



Amt der Wiener Landesregierung

Dienststelle: Magistratsdirektion
Geschäftsbereich Recht
Verfassungsdienst und
EU-Angelegenheiten

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

MD-VD - 1224-1/05

Wien, 25. August 2005

Entwurf eines Bundesgesetzes über
die Vergabe von Aufträgen (Bundes-
vergabegesetz 2006 - BVergG);
Begutachtung;
Stellungnahme

zu BKA-600.883/0050-V/A/8/2005

An das
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

Zu dem mit Schreiben vom 5. Juli 2005 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird nach Anhörung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wie folgt Stellung genommen:

Grundsätzlich ist zu sagen, dass der Entwurf öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber im Sektorenbereich bei der Auftragsvergabe wesentlich stärker einschränkt, als dies aus europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen notwendig wäre. Dies

gilt insbesondere für den europarechtlich kaum determinierten sogenannten Unterschwellenbereich. Diese über das notwendige Ausmaß hinausgehende Bindung der öffentlichen Auftraggeber kommt den Interessen der Wirtschaft entgegen, es mit in der Handlungsfreiheit möglichst determinierten und damit berechen- und durch Rechtsmittel bekämpfbaren Auftraggebern zu tun zu haben.

Trotz oder gerade wegen dieser Tatsachen stellt der Gesetzesentwurf einen Kompromiss zwischen den Anliegen der Auftraggeber, durch das Gesetz bei Beschaffungsvorgängen möglichst wenig determiniert zu sein, und den Anliegen der Wirtschaft, die Auftraggeber möglichst weitgehend zu determinieren, dar.

Dieser Kompromiss wurde in monatelanger Vorbereitung und zahlreichen Gesprächsrunden, in die der Bund unter anderem die Länder eingebunden hat, ausgearbeitet und dabei ein Mittelweg eingeschlagen, der für beide Seiten gerade noch vertretbar erscheint.

Ungeachtet allfälliger Forderungen, die gegebenenfalls von Seiten der Wirtschaft an den Bund herangetragen werden könnten, soll dieser Weg des Kompromisses und des Interessenausgleichs unbedingt beibehalten und der Entwurf in seinen Grundzügen daher nicht mehr verändert werden.

Das Amt der Wiener Landesregierung begnügt sich daher im Folgenden damit, chronologisch nach Paragraphen nur das aufzuzeigen, was entweder leicht korrigierbar sein sollte - wie etwa Redaktionsversehen oder Detailfragen - oder wo gegenüber den Ergebnissen der Arbeitsgespräche mit dem Bund gegebenenfalls noch Missverständnisse verblieben sind.

Im Einzelnen ist daher zu den Bestimmungen des Entwurfes Folgendes zu sagen:

Zum Inhaltsverzeichnis:

Auf die redaktionellen Versehen in der Nummerierung der Gesetzesteile (4. Teil Rechtsschutz) und die fehlende Überschrift „5. Teil“ sowie die falsche Nummerierung der Hauptstücke des 5. Teils wird hingewiesen.

Zu § 1 Abs. 1 Z 3:

§ 1 Abs. 1 Z 3 ist insofern etwas ungenau und steht in einem Spannungsverhältnis zu § 3 Abs. 2 bis 5, als in letztgenannter Bestimmung - was zu begrüßen ist - der Primärrechtsschutz für Vergaben „subventionierter“ privater Auftraggeber, privater Konzessionäre und Dienstleister mit Ausschließlichkeitsrechten nicht für anwendbar erklärt wird.

Zu § 2 Z 15 lit. a:

Nicht nachvollziehbar ist, dass es beim Wettbewerb keine Widerrufsentscheidung gibt, diese jedoch in Z 15a als gesondert anfechtbare Entscheidung aufgenommen wird.

Zu § 2 Z 15 lit. nn:

In Verbindung mit § 13 Abs. 1 ist unklar, weshalb die Erleichterung des § 80 BVergG hinsichtlich des Nachweises der Befugnis, der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bei Bauleistungen bis €120.000 und bei Liefer- und Dienstleistungen bis €60.000 gilt, diese Bestimmung jedoch bei Direktvergaben mit wesentlich geringerem Auftragswert nicht zum Tragen kommt. Ein allfälliger Größenschluss scheidet von vornherein aus, da § 80 in der Aufzählung des § 13 Abs. 1 nicht angeführt ist.

Zu § 2 Z 21:

Bei § 2 Z 21 sollte in der 2. Zeile der Begriff „technische“ vor dem Wort „Änderung“ eingefügt werden, damit klar gestellt wird, dass kaufmännisch rechtliche Abweichungen nicht unter dem Begriff „Nebenangebot“ subsumiert werden können. Siehe auch Anmerkung zu § 251 Abs. 5.

Nicht nachvollziehbar ist, warum in den Erläuterungen zu § 2 Z 21 und zu § 84 betreffend Nebenangebote der „strenge Prüfungsmaßstab“ so betont wird. Einzuräumen ist allerdings, wenngleich die Einführung des Nebenangebots als Rechtsinstitut grundsätzlich sehr zu begrüßen ist, dass die Grenzziehung zwischen Nebenangeboten und Alternativangeboten eine prekäre werden könnte (z. B. geringfügig andere Materialwahl bei einem kilometerlangen Bauwerk - Rohr oder Zaun?).

Zu § 2 Z 22, 24, 25 und 35:

An mehreren Stellen im gesamten Entwurf wird der Begriff „Datensatz/Datensätze“ verwendet. Gemeint sind damit wohl elektronische Dokumente.

Die Begriffsdefinition in § 2 Z 22 („Netzabschlusspunkt“) lautet anders als die entsprechende Regelung im TKG. Nachdem der Begriff überdies im Gesetzestext nur an einer Stelle, nämlich einer weiteren Begriffsdefinition vorkommt, könnte die Definition entfallen.

Die Definitionen in den Ziffern 24 und 25 entsprechen ebenfalls nicht denen des TKG. Es wird angeregt, die Begriffe an das geltende Telekommunikationsrecht (§ 3 TKG 2003, § 2 FTEG) anzugleichen.

Zu § 2 Z 41:

In den Erläuterungen zu § 2 Z 41 ist von einem selbstständigen Rechtsträger die Rede, der als „Erfüllungsgehilfe“ des Auftraggebers tätig werde. Es dürfte sich wohl eher um einen Bevollmächtigten handeln.

Zu § 2 Z 45:

Hier wird die Widerrufserklärung definiert, im Gesetzesentwurf jedoch durchgängig der Begriff Widerruf verwendet. Dieses redaktionelle Versehen wäre zu korrigieren.

Zu § 2 Z 46:

Die Definition ist - obwohl dem Signaturgesetz entnommen - begrifflich nicht ganz korrekt. Der Zeitstempel ist die Bescheinigung, der Zeitstempeldienst ist für das Ausstellen dieser Bescheinigung zuständig. Die Formulierung in § 2 Z 46: „Zeitstempeldienst ist eine Bescheinigung ...“ sollte daher geändert werden.

Zu § 10 Z 14:

Folgende, etwas verständlichere Formulierung wird vorgeschlagen: „... für die Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer oder im Wege über eine zentrale Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Aufträgen eingehalten hat oder die Teilnahme an einer Rahmenvereinbarung, die eine zentrale Beschaffungsstelle gemäß den Vorschriften dieses Bundesgesetzes schließt, sofern der Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung als bezugsberechtigt angeführt wird.“

Zu § 12:

Diese Bestimmung ist auf Grund der verwendeten Verweistechnik schwer lesbar und dürfte hinsichtlich der verwiesenen Bestimmungen Redaktionsversehen beinhalten. Im Einzelnen ist die Aufzählung der geltenden Paragraphen nicht schlüssig (weshalb gilt § 3 Abs. 5 nicht? Bleibt das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen -§ 11- nicht unberührt?). Es kann nicht nachvollzogen werden, weshalb die Umsetzung der „vergaberechtlichen Grundsätze“ innerhalb eines Paragraphen unterschiedlich erfolgt (in Abs. 1 über die Geltung der §§ 22 und 23, in Abs. 2 jedoch durch die Formulierung: „... unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich erscheint, in einem Verfahren, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben.“). Neben dem 1. Teil und dem § 51 wird für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession zumindest § 8 (Dienstleistungskonzessionsverträge) gelten müssen.

Weiters ist unklar, weshalb bei der Direktvergabe einer prioritären Dienstleistung weniger Bestimmungen des Gesetzes zu berücksichtigen sind als bei der Direktvergabe einer nicht prioritären Dienstleistung (z. B. §§ 23 und 99). Dem folgend könnte argumentiert werden, dass wegen der Geltung von § 3 Abs. 1 und der dort enthaltenen Formulierung das ganze Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles gilt.

