 Abs. 3 und Art. 85 Abs. 2 der RL 2014/24/EU bzw. Art. 101 Abs. 2 der RL 2014/25/EU wären die Meldungen nur alle drei Jahre durch die Mitgliedstaaten an die Kommission zu erstatten. Die jährliche Berichtspflicht ist daher überschießend und abzulehnen.

Die Informationen über die KMU-Eigenschaft von Unternehmen müssen bei diesen künftig im Vergabeverfahren abgefragt werden. Eine Überprüfung der diesbezüglichen Eigendeclaration ist den vergebenden Stellen nicht zumutbar. Die Erfolgsquote von KMU (§ 360 Abs. 6 Z 2) ist von den Auftraggeberinnen und Auftraggebern schon wegen der Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller interessierten Unternehmen nur sehr beschränkt beeinflussbar. Außerdem stellt sich die Frage nach der datenschutzrechtlichen Grundlage für die Erhebung und Verwendung dieser Daten durch die AuftraggeberInnen.

Zu § 366:

Ganz grundsätzlich ist anzumerken, dass die hier umzusetzenden Beschränkungen für Auftragsänderungen während der Laufzeit (Art. 72 der RL 2014/24/EU) praxisfremd wirken und zu Anwendungsproblemen führen werden. Fast kein Projekt kann ohne Änderungen kleineren oder größeren Umfangs umgesetzt werden.

In Abs. 2 Z 3 ist von der Änderung des „Umfang“ des Vertrags die Rede, in Abs. 3 Z 1 von der „Änderung der Auftragssumme“, in Abs. 3 Z 2 vom „Wert“ der Änderung, ebenso in Abs. 3 Z 4. Wenn mit diesen unterschiedlichen Bezeichnungen unterschiedliche Sachverhalte geregelt werden sollen, so wäre eine Begriffsbestimmung hilfreich. Sollte aber immer der Vertragsumfang gemeint sein (diesen Begriff verwendet auch die ÖNORM B 2110), so

sollte dieser auch einheitlich verwendet werden. Auf Pkt. 31 des Teils 1 der Legistischen Richtlinien 1990 und auf Pkt. 35 des EU-Addendums zu den Legistischen Richtlinien 1990 darf verwiesen werden.

In Abs. 2 Z 3 wurde im Vergleich zur Richtlinie auch die „erhebliche Verringerung“ des Auftrages ins Gesetz aufgenommen. Obzwar auch nach Ansicht des Amtes der Wiener Landesregierung davon auszugehen ist, dass eine „erhebliche Verringerung“ eines Auftrags unter Umständen eine wesentliche Vertragsänderung darstellen kann, spricht sich dieses aber auch gegen ein gold plating aus. Die Definition einer „wesentlichen Änderung“ durch eine „erhebliche Verringerung“ trägt nichts zur Klarstellung bei. Vor allem wird sich eine Verringerung aber im Regelfall erst in einem sehr späten Vertragsabwicklungsstadium ergeben. In diesem Stadium wurden schon Leistungen im erheblichen Umfang ausgetauscht. In so einer Situation wäre eine Neuausschreibung mit immensem Aufwand verbunden, oft sogar unmöglich. In vielen Fällen wird sich kein anderes Unternehmen finden, das bereit ist, auf einem bereits teilweise fertiggestellten Projekt (z. B. auf einen Rohbau) aufzusetzen und für das gesamte Werk Gewähr zu leisten. Die Wendung „oder verringert“ hätte daher zu entfallen. Stattdessen könnten diesbezügliche - nicht zu restriktive und möglichst praxisrelevante - Hinweise zur Verkleinerung von Aufträgen in den Erläuterungen hilfreich sein. Reduktionen von Aufträgen sind jedenfalls weniger kritisch zu sehen als Erweiterungen und es kommt nicht nur auf das Ausmaß der Verkleinerung an, sondern auf den Wegfall von besonderen Teilleistungen und vor allem auf die Relevanz für andere Unternehmen am Markt.

