

Stellungnahme des Bundesvergabeamtes zum Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2006

Zum Dienstzettel vom 5. Juli 2005, GZ BKA 600.883/0050-V/AA/8/2005 erlaubt sich das Bundesvergabeamt die nachstehende Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2006 abzugeben:

Das Bundesvergabeamt dankt für die Möglichkeit der Stellungnahme zum ausgesendeten Begutachtungsentwurf. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass der vorliegende Entwurf aus Sicht der Bundesrechtschutzbehörde eine wesentliche Verbesserung darstellt.

Die klare Gliederung und die gewählte Systematik werden ausdrücklich begrüßt. Weiters wird sehr positiv vermerkt, dass die bisher im BVergG 2002 enthaltenen Verweisketten deutlich reduziert wurden. Die damit zusammenhängende zusätzliche Anzahl von Paragraphen wird nicht als Nachteil empfunden, sondern dient der klareren Lesbarkeit des Gesetzes und der Übersichtlichkeit. Es wird erwartet, dass die Anwender auf Seiten der Auftraggeber und Auftragnehmer einen deutlichen Nutzen von der Systematik und Rechtstechnik des neuen Gesetzes haben werden.

Zu den vom BKA-VD zur Diskussion gestellten Punkten:

1. Das Bundesvergabeamt vertritt die Ansicht, dass weiterhin die uneingeschränkte Möglichkeit der Bildung von Arbeits- und Bietergemeinschaften vorgesehen werden soll. Eine Einschränkung auf "enge Märkte" brächte zusätzliche, auch verfassungsrechtliche Rechtsunsicherheit bei der Auslegung dieses Begriffes. Des Weiteren muss bezweifelt werden, dass durch eine Einschränkung, zB durch Beschränkung der Anzahl der Mitglieder einer Arbeits- und Bietergemeinschaft tatsächlich ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird, insbesondere unter Beachtung des Umstandes, dass im Oberschwellenbereich jedenfalls europaweit auszuschreiben ist.

2. Die Solidarhaftung eines Subunternehmers ist unzweckmäßig und wirtschaftlich problematisch. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Subunternehmer tatsächlich solidarisch für die Leistung des Bieters haften können. So wäre unverständlich, dass etwa ein Subunternehmer, welcher etwa ein Brückengeländer auszuführen hätte auch für den gesamten Bau der Brücke haften sollte. Gegen eine direkte Inanspruchnahme einer - bisher subsidiären - Haftung eines Subunternehmers für seinen Leistungsbereich bestehen jedoch keine Bedenken.

3. Hinsichtlich der Festlegung zwischen Billigstbieter und Bestbieter tendiert das Bundesvergabeamt zu der bisher gepflogenen Regelung, dass das Bestbieterprinzip Vorrang hat. Dies vor allem deshalb, weil damit die Auftraggeber gezwungen sind sich tatsächlich über den Umfang (insbesondere der technischen Ausgestaltung) einer Auftragsvergabe und der Bewertungskriterien klar zu sein. Das Bundesvergabeamt sieht jedoch auch keine besondere Problematik darin im Oberschwellenbereich die freie Wahl zwischen den beiden genannten Zuschlagsprinzipien einzuführen.

4. Hinsichtlich der Umweltgerechtigkeit der Leistung im Vergabeverfahren besteht von Seiten des Bundesvergabeamtes keine Einwendung, so fern die Richtlinien und der europäischen Grundsätze gewahrt werden. Die Ausformulierung als Kann-Bestimmung erscheint in diesem Zusammenhang zweckmäßig, auf die Problematik der Bewertung von unbestimmten Umweltkriterien muss dennoch hingewiesen werden.

5. Die Übermittlung von Bekanntmachungen sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellenbereich auf rein elektronischer Art und Weise wäre jedenfalls wünschenswert. Das Bundesvergabeamt verlangt aus Gründen des EU-rechtlichen Transparenzgrundsatzes, dass alle Bekanntmachungen in einem (elektronischen) Publikationsorgan, nämlich der Wiener Zeitung, kund gemacht werden. Darüber hinausgehende Veröffentlichungen sollten den Auftraggebern frei gestellt bleiben.

9. Hinsichtlich der Beibehaltung der Bundesvergabekontrollkommission sieht das Bundesvergabeamt europarechtliche Probleme. Der EuGH hat klar gestellt, dass die B-VKK jedenfalls nicht als Rechtschutzbehörde fungiert. Darüber hinaus wird das gesamte Vergabeverfahren bei Beibehaltung der B-VKK komplizierter, weil nunmehr eine zusätzliche Fristhemmung von 10 Tagen vorgesehen ist. Dies würde zu Verzögerungen im Vergabeverfahren führen. Es muss davon ausgegangen werden, dass Verfahren bei der B-VKK nur als zeitlicher Puffer für einen Nachprüfungsantrag verwendet würde, wie dies bereits seinerzeit der Fall war.