Im Gesetzestext werden einerseits für nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge von den Bestimmungen über die Durchführung von Vergabeverfahren des 3. Hauptstückes des 2. Teils lediglich §§ 46 und 99 für anwendbar erklärt. Das 4. Hauptstück findet gar keine Anwendung.

Andererseits ist in den Erläuterungen festgehalten, dass nach Entscheidung für eine Verfahrensart des BVergG, dieses Verfahren nach den dafür im BVergG vorgesehenen Bestimmungen, durchzuführen ist, obwohl - wie oben dargestellt - diese Bestimmungen in der Aufzählung der für nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge geltenden Bestimmungen nicht genannt sind.

Zu § 13:

Die Aufzählung der für Direktvergaben geltenden Bestimmungen verweist nicht auf § 14, welcher den Vorbehalt von Aufträgen für geschützte Werkstätten regelt. Die Direktvergabe ist eines der in § 27 aufgezählten Vergabeverfahren und erfasst einen weiten Bereich des Marktes, in dem geschützte Werkstätten tätig sind. Um geschützte Werkstätten nicht zu behindern und deren besonderen Schutz auch in der Direktvergabe gewährleisten zu können, bzw. bei Bekämpfung der Direktvergabe an geschützte Werkstätten den besonderen Vorbehalt entgegensetzen zu können, wird vorgeschlagen, in Abs. 1 zur Klarstellung einen Verweis auf § 14 aufzunehmen.

Siehe auch Anmerkungen zu § 2 Z 15 lit. nn.

Zu § 23 Abs. 1:

In dieser Bestimmung und einigen anderen Bestimmungen (z. B. § 263 Abs. 1 Z 7) wurde § 373e GewO 1994 nicht berücksichtigt.

Zu § 25:

In den Erläuterungen wird im Zusammenhang mit der Akteneinsicht irrtümlich § 7 statt § 17 AVG zitiert.

Zu § 27:

In dieser Bestimmung erfolgt die Aufzählung sämtlicher Arten der Vergabeverfahren. Es werden aber auch besondere Verfahrensschritte (z. B. elektronische Auktion) und besondere Verfahrenssysteme (z. B. Rahmenvereinbarung) dargestellt. Durch eine systematische Trennung der tatsächlich eigenständigen Verfahren von den besonderen Verfahrensabschnitten könnte eine diesbezügliche Klarstellung für die Anwender erreicht werden.

Zu § 27 Abs. 9:

Unklar ist die Bedeutung des Begriffs „vollelektronisch“. Die Erläuterungen erwähnen ausdrücklich, dass Bekanntmachungen und Verständigungen auf elektronischem Weg zu erfolgen haben. Angeregt wird, dass dies für sämtliche verfahrensrelevanten Handlungen gelten soll und diese nicht teilweise in Papierform gesetzt werden. Unklar ist, ob die gegenständliche Regelung für die Bewerber und Bieter genauso wie für den Auftraggeber gilt.

Der Formulierungsvorschlag in Anlehnung an § 157 lautet: „... ist ein Verfahren, das ausschließlich auf elektronischem Wege eingerichtet und abgewickelt wird, zur Beschaffung von Leistungen ...“

Zu § 31 Abs. 2 Z 5:

Nach § 31 Abs. 2 Z 5 darf die Laufzeit von Aufträgen „in der Regel“ drei Jahre nicht überschreiten. Die Bestimmung wurde aus dem BVergG 2002 unverändert übernom-

men. Die Gründe, aus denen eine Überschreitung und damit Durchbrechung dieser Regel möglich ist, sind unklar. Eine Höchstgrenze der Laufzeit fehlt.

Zu § 43 Abs. 3:

Im Rahmen der Diskussionen zur Frage der elektronischen Signatur im Zusammenhang mit elektronischer Unterstützung von Vergabeverfahren wurde wiederholt festgestellt, dass die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen keiner elektronischen Signatur bedürfen soll. In der ÖNORM-Regel 12050-1 wird daher zum Ausdruck gebracht, dass die vollelektronische Abwicklung von Vergabeverfahren grundsätzlich über eine sogenannte Verfahrensplattform erfolgen sollte, von der die Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen werden können. Es wird daher angeregt, das Wort „Ausschreibungsunterlagen“ aus Abs. 3 zu streichen.

Überdies sollte an Stelle des Begriffs „Datensätze“ auch hier der Begriff "Dokumente" gewählt werden.

Der Zweck der Norm liegt vermutlich unter anderem darin, den Beweis zu ermöglichen, dass der Bieter die Ausschreibungsunterlagen vollständig übermittelt hat.

Für den Beweis der Echtheit und Unverfälschbarkeit wäre auch eine Amtssignatur ausreichend. Die sichere Signatur des betreffenden Organwalters (zuständigen Sachbearbeiters) wäre hierfür nicht erforderlich, wenn behördenintern das ordnungsgemäße Zustandekommen der Entscheidung nachprüfbar bleibt. Dies ist der derzeit angestrebte Weg bei der Umsetzung des E-Government. Es wäre zu überlegen, ob nicht auch ohne dem strengen Formerfordernis der „sicheren Signatur“ das Auslangen gefunden werden kann, weil dies die Kosten der Behörde erheblich erhöhen würde.

Überdies geht das Formerfordernis der Schriftlichkeit in § 2 Z 29 nicht von einem derart hohen Niveau aus.

Es wäre zu prüfen, ob nicht insoweit Erleichterungen geschaffen werden könnten, als eine elektronische Übermittlung von Nachweisen über die technische Leistungsfähigkeit ohne elektronische Signatur zugelassen werden kann.

Siehe auch Anmerkungen zu § 2 Z 22, Z 24, 25 und 35.

Siehe auch Anmerkungen zu § 90.

Zu § 43 Abs. 6:

Interpretations- und Verständnisprobleme wirft die Formulierung des § 43 Abs. 6 auf, die wortgleich dem geltenden Recht entnommen und eine zentrale Bestimmung für die Abwicklung eines elektronischen Vergabeverfahrens ist. Insbesondere ist unklar, welche technische Lösung eine „Kennzeichnung“ von Erklärungen und Dokumenten ermöglicht.

Die Unverfälschbarkeit eines elektronischen Dokuments wird sonst durch Verschlüsselung bzw. Signatur sichergestellt, nicht durch ein nachträgliches „Kennzeichnen“.

Der Zeitpunkt einer Verfahrenshandlung kann durch einen Zeitstempel nachgewiesen werden. Der Zeitpunkt des Verfassens ist unwesentlich.

Außerdem erhebt sich in Anknüpfung der Bemerkung zu § 43 Abs. 3, ob derartig strenge Formvorschriften für alle in § 43 Abs. 6 genannten Erklärungen und Übermittlungen erforderlich sind, oder ob nicht eine geringere Beweiskraft auch vertretbar ist.

Zu § 48 Abs. 1:

Der Text der Z 3 ist auf Grund der verkürzten Darstellung schwer lesbar. Darüber hinaus enthält § 158 Abs. 3 eine zusätzliche Veröffentlichungspflicht, die, sollte sie dort bestehen bleiben, hier anzuführen wäre.

Zu § 55 Abs. 3:

Im Zusammenhang mit den neu geschaffenen Möglichkeiten des Beschafferprofils wird angeregt, im Abs. 3, 1. Satz das Wort „ferner“ durch das Wort „zusätzlich“ zu ersetzen, um klar zum Ausdruck zu bringen, dass die Vorinformation nicht alleine durch Aufscheinen im Beschafferprofil ihre vergaberechtliche Wirkung entfaltet. Gleiches gilt auch für Abs. 4 Z 3 2. Absatz.

Zu § 57:

„Vollziehungsbereich des Bundes“ bzw. „eines Landes“ in § 57 Abs. 1 bezieht sich wohl auf Art. 14b Abs. 2 B-VG und ist nicht wörtlich zu verstehen, weil es sich um keine hoheitliche Vollziehung handelt und im Bereich der Länder auch die Gemeinden und Gemeindeverbände und alle von diesen beherrschten Einrichtungen das BVergG anzuwenden haben. Es wird angeregt, dies klarstellend zu erläutern.

Zu § 59 Abs. 1:

Am Ende des letzten Satzes müsste es statt „ausgelegte“ „aufgelegte“ heißen.

Zu § 66:

Hier wären die Paragraphen über die Bekanntmachung in der Aufzählung zu ergänzen.

Zu § 67 Abs. 1:

Analog zur EU-weiten Bekanntmachung sollte die Angebotsfrist mit dem Tag der Absendung der Bekanntmachung beginnen.