In Abs. 3 Z 3 ist von „Überprüfungsklauseln“ die Rede. Diese Formulierung ist in Österreich ungebräuchlich. Eventuell erhellt die englische Formulierung „Review clauses“, was damit gemeint sein könnte. Veränderliche Bedingungen können bloße Preisgleitklauseln sein, können auch Mengenänderungsklauseln wie die 20 %-Klausel in der ÖNORM B 2110 sein, können aber auch sogenannte Eventualpositionen sein. Sind das aber auch Änderungsklauseln wie z. B. in den ÖNORMEN B 2110 und B 2118 unter Kap. 7 geregelt? Oder sind diese in der Praxis äußerst wichtigen Regelungen für „Leistungsabweichungen und ihre Folgen“ künftig am Maßstab von Abs. 3 Z 5 und 6 zu messen? Eine Klarstellung wäre hier hilfreich. Vorweg wird darauf hingewiesen, dass (u.U. auch umfangreich) geänderte oder zusätzliche bzw. verringerte Leistungen bei vielen Projekten unerlässlich sind, weil in der vorvertraglichen Phase (d. h. vor Zuschlag) nicht alle Eventualitäten vorhersehbar sind. Sollten die einschlägigen Regelungen für die „Vertragsfortschreibung“ auf Grundlage der Kostengrundlagen des bestehenden Vertrags in den ÖNORMEN A 2060 und B 2110 daher nach Ansicht des Bundeskanzleramtes künftig an § 366 zu messen (und daher u.U. prozentuell beschränkt sein), wäre mit dem ASI Kontakt wegen einer Anpassung dieser ÖNORMEN an § 366 Abs. 3 Z 2 („präzise Überprüfungsklauseln“) aufzunehmen.

In Abs. 3 Z 5 findet sich (ebenso wie in Art. 72 Abs. 1 lit. b der RL 2014/24/EU) eine unlogische Regelung: lit.a spricht von einer Unmöglichkeit; lit.b verlangt scheinbar kumulativ (nur) erhebliche Schwierigkeiten oder beträchtliche Zusatzkosten. Hier müsste statt einem „und“ ein „oder“ gesetzt werden.

Zu § 367:

In Z 1 fehlt eine Regelung, ab wann diese Frist („unverzüglich“) läuft. Es kann wohl nur eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung fristauslösend sein.

§ 367 und 372 könnten in einem Paragraphen zusammengezogen werden.

Zu § 377 Abs. 2:

Die Festlegung einer Verwaltungsstrafe in der Höhe von bis zu 30 % der Auftragssumme ist völlig überzogen. Eine allfällige „Verwaltungsstrafe“ sollte sich eher an § 349 (Mutwillensstrafen bis zu 1 % des geschätzten Auftragswertes, höchstens jedoch 20 000 €) orientieren.

Ferner stellt sich die Frage, ob § 377 Abs. 2 die Führung von Verwaltungsstrafverfahren gegen oberste Verwaltungsorgane von Bund, Länder und Gemeinde in ihrer Eigenschaft als vertretungsbefugte Organe gemäß § 9 VStG bezweckt. Sollte jedoch nicht die nachträgliche Verfolgung und Bestrafung von physischen Personen („criminal charge“), sondern die Herstellung des rechtskonformen Zustandes durch Vertragsauflösung (im Wege der Androhung und bei Bedarf Verhängung zunächst geringer, dann eventuell schrittweise steigender Zwangsgelder gegen die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber) im Vordergrund stehen, wäre die Regelung entsprechend neu zu fassen (vgl. etwa § 5 VVG betreffend die Vollstreckung von verwaltungsbehördlichen Exekutionstiteln bei unvertretbaren Leistungen).

Zu § 384:

Im Sinne eines schlankeren BVergG 2017 wird angeregt diese Auflistung von 22 umgesetzten bzw. randlich berücksichtigten Rechtsakten der Union zu kürzen.

Anhänge zum BVergG 2017:

Betreffend die Anhänge fehlen teilweise wechselseitige Verweise im Gesetzestext und im Anhang. Somit könnten etwa Unsicherheiten entstehen, ob der Kerndatenkatalog für die Bekanntmachung einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in Anhang VIII 1. Abschnitt Z 5 verbindlich ist, weil (z. B. bei Bekanntmachung von Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung - vgl. § 47 Abs. 3 BVergG 2017 in der Fassung von Art. 2 Z 2 des Entwurfs nicht auf diesen Anhang verweist.

C. Zu Art. 3 (Änderung des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012):

Dieses Bundesgesetz ist im Bereich der Stadt Wien nur sehr selten anwendbar. Zu diesem bestehen keine Bemerkungen

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Karl Pauer
Bereichsdirektor

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. Verbindungsstelle der Bundesländer
4. MA 63
(zu 116933-2017)
mit dem Ersuchen um Weiterleitung an die einbezogenen Dienststellen



Dieses Dokument wurde amtssigniert.

Information zur Prüfung des elektronischen Siegels
bzw. der elektronischen Signatur finden Sie unter:
<https://www.wien.gv.at/amtssignatur>