Ein gänzlicher Entfall der B-VKK würde den Gesetzesumfang um ca. 10% reduzieren und die Verfahren beschleunigen.

Es wird grundsätzlich gegen eine Ausweitung der Tätigkeit der B-VKK eingetreten, da der Umfang der Tätigkeit der B-VKK in den letzten zwei Jahren nur geringfügig gewesen ist und diesbezüglich auch der tatsächliche Erfolg ein äußerst geringer war. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit der B-VKK, selbst wenn sie stärker im Anspruch genommen werden würde, eine wesentliche Entlastung des BVA mit sich bringen könnte. In Anbetracht der Bestimmungen des AVG, denen zu Folge auch die Rechtschutzbehörde im Rahmen einer Verhandlung auf eine gütliche Einigung der Parteien dringen sollte, wäre ein Schlichtungsverfahren vor der B-VKK obsolet.

Aus all diesen Erwägungen wird ein Fortbestehen der B-VKK nicht als notwendig oder zweckmäßig angesehen.

Dennoch spricht sich eine Mehrheit der Senatsvorsitzenden nicht für die Abschaffung der BVKK aus, im Wissen dass Teile der Unternehmer Schlichtungen im Bereich der Landesvergabe bevorzugen. Diese Schlichtungen könnten jedoch unabhängig von dem förmlichen Rechtschutzverfahren auf Bundesebene durchgeführt werden.

Bei Beibehaltung der B-VKK wären entsprechende Gebührenregelungen vorzusehen.

Zum Besonderen Teil des Entwurfes:

Vorauszuschicken ist zunächst, dass es sich beim Rechtsschutzteil des BVergG 2006 nunmehr um den 4. Teil zu handeln hat. Versehentlich dürfte der ebenfalls als 5. Teil bezeichnete Abschnitt zur außerstaatlichen Kontrolle und zu den zivilrechtlichen Bestimmungen mit einem 3. Hauptstück beginnen. Offenkundig sollen beide Regelungskreise wie im BVergG 2002 im Rechtsschutzteil belassen werden.

Statt „5. Teil“ müsste der Rechtsschutz als „4. Teil“ titulierte werden. Der nachfolgende (ohne Überschrift bezeichnete) 5. Teil ist zu streichen, da die „Außerstaatliche Kontrolle“ (3. Hauptstück) bzw. die „Zivilrechtlichen Bestimmungen“ (4. Hauptstück) noch dem 4. Teil (Rechtsschutz) zuzurechnen sind. Somit bilden aber die „Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen“ den 5. Teil (und nicht den 6. Teil).

Zu § 2 Z 15 gesondert anfechtbare Entscheidungen: Das System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen soll gemeinsam mit dem bisher vorgesehenen Präklusionsfolgen aufrecht erhalten werden. Es wird ausdrücklich begrüßt, dass das Ausscheiden eines Angebotes sowie der Widerruf als gesondert anfechtbare Entscheidungen aufgenommen werden.

Zu § 9 Abs 2: Diese Bestimmung enthält fast wortident Art. 1 Abs. 2 lit. d) letzter UAbs. der RL 2004/18/EG und sollte die Einordnung eines gemischten Auftrages (Bau- bzw. DL-Auftrag) vornehmen. Gerade im Hinblick auf die Entrichtung der Pauschalgebühr in einem Verfahren vor den Rechtsschutzbehörden (Bauauftrag bedingt eine höhere Pauschalgebühr als DL-Auftrag) und auch hinsichtlich des derzeit bestehenden Systems der Zuweisung der anfallenden Verfahren im BVA ist dringend eine klare Einordnung als Bauauftrag bzw. als Liefer-/DL-Auftrag erforderlich. Sowohl die Richtlinie als auch die Gesetzesbestimmung (samt Erläuterung) lässt aber eine klare Regelung vermissen. Wünschenswert wäre eine Klärung, was unter "Nebenarbeit" zu verstehen ist. Im Sinne der Rechtssprechung des EuGH wäre wohl diesbezüglich auf das Wertverhältnis abzustellen und zu interpretieren, dass - sofern der Wert des Bauauftrages den Wert des DL-Auftrages übersteigt - der Auftrag als Bauauftrag zu qualifizieren ist.