Zu § 70 Abs. 1 Z 1:

Dies könnte eventuell auch eine in einem anderen Vertragsstaat des GPA begangene Straftat betreffen. EWR-Vertragspartei steht zwar in der Richtlinie, ist aber etwas zu eng. Praktisch relevant könnte dies vereinzelt bei Lieferaufträgen werden.

Im Zusammenhang mit der Ausnahmeregelung des Abs. 3 Z 2, wonach bei geringfügigen Rückständen von Zahlungen der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern

und Abgaben von einem Ausschluss Abstand genommen werden kann, bleibt zu befürchten, dass der Begriff „geringfügiger Rückstand“ mangels Bezugsgröße erhebliche Probleme aufwerfen wird.

Grundsätzlich wird die im Entwurf enthaltene neue Regelung begrüßt, da sie eine wesentliche Verbesserung gegenüber den ausnahmslosen Ausschlusstatbeständen des § 51 BVergG 2002 darstellt. Wie jedoch aus vergabepraktischer Sicht die Kenntnis über ein eingeleitetes „Vergleichsverfahren“ oder das künftige Einstellen der gewerblichen Tätigkeit im Zuge der Vergabe berücksichtigt werden kann, ist unklar.

Zu § 72 Abs. 4:

Es wird darauf hingewiesen, dass der ANKÖ die Identität der anfragenden Nutzer nur über das Passwort identifizieren kann und damit die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen gewährleistet wird. Die Erläuterungen würden damit die Einhaltung des DSG 2000 praktisch unmöglich machen und sollten dahingehend geändert werden. Die Notwendigkeit einer Mitgliedschaft bzw. ein Passwort zu beantragen sollten für den Zugang jedenfalls genügen. Der unmittelbare Zugang sollte nicht ausgeschlossen werden.

Im Übrigen darf auf den dazu ergangenen E-Mail Verkehr zwischen der Magistratsabteilung 63 und dem BKA hingewiesen werden.

Zu § 76:

Z 1 bis 3 des Abs. 2 sollten in die Aufzählung des Abs. 1 aufgenommen werden. So wird eindeutig festgelegt, welche Nachweise der Auftraggeber explizit verlangen kann und in Abs. 2 für bestimmte Fälle eine abweichende Nachweisführung durch den betroffenen Unternehmer ermöglicht.

Zu § 77:

Im Zusammenhang mit den genannten Umweltmanagementmaßnahmen wäre im Abs. 6 Z 4 und im Abs. 7 Z 6 auf § 79 Abs. 2 zu verweisen.

Zu § 80:

Das Wort „dokumentarischen“ könnte ersatzlos entfallen, um so zum Ausdruck zu bringen, dass eben kein Nachweis durch den/die Bieter/in erforderlich ist.

Siehe auch Anmerkungen zu § 2 Z 15 lit. nn.

Zu § 82:

Ein Redaktionsversehen findet sich im vierten und fünften Absatz der Erläuterungen zu § 82, wo von einer „Präferenz zu Gunsten des Zuschlages auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot“ die Rede ist, obwohl diese laut Entwurf zumindest im Unterschwellenbereich aufgegeben werden soll.

Statt „Vorreihung“ sollte der Begriff „Umreihung“ in Abs. 6 der Bestimmung verwendet werden, ansonsten wäre nur ein Vorreihen, nicht aber ein Rückreihen eines rechnerisch fehlerhaften Angebotes möglich.

Zu § 83 Abs. 1:

Da der Inhalt dieser Bestimmung die Angebotsprüfung bzw. das Ausscheiden von Alternativangeboten regelt, sollte der Absatz in den thematisch besser passenden Abschnitt über die Prüfung der Angebote und das Ausscheiden von Angeboten verschoben werden.

Zu § 83 Abs. 2:

Gemäß § 83 Abs. 2 neu hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind.

Nach § 104 Abs. 4 neu haben Alternativangebote diese Mindestanforderungen zu erfüllen und die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen, sind doch nach § 130 nicht gleichwertige Alternativangebote auszuschneiden.

Während die unterschiedliche Begrifflichkeit „Vergleichbarkeit“/„Gleichwertigkeit“ entgegen der Rechtsprechung keine Probleme zu bereiten scheint, bleibt auch nach der neuen Regelung unklar, wann die Gleichwertigkeit gegeben und wie diese zu prüfen ist. Die Auftraggeber stehen daher auch nach der Entwurfsformulierung vor dem Problem, mögliche Alternativen nicht vorhersehen, die entsprechenden K.O.-Kriterien daher vorweg nicht definieren zu können und werden daher von der neuen Regelung Gebrauch machen und Alternativangebote generell nicht zulassen.

Zu § 84:

Siehe Anmerkungen zu § 2. Weiters sollte klargestellt werden, dass Nebenangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot und nicht ohne ein solches zulässig sind.

Zu § 85:

In der Aufzählung der verwiesenen Paragraphen müsste es anstatt §§ 74 und 75 richtigerweise §§ 73 bis 77 heißen.

Zu 90 Abs. 1:

Diese Bestimmung scheint im Widerspruch zu §§ 64 Abs. 2 und 68 und 102 Abs. 2 zu stehen. Überdies regelt diese Bestimmung, dass sämtliche Ausschreibungsunterlagen, soweit dies technisch möglich ist, im Internet bereitzustellen sind. Klargestellt werden sollte dabei im Gesetz (wie in den Erläuterungen ausgeführt), dass es dafür keiner Signatur bedarf und die Downloadmöglichkeit keine in § 43 Abs. 3 geregelte „elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Angeboten und Dokumenten, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen“ ist. Diese haben unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur (§ 2 Z 3 SigG, BGBl. I Nr. 190/1999, in der jeweils geltenden Fassung) bzw. so zu erfolgen, dass die Überprüfbarkeit der Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der übermittelten Datensätze mit der Qualität einer sicheren elektronischen Signatur gewährleistet ist. Unklar ist, welche andere technische Lösung als die sichere Signatur selbst die im letzten Satzteil normierte Qualität einer sicheren Signatur haben kann.

Siehe auch Anmerkungen zu § 43 Abs. 3.

Zu § 98 Abs. 3 Z 1:

Hinsichtlich der möglichst genauen mengenmäßigen Bestimmung der aufgliederten Gesamtleistung in Positionen wäre in den Erläuterungen ergänzend und klarstellend aufzunehmen, dass bei Rahmenverträgen hinsichtlich der (im Zuge des Vergabeverfahrens) noch unklaren künftigen Mengen (Abrufe) eine Schätzung der vergebenden Stelle darüber auf Grundlage der letzten zwei bis drei Jahre ausreicht. Dies wäre insbesondere deswegen wichtig, da die beim Rahmenvertrag naturgemäß nicht genauen Mengenangaben regelmäßig zu Missverständnissen bei ausschreibenden Stellen sowie teilweise auch bei den Vergabekontrollbehörden führen.

Zu § 100 Abs. 1 Z 12:

Die Formulierung ist missverständlich, da der Auftraggeber aus europarechtlicher Sicht keinerlei Beschränkungen hinsichtlich der Art und Menge von Leistungen, die an Subunternehmer weitergegeben werden dürfen, vornehmen darf. Daher wird vorgeschlagen diesen Punkt wie folgt zu formulieren: „Anforderungen an die Weitergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer und an die Subunternehmer selbst.“

Zu § 104 Abs. 3:

Die Festlegung, wonach in einem offenen oder nicht offenen Verfahren mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden darf, war nach dem Verständnis dieser Verfahren und den allgemein geltenden Grundsätzen bis jetzt eindeutig und klar. Nunmehr widerspricht diese Festlegung den Regelungen über die elektronische Auktion, die nach den Regelungen des Gesetzesentwurfes kein eigenes Vergabeverfahren mehr darstellt, sondern als zusätzlicher letzter Verfahrensschritt an ein „klassisches“ Vergabeverfahren angeschlossen werden kann. Wenn nun im Zuge oder im Anschluss an ein offenes Verfahren eine elektronische Auktion durchgeführt wird, muss dies zwangsläufig zu einer Angebotsänderung führen dürfen.

Zu § 105:

Die vorgesezte, fettgedruckte Überschrift bezieht sich auf den Ablauf von einstufigen Verhandlungsverfahren. Um bei der sonst verwendeten Terminologie zu bleiben, wäre hier besser, von Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu sprechen. Im Abs. 1 wird ausgeführt, dass „das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln ist“. Hier wäre zu ergänzen, dass auch ein Zuschlagskriterium ausreichen kann. Diese Klarstellung ist vor allem auf Grund der wohl häufigsten Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im sogenannten Subschwellenbereich erforderlich, da dort auch einfache Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen im Verhandlungsverfahren vergeben werden können und in diesen Fällen häufig außer dem Preis kein anderes Zuschlagskriterium angewendet wird.

Zu § 105 Abs. 2:

Hier sollte ein Satz wie in § 108 Abs. 1 letzter Satz („Im Unterschwellenbereich kann sich der Auftraggeber vorbehalten ...“) eingefügt werden.

Zu § 106 Abs. 3:

Im Nebensatz „um in zweistufigen Vergabeverfahren seine eigene Leistungsfähigkeit,“ fehlt das Prädikat. Außerdem wäre in Erwägung zu ziehen, in dieser Bestimmung oder in einem unmittelbar anschließendem Absatz die Frage ausdrücklich zu regeln, inwieweit der/die Unternehmer/in eine allenfalls für Teilbereiche des Auftrags erforderliche Befugnis durch Subunternehmer/innen ersetzen darf.

Die Überschrift hätte - in Fortsetzung der Systematik - zu lauten: „Besondere Bestimmungen betreffend den Ablauf des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung.“

§ 106 Abs. 5:

Der erste Satz ist zwar eine umzusetzende Richtlinienvorgabe, kann aber praktisch nicht eingehalten werden, wenn die Teilnahmeanträge gemäß Abs. 2 elektronisch (per

E-mail), telefonisch oder durch Telefax einlagen und sogar unter Umständen eine Bestätigung zu verlangen ist. Es wird angeregt, die Erläuterungen dahingehend zu ergänzen.

Zu § 108:

Die Überschrift hätte - in Fortsetzung der Systematik - zu lauten: „Besondere Bestimmungen betreffend den Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung.“ Im Hinblick auf die Formulierung des § 105 Abs. 1 ist zu prüfen, ob nicht auch in § 108 Abs. 1 erster Satz das Wort „hat“ durch „darf“ ersetzt werden kann.

Zu § 109 Abs. 1:

Die Änderung des Textes gegenüber dem § 81 Abs. 1 BVergG 2002 ist grundsätzlich zu begrüßen. Hinsichtlich der Formulierung wird angeregt, diese verständlicher zu gestalten. Der zweite Satz darf bei funktionalen Ausschreibungen nicht gelten. Dort hat der Bieter die Ausschreibungsunterlagen sogar zu ergänzen bzw. eine Leistungsbeschreibung und ein Leistungsverzeichnis auszuarbeiten (siehe § 112).

Zu § 109 Abs. 5:

Bezüglich der Neueinführung von „Nebenangeboten“ ist nochmals festzuhalten, dass damit ein für die Praxis wertvolles Instrument geschaffen wurde. Für die Formulierung des Abs. 5 wird angeregt, das Wort „zumindest“ vor der Wortfolge „gleichwertigen Leistung“ einzufügen, um zum Ausdruck zu bringen, dass ein Bieter zwar in einem Nebenangebot durchaus auch höherwertige Leistungen anbieten kann, dem Auftraggeber diese Tatsache jedoch keinen höheren Preis wert ist und daher für die Beurteilung unbeachtet bleibt. Hingegen sind im Nebenangebot angebotene Leistungen, die nicht zumindest gleichwertig sind, mit dem unbeheblichen Mangel der Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen und darin angeführten Spezifikationen behaftet und führen zum Ausscheiden dieser Nebenangebote.

Zu § 110 Abs. 1:

Eine rechtsgültige Unterfertigung der vom Auftraggeber erstellten Leistungsbeschreibung durch den Bieter ist dann nicht erforderlich, wenn der Bieter das Kurzleistungsverzeichnis des Auftraggebers händisch ausfüllt. Vielmehr erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes gemäß § 111 Abs. 2 in jedem Fall, dass er die ausgeschriebene Leistung zu den Bestimmungen der Ausschreibung erbringen wird. Es wird daher vorgeschlagen, anstatt der Formulierung des Abs. 1 die Formulierung des Punktes 6.2.3 der ÖNORM A 2051 vom 1. Mai 2005 zu übernehmen.

Zu § 110 Abs. 4:

Im letzten Satz wäre zum Datum noch die Uhrzeit zu ergänzen, da, insbesondere bei kurzfristig vor Ende der Angebotsfrist geänderten Angeboten (ist in der Praxis eher die Regel als die Ausnahme), die Korrekturen sonst das gleiche Datum wie das des Endes der Angebotsfrist tragen und somit eine eindeutige Feststellung, dass die Korrektur vor Ende der Angebotsfrist erfolgt ist, nicht möglich ist.

Zu § 111 Abs. 1 Z 2:

Wie bereits zu § 78 ausgeführt ist eine Substituierung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch einen Subunternehmer nicht zielführend und kann sich für öffentliche Auftraggeber sehr nachteilig auswirken.

Zu § 111 Abs. 1 Z 6

Die Wortfolge „oder Vorbehalte“ soll entfallen, da ein solcher Vorbehalt in der Regel zum zwingenden Ausscheiden des Angebotes führen muss. Es sollte daher von „vom Auftraggeber zugelassene Vorbehalte“ heißen.

Zu § 111 Abs. 1 Z 7:

In der Aufzählung der verwiesenen Paragraphen fehlen die §§ 78 und 79.

Zu § 115 Abs. 2:

Gemäß § 115 Abs. 2 neu kann ein Ersuchen des Auftraggebers an die Bieter zur Verlängerung der Bindefristen der Angebote gehen. Ungeregelt ist die weitere Vorgehensweise, wenn nur ein Teil der Bieter oder gar nur ein Bieter der Verlängerung zustimmt.

Zu § 116 Abs. 6:

In der Praxis werden elektronische Angebote, für die innerhalb der Angebotsfrist eine Änderung durch den Bieter vorgenommen werden soll, häufig vollständig zurückzuziehen und das gesamte Angebot wieder neu einzureichen sein. Dieser Vorgang ist einerseits technisch kaum anders denkbar und dient andererseits der Rechtssicherheit. Der Abs. 6 wäre daher diesbezüglich umzuformulieren oder könnte auch entfallen.

§ 119 Abs. 4

Kalkulationsunterlagen sind kein ideales Beispiel für in der Ausschreibung verlangte Bestandteile des Angebotes, da in der Praxis dadurch oft die irrije Ansicht entsteht, Kalkulationsunterlagen als unbehebbarer Mängel eines Angebotes zu qualifizieren. Dies ist aber objektiv nicht der Fall. Daher sollte das Wort „Kalkulationsunterlagen“ in der Klammer entfallen.

Zu § 119 Abs. 5:

In der Z 3 soll das Wort „Vorbehalte“ entfallen. Siehe dazu Ausführungen zu § 111 Abs. 1 Z 6. Die gegenüber dem BVergG 2002 neue Regelung in Z 4, nach der die Angaben über die Erfüllung von Zuschlagskriterien verlesen werden müssen, wird problematisch gesehen. Zum einen ist nicht klar, ob es der Auftraggeber frei entscheiden kann, ob er verliest oder nicht. Für die Festlegung in der Ausschreibung wäre an der dafür vorgesehenen Stelle des Gesetzes eine eindeutige Regelung aufzunehmen. Grundsätzlich sollte die Verlesung dieser Angaben aber unterbleiben, da sie anders als der Angebotspreis häufig „Geschäftsgeheimnisse“ der Bieter beinhalten. Eine diesbezügliche kritische Prüfung im Zuge der Angebotsöffnung in Anwesenheit der Bieter ist

dem Auftraggeber wohl nicht zumutbar. Aus demselben Grund sollte im folgenden Satz die Wortfolge „die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie“ entfallen.

Zu § 120 Abs. 1:

Im ersten Satz ist einmal das Wort „ist“ zuviel. Siehe bezüglich des Begriffes „Zeitstempeldienst“ auch Anmerkungen zu § 2 Z 46.

Zu § 122:

Im Abs. 3 soll der letzte Satz entfallen, da es bei elektronisch abgewickelter Angebotslegung nach Ablauf der Angebotsfrist nicht mehr möglich ist, ein Angebot abzugeben.

Im Abs. 4 wäre in der Klammer wieder das Wort „Kalkulationsunterlagen“ zu streichen. Siehe Ausführungen zu § 119 Abs. 4. Der letzte Satz, wonach die Kommission während der Angebotsöffnung die Datensätze kennzeichnen soll, kann entfallen, da dies nicht erforderlich erscheint.

Sich auf die Aufzählung der gegenüber der klassischen Angebotsöffnung abweichenden und zusätzlichen Regelungen zu beschränken, wäre für Anwender freundlicher.