Zu § 10 Z 1: Wenn diese Bestimmung so verbleiben würde, würde das bedeuten, dass jeder Auftraggeber es in der Hand hätte, die Anwendbarkeit des BVergG auszuschließen, indem er ein Vergabeverfahren für geheim erklärt. Selbst wenn Art 14 der RL 2004/18/EG ebenfalls diesen Wortlaut beinhaltet, ist im Hinblick auf die Einhaltung der Grundfreiheiten der Europäischen Union und der Forderung eines ordentlichen Wettbewerbes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eine derartige Dispositionsfreiheit eines Auftraggebers mit einem auf dem europäischen Rechtsgefüge verankertem Wettbewerbsgrundsatz nicht vereinbar. Es wird daher aus Gründen des Rechtsschutzes und aus verfassungsrechtlich und europarechtlichen Überlegungen dringend angeraten, die Wortfolge "die für geheim erklärt werden oder" ersatzlos zu streichen oder diese Bestimmung derart einzuschränken, dass nur aus sehr restriktiven und gesetzlich determinierten Gründen im Sinne des Erwägungsgrundes 22 der RL 2004/18/EG ein Vergabeverfahren für geheim erklärt werden kann.

Zu § 12: Der vergabespezifische Rechtsschutz für Vergaben von nicht prioritären Dienstleistungen ist auf jeden Fall einzuhalten. Eine Verlagerung zu den Zivilgerichten ist nicht zweckmäßig.

Wünschenswert wäre, dass im Hinblick auf das geforderte Transparenzgebot (freier und lauterer Wettbewerb) zur Förderung des Wettbewerbes auch bei nichtprioritären Dienstleistungen eine Mindesttransparenz von Ausschreibungen durch eine verpflichtende Bekanntmachung der Ausschreibung (wenn auch möglicherweise in einer etwas schlankeren Form) vorgeschrieben wird. Sollte diese Anregung nicht aufgenommen werden, wäre ein effektiver Rechtsschutz bei der Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen gefährdet. Nur vergebene nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge bzw. -konzessionsverträge gemäß § 56 bekannt zu machen erscheint entbehrlich, da jene Bieter, die sich um einen solchen Auftrag bemühen ohnehin - je nach Verfahrensart - zu informieren sind. Das BVA fragt nach dem Sinn der Veröffentlichung eines vergebenen Auftrages, wenn die Ausschreibung selbst nicht publiziert wurde.

Festgehalten wird, dass es einem Auftraggeber bei der Ausschreibung von nicht prioritären Dienstleistungen - unabhängig vom Auftragswert - gestattet ist (die Direktvergabe wird in § 27 genannt), jedenfalls eine Direktvergabe vorzunehmen, was aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes mehr als hinterfragenswert erscheint.

Diese weiteren sollten auch die Dienstleistungskonzessionen aus gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Überlegungen dem vergabespezifischen Rechtsschutz unterliegen;

Zu § 13: Was unter dem 4. Teil zu verstehen ist, wird hinterfragt, zumal die Gliederung des Gesetzentwurfes keinen 4. Teil ausweist.

Eine Bezugnahme auf die Anwendbarkeit des § 27 Abs.1 wäre ebenfalls zweckmäßig, zumal § 27 Abs. 1 die Direktvergabe explizit erwähnt.

Darüber hinaus wird in dieser Bestimmung vermisst, dass - im Hinblick der Einhaltung eines freien und lautereren Wettbewerbes (sofern dies einen nicht unverhältnismäßigen Aufwand darstellt) - auch bei Direktvergaben Vergleichsangebote (im Idealfall: mindestens drei) einzuholen sind.

Subschwellenwerte: Das Bundesvergabeamt regt an, dass die Subschwellenwerte generell auf 80.000 Euro angehoben werden. Damit wird dem Bedürfnis vieler Auftraggeber Rechnung getragen kleinere Auftragsvergaben schnell und "unbürokratisch", jedoch selbstverständlich weiterhin unter Beachtung der haushaltsrechtlichen Vorschriften, durchzuführen. Selbst in Anbetracht einer "fehlerhaften" Auftragsvergabe erscheint ein möglicher Schaden im Vergleich zum Aufwand eines formellen Vergabeverfahrens vertretbar.

Zu §§ 17 Abs 4, 18 Abs5 und 19 Abs 6: Für Bauaufträge im Unterschwellenbereich ist nunmehr vorgesehen, dass für die Wahl des Vergabeverfahrens allein der geschätzte Auftragswert des jeweiligen Gewerks maßgeblich ist. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen behilft man sich mit einer Losregelung für den Unterschwellenbereich. Die diesbezügliche Differenzierung zwischen den Auftragsarten ist nicht zwingend einsichtig.