Zu § 122 Abs. 5:

In der Z 3 soll das Wort „Vorbehalte“ entfallen. Siehe Ausführungen zu § 111 Abs. 1 Z 6.

Zu § 124 Abs. 2 Z 2:

Diese gegenüber den §§ 91 Abs. 2 Z 2 und 91 Abs. 3 des BVergG 2002 abweichende Regelung erscheint aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers sehr problematisch. Zum einen wird in dieser Gesetzesstelle zum Ausdruck gebracht, dass Eignungsnachweise von Subunternehmen nur dann geprüft werden müssten, wenn sie einen beim Bieter nicht vorhandenen Teil der Eignung ersetzen. Zum anderen wäre nach dem Gesetzes-

text sogar die Zuverlässigkeit (!) eines Bieters durch einen Subunternehmer ersetzbar. Es wird daher vorgeschlagen den Text des § 91 Abs. 3 BVergG 2002 anstatt der neuen Formulierung zu verwenden. Vgl. dazu auch Anmerkungen zu § 78 BVergG.

Zu § 125:

Die fett gedruckte Überschrift gibt nicht den Inhalt der Gesetzesregelung wieder. Es wird vorgeschlagen die diesbezügliche Überschrift aus dem BVergG 2002 „Prüfung der rechnerischen Richtigkeit“ zu verwenden.

Zu § 126:

Die neue Formulierung wird grundsätzlich begrüßt und dient der Klarheit. Zu Abs. 5 wird angemerkt, dass der zwischen den Bindestrichen eingeschobene Satzteil, wonach bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische Aufklärung verlangt werden kann, entfallen soll. Auf Grund der Problematik, dass im Falle eines Nachprüfungsverfahrens immer eine Dokumentation erforderlich ist, sollte diese Aufklärung über Angebotsmängel immer schriftlich erfolgen. Immerhin trifft der Auftraggeber anhand der Aufklärung die Entscheidung ob ein Angebot auszuschneiden ist. Der letzte Satz des Abs. 5 wird ausdrücklich begrüßt.

Zu § 127 Abs. 1:

Der letzte Satz soll entfallen, da der Auftraggeber verpflichtet ist, mangelhafte Angebote, jedenfalls dann wenn sie für den Zuschlag in Betracht kommen, verbindlich aufzuklären.

Zu § 127 Abs. 4:

Im letzten Satz sollte das vorletzte Wort „jedemfalls“ entfallen.

Zu § 128 Abs. 1:

Wie bereits zu § 104 ausgeführt steht die grundsätzlich sinnvolle Regelung, wonach in einem offenen oder nicht offenen Verfahren durch Aufklärungsgespräche keine Ände-

rung des Angebotes herbeigeführt werden darf, den nunmehr im Gesetz eingeräumten Möglichkeiten, wonach diese Verfahren durch eine elektronische Auktion beendet werden können, in einem gewissen Spannungsverhältnis. Eine diesbezügliche Klarstellung im Gesetz wäre wünschenswert.

Zu § 130:

Im § 147 Abs. 4 wird festgelegt, dass bei einer elektronischen Auktion ein „short-listing“ zulässig ist und verschiedene Angebote auszuschneiden sind. Ein entsprechender Tatbestand fehlt jedoch in dieser Bestimmung.

Weiters ist nicht erkennbar, ob sich diese Bestimmung ausschließlich auf Angebote bezieht oder ob die Bestimmung auch für das Ausschneiden von Teilnahmeanträgen und Wettbewerbsarbeiten gilt. Gegebenenfalls wäre auch klarzustellen, ob das Ausschneiden von Teilnahmeanträgen und Wettbewerbsarbeiten auch gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 15 darstellen, was ausdrücklich abgelehnt wird.

Zu § 130 Abs. 2:

Die in § 130 Abs. 2 neu vorgesehene „Kann“-Bestimmung für das Ausschneiden von Angeboten bringt keine Erleichterung des Verfahrens für den Auftraggeber. Wenn die erforderliche Aufklärung nicht erfolgt ist, wird das Angebot nicht entsprechend zu prüfen und daher - gemäß der bisherigen Rechtslage - auszuschneiden sein. Eine gegenteilige Vorgangsweise, nämlich ein „unklares“ Angebot nicht auszuschneiden, wird nicht zuletzt in einem Nachprüfungsverfahren Probleme bereiten.

Ähnliches gilt für die neueren Verfahrensarten, die - wie insbesondere die Rahmenvereinbarung - mit sehr unbestimmten Gesetzesbegriffen ausgestattet sind. Da seitens der Wirtschaft schon während der Begutachtung an diesen, den Wettbewerb einschränkenden - Verfahrensarten heftige öffentliche Kritik geäußert wurde, ist mit vermehrten Anträgen bei Vergabekontrollbehörden zu rechnen. Die Festlegung, wonach verspätet eingelangte Angebote auszuschneiden sind, soll entfallen. Die Begründung liegt darin,

dass diese Angebote als nicht abgegeben gelten, nicht im Zuge der Angebotsöffnung geöffnet und nicht der Angebotsprüfung unterzogen werden. Insbesondere im Zusammenhang mit der im Entwurf vorgesehenen Einführung der Ausscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung würden sich diesbezüglich zusätzliche Angriffspunkte ergeben. Darüber hinaus ist anzumerken, dass an einem ungeöffneten Angebot nicht zwingend erkennbar sein muss, von welchem Unternehmer dieses stammt. Schon daraus ist erkennbar, dass es dem Auftraggeber einerseits gar nicht möglich ist, den, dieses Angebot legenden Bieter auszuschneiden, weil er vergaberechtlich nicht berechtigt ist, dieses Angebot zur Feststellung der Identität des Bieters zu öffnen.

Zu § 130 Abs. 1 Z 10:

Hier wäre zu ergänzen: „... oder die nicht vor Ende der Angebotsfrist einen Antrag gemäß § 23 Abs. 1 gestellt haben“. Ist dies nicht gewünscht, müsste die Formulierung des § 23 Abs. 1 entsprechend abgeschwächt werden, da sonst die dort gestellte Forderung ohne Rechtsfolge bleibt. Darüber hinaus fehlt ein Ausscheidungstatbestand für den Fall, dass Bieter, die in einem nicht offenen Verfahren oder in einem Verhandlungsverfahren zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wurden, eine Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft gründen, ohne diesen Vorgang dem Auftraggeber rechtzeitig gemäß § 23 Abs. 2 mitgeteilt zu haben. Auch hier gilt, dass eine Umformulierung von § 23 Abs. 2 erforderlich ist, falls diese Forderung bestehen bleibt.

Zu § 132:

Die Verpflichtung, bereits in dieser Mitteilung allen Bietern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Gründe für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag mitteilen zu müssen, bringt einen enormen administrativen Aufwand mit sich. Hierfür besteht auch keine Verpflichtung nach den EU-Richtlinien. Die Verpflichtung zur Mitteilung der Länge der Stillhaltefrist ist eine entbehrliche Forderung an den Auftraggeber, da den Bietern wohl zugemutet werden kann, im Falle der Ergreifung von Rechtsmitteln über die hierfür geltenden Fristen Kenntnis zu haben. Folgerichtig wird auch die Notwendigkeit einer „Rechtsmittelbelehrung“ nicht gesehen. Es darf daher

angeregt werden, die Formulierung des § 100 BVergG 2002 sinngemäß zu übernehmen. Zur Entbindung des Auftraggebers von der Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wird angeregt, bei Rahmenvereinbarungen die jeweilige Zuschlagserteilung in jedem Fall von der Verpflichtung zur Mitteilung zu befreien, da sonst die Rahmenvereinbarung auf Grund des hohen Aufwandes und der einzuhaltenen Fristen kaum Anwendung finden wird.

Zu § 133:

In der Überschrift sollte „Geltendmachung der Nichtigkeit“ entfallen, da eine Regelung darüber fehlt. Die Festlegung des Beginns der Stillhaltefrist mit der Absendung der Zuschlagsentscheidung wird im Sinne der Rechtssicherheit ausdrücklich begrüßt. Was der Unterschied zwischen Nichtigkeit und absoluter Nichtigkeit ist, ist unklar und sollte entweder näher ausgeführt werden oder das Wort „absolut“ entfallen. Unklar ist ferner, warum die elektronische Auktion im Zusammenhang mit der Länge der Stillhaltefrist angeführt wird. Da die elektronische Auktion kein eigenes Vergabeverfahren ist, sondern beispielsweise an ein offenes Verfahren angehängt wird ist nicht klar, ob dann die 14-tägige Frist für das offene Verfahren oder die 7-tägige Frist für die elektronische Auktion gelten soll. Die Erweiterung jener Vergabeverfahren, die eine verkürzte Stillhaltefrist ermöglichen, wird grundsätzlich begrüßt.

Zu § 133:

In den Erläuterungen (zweite Zeile) müsste es statt „Absendung der Zuschlagsfrist“ richtig „Absendung der Zuschlagsentscheidung“ heißen. Grob sinnstörend ist der Fehler im folgenden Absatz (richtig „Ein innerhalb der Stillhaltefrist erteilter Zuschlag ist zivilrechtlich nichtig“, nicht: „Ein innerhalb der Zuschlagsfrist erteilter Zuschlag ist zivilrechtlich nichtig“ - sonst wären alle Zuschlagserteilungen nichtig!). Im fünften Absatz der Erläuterungen zu § 133 ist von „bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung“ die Rede. Laut einer Auskunft, die das BKA aber beim BMJ eingeholt hat, hat die Abwicklung bis zur Nichtigklärung durch den Feststellungsbescheid (mit Wirkung ex nunc) auf Grundlage des bis dahin geltenden Vertrages zu erfolgen. Das Bereicherungsrecht greift hier nicht.

Zu § 141 Abs. 1:

In Z 3 und 4 sollte rein sprachlich das Wort „gegenüber“ entfallen. Der Satz „Z 3 und 4 gelten sinngemäß bei Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer.“ kann entfallen.

Zu § 141 Abs. 5:

Der letzte Satz ergibt keinen Sinn. Vorstellbar wäre eine Regelung, wonach die Angebote eines bereits eingeleiteten neuen Vergabeverfahrens nicht vor Ablauf dieser Frist geöffnet werden dürfen.

Zu § 146:

Im Zusammenhang mit der elektronischen Auktion, in der nunmehr vorgesehenen Ausformulierung, wonach diese kein eigenes Vergabeverfahren sondern nur mehr ein Verfahrensschritt im Zusammenhang mit der Bestbieterermittlung ist, ergeben sich zum restlichen Gesetz, das größtenteils den bisher geltenden Grundsätzen treu geblieben ist, einige Widersprüche. Dazu zählt beispielsweise die Verbindung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens, für die jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung unzulässig ist, mit der Durchführung einer elektronischen Auktion auf Grund der abgeschlossenen Angebotsbewertung der Angebote aus einem offenen oder nicht offenen Verfahren. In diesem Fall kommt es im offenen Verfahren zu keiner Zuschlagsentscheidung. Fraglich ist, welche gesondert anfechtbaren Entscheidungen dann für so ein aus bisher selbstständigen Verfahren zusammengesetztes Verfahren gelten soll. Weiters ist beispielhaft anzuführen, dass eine Teilnahme der Bieter an der Angebotsöffnung des offenen oder nicht offenen Verfahrens in jenen Fällen zwingend zu unterbleiben hat, in denen der Auftraggeber eine abschließende elektronische Auktion vorgesehen hat. Weiters ist fraglich, wie die Preisangemessenheitsprüfung erfolgen soll. Entweder ist der Preis im vorhergehenden offenen oder nicht offenen Verfahren nicht angemessen oder danach, nach Durchführung der elektronischen Auktion. Beides wird wohl nicht argumentierbar sein. Demzufolge müsste auch eine Klarstellung erfolgen, für welches der Teilvergabeverfahren die Ausscheidungsgründe anzuwenden sind.

Zu § 146 Abs. 2:

In § 146 Abs. 2 wird geregelt, dass die Durchführung einer elektronischen Auktion jedenfalls in der Bekanntmachung anzuführen ist. Bei Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung sollte die Durchführung einer elektronischen Auktion in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angeführt werden (z. B. durch Aufnahme der elektronischen Auktion in die Bezeichnung des Vergabeverfahrens).

Zu § 147 Abs. 4 und 5:

Sofern der Begriff „Ausscheiden von Angeboten“ beibehalten werden soll, wäre § 130 in diese Hinsicht zu ergänzen. Gegebenenfalls könnte hier jedoch von „Angeboten, die nicht weiter berücksichtigt werden müssen“ gesprochen werden.

Zu § 147 Abs. 6:

Bei einer elektronischen Auktion sind alle für die Wahl des besten Angebotes relevanten Informationen für die Bieter online verfügbar. Mit Beendigung der elektronischen Auktion wäre es nur noch erforderlich den Namen des erfolgreichen Bieters bekannt zu geben. Mit der Verfügbarkeit der Information könnte die Stillhaltefrist beginnen.

Zu § 150 Abs. 1:

Es fehlt die Klarstellung, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung, wie auch im Falle eines dynamischen Beschaffungssystems (siehe § 156 Abs. 1), vorerst nicht die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung beinhaltet und damit auch keine Zuschlagserteilung erfolgt.

Zu § 150 Abs. 2:

Die Reduktion der für Vergaben auf Grund einer Rahmenvereinbarung anzuwendenden Bestimmungen auf den 3. Abschnitt erscheint prima vista begrüßenswert. Aber schon auf Grund der komplexen Verweisteknik und der damit aus dem 2. Teil des Gesetzes einbezogenen weiteren Regelungen wird offensichtlich, dass damit, wie schon im BVergG 2002, in der Praxis große Unsicherheit über die anzuwendenden

Regelungen in dieser Phase der Beschaffung anhand von Rahmenvereinbarungen hervorgerufen wird. Es wäre daher überlegenswert, den 2. Teil des Gesetzes grundsätzlich gelten zu lassen und nur jene Bestimmungen explizit auszunehmen, die in diesem Zusammenhang nicht erforderlich sind.

Zu § 151 Abs. 3:

Am Ende des Absatzes wird der Auftraggeber verpflichtet die Namen der Parteien der Rahmenvereinbarung bekannt zu geben. Im Regelfall wird dies nicht zweckmäßig sein, da die aus einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Parteien folgenden Einzelvergaben in der Regel auf Grund eines neuerlichen Wettbewerbes zu Stande kommen. Würden die Parteien nun voneinander wissen, schadet dies dem Wettbewerb.

Zu § 152 Abs. 6:

Auch die neue Formulierung dieser Stufe des „erneuten Aufrufs der Parteien zum Wettbewerb“ führt zu keiner eindeutigen Vorgangsweise. Der im Gesetzestext umrissene Weg ist sehr aufwändig und wird in der Praxis dazu führen, dass Rahmenvereinbarungen kaum Anwendung finden. In diesem Zusammenhang wird neuerlich auf die Notwendigkeit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung hingewiesen, die einen hohen administrativen aber auch zeitlichen Aufwand mit sich bringt. Zum Begriff „Wettbewerb“ wird angemerkt, dass dieser im BVergG mit zumindest drei unterschiedlichen Bedeutungen verwendet wird.

Zu § 155 Abs. 6:

Die Formulierung dieses Absatzes ist widersprüchlich. Es ist denkunmöglich, dass ein Preisgericht mit für ihn anonymen Wettbewerbsteilnehmern unter Wahrung dieser Anonymität bis zur Auswahl des oder der Wettbewerbsgewinner in einen Dialog über bestimmte Aspekte der vorgelegten Wettbewerbsarbeiten eintreten kann. Daran ändert auch der zweite Halbsatz des vorvorletzten Satzes nichts. Soll die Möglichkeit der Erörterung von Wettbewerbsarbeiten zwischen dem Preisgericht und dem Wettbewerbs-

teilnehmer vor Bekanntgabe des Wettbewerbsgewinners gegeben sein, so wäre hierfür die Festlegung eines einheitlichen Zeitpunktes und der dafür gebotenen Vorgangsweise erforderlich.

Zu § 155 Abs. 10:

Eine Bekanntmachung der Wettbewerbsteilnehmer, die in Folge eines Wettbewerbes zur Abgabe von Angeboten für ein darauf folgendes Verhandlungsverfahren aufgefordert werden, darf nicht erfolgen. Das Verhandlungsverfahren könnte sonst nicht mehr fortgesetzt werden.

Zu § 157 Abs. 2:

Der letzte Satz ist abzuändern, da sicherlich nicht beabsichtigt ist, den Zugang zu allen, das dynamische Beschaffungssystem betreffende, Unterlagen (z. B. welche Unternehmer bereits im System registriert sind) zu gewähren.

Zu § 158:

Die Reihenfolge der Absätze in § 158 sollte chronologisch dem Verfahren entsprechen. Der letzte Satz von Abs. 1 sollte ebenfalls in dieser Abfolge richtig eingeordnet werden. In Abs. 1 ist die Wortfolge „gemäß dem in den Abs. 2 bis 5 beschriebenen Verfahren auf elektronischem Weg vergeben“ durch die Wortfolge „gemäß einem in den Abs. 2 bis 5 beschriebenen Verfahren auf elektronischem Weg vergeben“ zu ersetzen, da im Abs. 5 dem Auftraggeber zwei Verfahren zur Wahl angeboten werden.