Zu § 23 Bietergemeinschaften: Auf die einleitenden Bemerkungen darf verwiesen werden.

Zu § 25: Überlegenswert wäre auch im Gesetz auf Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren vor den Rechtsschutzbehörden Bezug zu nehmen. Wenn man § 25 sehr konsequent auslegen würde, könnte ein Auftraggeber unter Verweis auf § 25 die Auffassung vertreten, dass von ihm Unterlagen der Bieter an die Nachprüfungsbehörde nur in eingeschränktem Umfang weitergegeben werden dürfen. Ansätze in diese Richtung waren in der Praxis (in Verfahren vor dem BVA) bereits erkennbar. Auch die Nachprüfungsbehörden sollten angehalten werden, den vertraulichen Charakter aller an sie übermittelten Unterlagen zu wahren, soweit nicht die Verpflichtung des Parteiengehörs dem entgegensteht (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 90 betreffend Geheimhaltungspflichten).

Zu § 39: Die Subschwellenwerte für die derzeit im Entwurf geplanten 120.000 Euro für Bauleistungen könnten auf 150.000 Euro erhöht werden, für die Liefer- und Dienstleistungen generell auf 80.000 Euro.

Zu § 40: Die Subschwellenwerte sollten generell auf 80.000 Euro angehoben werden.

Zu § 40 Abs 2 Z 4: Diese Ziffer widerspricht allen Zielsetzungen des Vergaberechts. Sie ist unbestimmt und ermöglicht Auslegungsspekulationen. Sie widerspricht auch allen Transparenzgeboten und wäre ersatzlos zu streichen.

Zu § 43: Berichtigungen von Bekanntmachungen müssen jedenfalls im Amtsblatt der Wiener Zeitung kundgemacht werden. Des Weiteren sollte die entsprechende Verlängerung der Angebotsfrist normiert werden.

Zu § 48 Abs. 2: Die derzeitige Rechtsgrundlage für die Verwendung der Standardformulare bildet die RL 2001/78/EG, die mit der Standardformularverordnung, BGBl. II Nr. 335/2003, innerstaatlich umgesetzt wurde. Aus dem 2. Absatz der Erläuterungen zu § 53 ergibt sich, dass diese Rechtsgrundlage durch eine EU-Verordnung, die in Österreich unmittelbar zur Anwendung zu gelangen hat, abgelöst wird. Diese Verordnung konnte jedoch im Zuge der Begutachtung nicht aufgefunden werden. Da voraussichtlich in dieser EU-Verordnung auf das „Österreichspezifikum des Erfordernisses einer Anerkennung oder Gleichhaltung gem. GewO“ kein Bezug genommen werden dürfte, sollte zumindest im letzten Absatz der Erläuterungen zu § 48 aufgenommen werden, an welcher Stelle im jeweils entsprechenden Formular dieser Hinweis aufzunehmen ist. Es wird davon ausgegangen, dass die bereits existierenden Formulare der RL 2001/78/EG Inhalt dieser „neuen Standardformular-EU-Verordnung“ sein werden. Daher wird vorgeschlagen, dass - wie bei den „österreichischen Formularen“ gem. Standardformularverordnung bereits in der Vergangenheit - dieser Hinweis beim Punkt „Sonstige Informationen“ bzw. „Ergänzende Informationen“ anzuführen ist.

Zu § 49: Die Bestimmung ist aus dem BVergG 2002 übernommen und unmissverständlich und sollte auch nicht geändert werden. In der praktischen Umsetzung ergibt sich jedoch immer wieder das Problem, dass Ausschreibungen und damit auch die Bekanntmachungen zu ändern, zu ergänzen bzw. auch zu widerrufen sind. Die derzeit auf der Grundlage der RL 2001/78/EG basierenden Standardformulare sehen jedoch kein

eigenständiges Formular bezüglich Änderung, Ergänzung oder Widerruf einer bereits bekannt gemachten Ausschreibung vor. In der Praxis (siehe beispielsweise www.lieferanzeiger.at) wurden eigenständige „Formulare“ konzipiert, die von den Auftraggebern elektronisch oder per Telefax (im Wege von www.lieferanzeiger.at oder direkt) an das Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften übermittelt wurden und problemlos im Supplement des Amtsblattes veröffentlicht wurden. Da - wie sich aus den Erläuterungen zu § 53 ergibt - diese Richtlinie durch eine EU-Verordnung abgelöst werden soll, sollte sich Österreich dafür einsetzen, dass auch ein eigenständiges einfaches Formular für die Änderung/Ergänzung bzw. Widerruf von bereits vorliegenden Bekanntmachungen eingeführt wird.