Zu § 162 Abs. 3:

Wenn mit dem Inhalt dieses Absatzes gemeint ist, dass ein Verhandlungsverfahren durchzuführen ist, so sollte dies nach den sonstigen Bestimmungen für Verhandlungsverfahren auch ausdrücklich festgehalten werden. Andernfalls wäre hier der Ausdruck „Aufklärungsgespräch“ zu verwenden.

Zu § 164:

Eine Inhaltswiedergabe des § 3 Abs. 1 an Stelle des Verweises auf diese Bestimmung wäre eindeutiger. Ansonsten kann es zu Missverständnissen kommen, da der 2. Teil gemäß § 163 für Sektorenauftraggeber nicht gilt. (Alternativ wäre auch eine Umformulierung des § 163 vorstellbar).

Zu § 167:

Die Formulierung folgt der deutschen Fassung der RL 2004/17/EG (SektorenRL). Unklar ist jedoch, was unter Einspeisung zu verstehen ist: Ist damit die Einspeisung aus der Erzeugung gemeint oder die Einspeisung von zu vertreibenden Energiemengen oder beides?

Ist neben dem Netzerrichten und -betreiben die Erzeugung und der Vertrieb erfasst oder nur die Erzeugung?

Unter Einspeisung im Sinne des BVergG 2006 (Entwurf) kann der Stromhandel nicht erfasst sein, da ein Stromhändler keinen Strom an das Netz (physikalisch) abgibt. Dies sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden.

Zu § 174:

Im 3. Teil 1. Hauptstück 3. Abschnitt (Auftragsarten) sind die §§ 4 bis 9 zu wiederholen, da ansonsten ein Widerspruch zu § 163 entsteht (Alternativ wäre auch eine Umformulierung des § 163 vorstellbar).

Zu § 175:

Sollte nachstehender Sachverhalt nicht unter Z 14 fallen, so müsste die Bestimmung um einen weiteren Ausnahmetatbestand ergänzt werden.

Sachverhalt: Es geht um die Ausschreibung eines Gemeindeverbandes zur Errichtung und Betrieb eines Fernwärmenetzes, wobei der Betrieb auf 15 Jahre befristet ist.

Diese einem Wettbewerb unterzogene Tätigkeit des Errichten und befristeten Betriebs des Fernwärmenetzes soll in weiterer Folge nicht unter das Vergaberecht fallen.

Zu § 176 Abs. 2 Z 1 bis Z 3:

Die Neuregelung der konzerninternen Vergabe im Sektor (im Folgenden kurz KIV genannt) regelt hinsichtlich der Voraussetzung bei Dienstleistungsaufträgen, dass mindestens 80 % des von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre mit Dienstleistungsaufträgen erzielten Umsatzes aus der Erbringung von Dienstleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen müssen.

Gleiches gilt für Lieferaufträge bzw. Bauaufträge.

Im Gegensatz zur geltenden Formulierung (sofern 80 vH von diesem Unternehmen während der letzten drei Jahre ... erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen) entnimmt man dem Entwurfstext, dass eine Verschärfung vorgenommen wurde: Während nach derzeitiger Rechtslage auf das konkrete Dienstleistungssegment abzustellen ist, sind nach der Wortinterpretation der neuen Bestimmung alle Dienstleistungen ohne Bedachtnahme auf ein bestimmtes Dienstleistungssegment zu berücksichtigen.

Die umzusetzende SektorenRL 17/2004/EG gibt zu dieser (verschärfenden) Änderung keinerlei Anhaltspunkt. Im Gegenteil: Der Ausnahmetatbestand der konzerninternen Vergabe wurde erweitert.

Dies erscheint insbesondere deswegen zweckmäßig, weil etwa Buchhaltungs- oder Personalverrechnungsleistungen in einem Konzern von verbundenen Unternehmen meist zentral durchgeführt werden. Mit der neuen Regelung stünde dies (unnötigerweise) in Frage und würde dazu führen, bewährte Konzernstrukturen zu zerschlagen.

Im Übrigen findet sich dieser Ansatz auch in der Literatur: vgl.

Schramm/Öhler/Zellhofer in Schramm/Aicher (Hrsg.) Kommentar zum BVergG 2002, Rz 25 zu § 121 mit weiteren Literaturnachweisen.

Zu § 186 Abs. 5:

Es wird zur besseren Übersichtlichkeit und Verständlichkeit angeregt, sinngemäß auf die gleiche Formulierung wie in § 185 Abs. 4 zurückzugreifen.

Zu § 198:

Es ist unklar, warum im Unterschied zum klassischen öffentlichen Vergaberecht die elektronische Auktion für Sektorenauftraggeber bei Rahmenvereinbarungen nicht zulässig sein soll.

Zu § 199 Abs. 3:

In den Erläuterungen zu § 194 wird auf die gleichlautenden Tatbestände zu den Erläuterungen § 27 verwiesen. In den Erläuterungen zu § 27 ist im Halbsatz „dass die Parteien der Rahmenvereinbarung untereinander unbekannt bleiben müssen“ geregelt. Um dieses Ziel auch zu erreichen bedarf es einer Adaptierung des § 199 Abs. 3, da dies mit der derzeitigen Formulierung nicht gewährleistet ist.

Zu § 207 Abs. 4:

Der im Gesetz zitierte Abs. 1 Z 5 existiert nicht, es dürfte wohl Abs. 1 Z 4 gemeint sein.

Unklar bleibt, weshalb eine Auktion bei einer Rahmenvereinbarung nicht möglich sein soll. In der Z 3 sollte der Satz mit „Der beabsichtigte Abschluss einer Rahmenvereinbarung - sofern ...“ begonnen werden. Im Anhang IX sollte ein eigener Hinweispunkt für nachfolgende elektronische Auktionen aufgenommen werden, da ansonsten die Gefahr zu Missverständnissen im Zusammenhang mit den Punkten „Zuschlagskriterien“ des Anhangs IX führen könnten.

Zu § 232:

Vgl. dazu sinngemäß die Ausführungen zu § 78.

§ 235 Abs. 5:

In den Erläuterungen sollte der Hinweis aufgenommen werden, ob unter Sachverständigen zwingend gerichtlich beeidete Sachverständige oder Amtssachverständige zu verstehen sind.

Zu § 262 Abs. 3:

Der Hinweis auf die Kalkulation soll auf Grund des einheitlichen BVergG für Sektorenauftraggeber entfallen, da befürchtet wird, dass im Nachprüfungsverfahren die im Gesetz für Sektorenauftraggeber vorgesehenen Erleichterungen (Nichtübernahme der Regelungen des § 93 Abs. 4 BVergG 2002) ad absurdum geführt würden. Zur Möglichkeit, im Falle von minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische Aufklärung einzuholen, wird auf die Ausführungen zu § 126 verwiesen.

Zu § 263 Abs. 1 Z 7:

In dieser Bestimmung wurde § 373e GewO 1994 nicht berücksichtigt.

Zu § 264:

Die Erläuterungen sind für die betroffenen Anwender in der Praxis viel zu vage bzw. widersprüchlich, wenn einerseits auf „Drittländer“ (Staaten, die nicht dem EWR angehören) abgestellt wird, andererseits darauf verwiesen wird, dass Abs. 4 nicht den zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens bestehenden Liberalisierungsgrad gegenüber Drittländern auf Grund des GPA berühre.

Zu § 266:

Da für die Mitbewerber die Bekanntgabe des Namens und die Vergabesumme des zuschlagsfähigen Angebotes meist ausreicht, wird aus verwaltungsökonomischen Gründen vorgeschlagen, die Bekanntgabe der Merkmale und die Vorteile des erfolgreichen Angebotes nur auf Antrag eines Bieters bekannt zu geben.

Siehe Anmerkungen zu § 132.

Zu 275 Abs. 7:

Der erste Satz der Bestimmung sollte im Sinne der Berichtigung eines Redaktionsversehens so lauten:

„Der Abbruch einer Auktion gilt als Widerruf im Sinne des § 272.“

Zu § 333 Abs. 2:

Hier wäre klarzustellen, dass mit „Gebühren“ die Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemeint ist.

§ 355 Abs. 2 Z 5:

Schadenersatzansprüche sind im Falle des § 355 Abs. 2 Z 5 nur schwer vorstellbar, weil regelmäßig kein anderer Unternehmer ein Erfüllungsinteresse nachweisen wird können, weil bei einer Direktvergabe in der Regel eben keine weiteren verbindlichen Angebote (allenfalls nur unverbindliche Preisauskünfte) eingeholt werden. Auch ein Vertrauensschaden wird selten in Betracht kommen, weil es ja in der Regel keine vorherige Ausschreibung gegeben haben wird, auf deren Fortführung ein Konkurrent vielleicht vertraut hat. Für Ausnahmefälle mag es Sinn machen, dass das Gericht auch in so einem Ausnahmefall an die Feststellungen des Vergabekontrollorgans gebunden wird.

Zu § 339:

Der erste Absatz der Erläuterungen scheint insofern missverständlich, als die Ansicht vertreten wird, wenn eine gesondert anfechtbare Entscheidung aus dem Grund der Rechtswidrigkeit einer ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung für nichtig erklärt werde, so müssten auch die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen „AUFGEHOBEN“ werden. Diese Aufhebung der für die Rechtswidrigkeit kausalen vorangegangenen nicht anfechtbaren Entscheidungen (diese

sind ja nur Verfahrensschritte bzw. „prozessleitende Verfügungen“) sollte nicht förmlich im Spruch des Bescheides der Vergabekontrollbehörde erfolgen, sondern nur in der Begründung (eventuell als sogenannte „tragende Begründung“, die gemeinsam mit dem Spruch als sogenannter „Abspruch“ rechtskraftfähig sein mag).

Zu § 359 Abs. 8:

Hierzu darf auf das Ergebnis der Konsultationen von Vorarlberg und Niederösterreich verwiesen werden (siehe letzter Zwischenbericht über die Sitzung im BKA). Offenbar dürfte im Entwurf entgegen dem Ergebnis dieser Konsultationen keine bundesverfassungsrechtliche Bestimmung vorgesehen sein.

Zu § 362:

Hier fehlt weiterhin die gemäß Art. 118 Abs. 2 B-VG erforderliche Bezeichnung des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinden. Vergaberecht wird von den Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich angewendet bzw. „vollzogen“ (vgl. insbesondere Art. 116 Abs. 2 B-VG).

Zu den Anhängen:

Im Anhang XVII fehlt im Einleitungssatz offensichtlich ein Satzteil ohne den der abschließende Sinn des Satzes nicht erschließbar ist.

Zu den Erläuterungen:

Zu den Erläuterungen (Besonderer Teil) wird angemerkt, dass die gewählte Formulierung zu § 2 (Begriffsbestimmungen) Z 19 änderungswürdig erscheint. Im 5. Absatz wird richtigerweise darauf hingewiesen, dass auch nicht wirtschaftliche Kriterien, wie z. B. die Ästhetik, als Zuschlagskriterien verwendet werden können. Im 8. Absatz wird jedoch formuliert: „Die angewandten Kriterien sollen den Auftraggeber in die Lage versetzen, ... das für ihn günstigste Angebot auf der Grundlage objektiver Kriterien

auszuwählen.“ Da ein Kriterium wie die Ästhetik nie objektiv sein kann wird empfohlen, an dieser Stelle auf diese Problematik einzugehen und beispielsweise klarzustellen, dass nicht objektive Kriterien jedenfalls kommissionell bewertet werden sollen, um unsachliche subjektive Einflüsse soweit wie möglich zu vermeiden.

Zum Diskussionspunkt Einschränkung der Arbeits- und Bietergemeinschaften:

In § 23 Abs. 2 (vgl. auch § 191 Abs. 2 im Sektorenteil) des Entwurfes ist, wie auch schon nach der geltenden Rechtslage, die uneingeschränkte Möglichkeit der Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorgesehen. Die Anregung, dass dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit der Einschränkung der Bildung von Arbeits- und Bietergemeinschaften eingeräumt werden soll, wird sehr begrüßt.

Zum Diskussionspunkt § 78:

Als Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit ist es vollkommen unzureichend, dass dem Bieter die finanziellen Mittel anderer Unternehmer auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Kann der Bieter den Auftrag nicht erfüllen, so hätte der Auftraggeber keine oder zumindest keine ausreichende Möglichkeit, auf die finanziellen Mittel dieser anderen Unternehmer zuzugreifen.

Eine Haftungserklärung oder (einfache) Bürgschaft des anderen Unternehmens wäre auch völlig unzureichend. Der Auftraggeber müsste in einem solchen Fall erst - durch möglicher Weise mehrjährige Gerichtsverfahren - einen Exekutionstitel gegen den Bieter erwirken und gegen den Bieter erfolglos Exekution führen, bevor er das andere Unternehmen in Anspruch nehmen könnte.

Es wird nicht verkannt, dass auf Grund des Urteils des EuGH Rs C-176/98, C-314/01, das Erfordernis besteht, als Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit finanzielle

Mittel anderer Unternehmer, auf die der Bieter zurückgreifen kann, zu berücksichtigen.

Die Erläuterungen zu § 78 führen aber zutreffend aus, dass ein Mitgliedstaat für einen solchen Fall die Übernahme einer erforderlichenfalls gesamtschuldnerischen Verpflichtung durch das zuletzt genannte Unternehmen vorschreiben kann.

Die Übernahme einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung wäre aus der Sicht der Auftraggeberseite insoweit ausreichend, als dann der Auftraggeber unmittelbar auch auf dieses andere Unternehmen zugreifen könnte.

Es ist daher im § 78 sowohl für die Fälle des Abs. 1 als auch für die Fälle des Abs. 2 ausdrücklich festzulegen, dass eine gesamtschuldnerische Verpflichtung des anderen Unternehmens Voraussetzung für dessen Berücksichtigung bei Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters ist. In eventu wäre zumindest ausdrücklich festzulegen, dass der Auftraggeber eine solche gesamtschuldnerische Verpflichtung verlangen kann.

Zum Diskussionspunkt freie Wahl zwischen Zuschlagsprinzipien im Oberschwellenbereich:

Im vorliegenden Entwurf kommt dem Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zumindest im Oberschwellenbereich weiterhin ein Vorrang gegenüber dem Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu (siehe die §§ 82 Abs. 3 sowie 101); es wird um Stellungnahme ersucht, ob auch im Oberschwellenbereich die freie Wahl zwischen den beiden genannten Zuschlagsprinzipien eingeführt werden soll. Bei eindeutig (auch in qualitativer Hinsicht) beschreibbaren Leistungen sind häufig neben dem Angebotspreis keine sinnvollen Zuschlagskriterien möglich. Um in solchen Fällen die Anwendung von „Alibikriterien“ zu vermeiden, sollte auch im Oberschwellenbereich die freie Wahl des Zuschlagsprinzips vorgesehen werden

(auch im Sinne des Verbots des „Golden-Plating“!). Gegebenenfalls könnte zur Klarstellung der rein sachlichen Beschränkung dieser freien Wahl im Gesetz formuliert werden, dass diese freie Wahl nicht gilt, wenn es sich bei den zu vergebenden Leistungen um vorweg nicht eindeutig und vollständig beschreibbare Leistungen handelt.

Zum Diskussionspunkt betreffend die Grundsätze des Vergabeverfahrens:

Im Sektorenbereich ist in § 190 Abs. 5 eine Parallelbestimmung zum klassischen Bereich vorgesehen, wonach die Umweltgerechtigkeit der Leistung im Vergabeverfahren verpflichtend zu berücksichtigen ist. Diese Bestimmung könnte auch als Kannbestimmung formuliert werden. Aus Sicht der Stadt Wien als öffentlicher Auftraggeber kann mitgeteilt werden, dass die Berücksichtigung ökologischer Kriterien bei der Beschaffung von Leistungen praktisch nie zu einer Verteuerung, in den meisten Fällen sogar zu einer Reduktion des Preises führt. Im Sinne der ökologischen Auswirkungen der öffentlichen Beschaffung sollte es daher bei einer Verpflichtung im Rahmen der Grundsätze bleiben.

Zum Diskussionspunkt Übermittlung von Bekanntmachungen per Fax in Ausnahmefällen:

In den §§ 215 und 216 ist im Entwurf geregelt, dass Bekanntmachungen in Ausnahmefällen auch per Fax an das zuständige Publikationsorgan übermittelt werden können. Für den Oberschwellenbereich könnte auch eine rein elektronische Übermittlung vorgesehen werden. Dies hätte den Vorteil, dass die von den Auftraggebern einzuhaltenen Fristen generell im Gesetz verkürzt werden könnten.

Die Möglichkeit zur Verkürzung von Fristen durch Nutzung elektronischer Medien sollte dem Auftraggeber jedenfalls fakultativ zur Verfügung stehen.

- 37 -

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

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Jürgen Fischer

Dr. Peter Krasa
Senatsrat