Zu § 50 Abs. 2: Diese Bestimmung spricht von einem „einschlägigen Standardformular“. Die Erläuterungen zu § 50 verweisen auf Art. 35 Abs. 1 der RL 2004/18/EG. Diese Bestimmung enthält einen Hinweis, wonach die Auftraggeber im Rahmen einer Vorinformation, die von der Kommission oder von ihnen selbst in ihrem „Beschafferprofil“ nach Anhang VIII Nummer 2 Buchstabe b veröffentlicht wird. Unter Anhang VIII Nummer 2 Buchstabe b wird aufgelistet, was ein „Beschafferprofil“ enthalten kann und nimmt auf die Bekanntmachung einer Vorinformation gem. Art. 35 Abs. 1 UAbs. 1 Bezug. Bezüglich des Musters und der Modalitäten für die elektronische Übermittlung der Bekanntmachungen wird unter Anhang VIII Nummer 3 auf die Internetseite <http://simap.eu.int> verwiesen. Unter dieser Internetseite werden Standardformulare angeboten. Ein eigenes „einschlägiges“ Standardformular mit der Bezeichnung „Beschafferprofil“ ist jedoch nicht auffindbar. Das Bundesvergabeamt geht unter Berücksichtigung von Anhang VIII der RL 2004/18/EG davon aus, dass es kein eigenständiges Formular „Beschafferprofil“ gibt, sondern das Formular „Vorinformation“ zu verwenden ist und ersucht daher um entsprechende Berücksichtigung in den Erläuterungen zu § 50 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes. Alternativ und präferiert wird die Schaffung eines eigenen und einschlägigen Formulars „Beschafferprofil“ im Zuge der Schaffung der angedeuteten Standardformular-EU-Verordnung.

Den vom Bundeskanzler „gemäß § 53 kundgemachten Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen“ (es wird davon ausgegangen, dass diese Bestimmung eine Verordnungsermächtigung darstellt, wobei diese Verordnung mit dem Inkrafttreten des BVergG 2006 ebenfalls in Kraft sein muss) wird mit großem Interesse entgegen gesehen. Insbesondere ist derzeit nicht klar wie die Übermittlung an die Kommission erfolgen soll. In diesem Zusammenhang wird auf Anhang VIII Z 1 lit. a der RL 2004/18/EG hingewiesen, wonach die Bekanntmachungen nach den Artikeln 35, 58, 64 und 69 vom öffentlichen Auftraggeber in dem vorgeschriebenen Muster gemäß der Richtlinie 2001/78/EG der Kommission vom 13. September 2001 über die Verwendung von Standardformularen für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge an das Amt für öffentliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften übermittelt werden. In diesem Zusammenhang wird angeregt so wie bisher im BVergG 2002 verankert - als Adressat der Veröffentlichungstexte weiterhin bei allen entsprechenden Bestimmungen im BVergG 2006 das Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften statt der Kommission zu nennen und dementsprechend auch die Erläuterungen zu § 53 zu korrigieren.

Zu § 53: Bereits das BVergG 2002 enthält die Forderung der unverzüglichen und unmittelbaren Übermittlung der Bekanntmachungen und Mitteilungen (§ 37 BVergG 2002). Wünschenswert wäre ein Hinweis in den

Erläuterungen, wonach der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch dann gewährleistet ist, wenn sich ein Auftraggeber bei der Übermittlung an die Kommission/ Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften eines nationalen zentralen Publikationsmediums bedient, sofern eine schnittstellenfreie elektronische Übermittlung sichergestellt wird (vgl. System von www.lieferanzeiger.at).

Zu § 54: In den Erläuterungen wird festgehalten, dass sofern die Ansicht vertreten wird, dass durch die Veröffentlichung auf gemeinschaftlicher Ebene auch in Österreich ein hinreichender Grad an Transparenz erreicht wird und eine darüber hinaus gehende Veröffentlichung in einem auf nationaler oder Länderebene einheitlich festgelegten Publikationsmedium auch aus praktischen Erwägungen nicht mehr erforderlich sei, dann keine zusätzlichen Publikationsmedien festgelegt werden müssten. Diese Anmerkung wird fragend gestellt. Hierzu wird vom Bundesvergabeamt aus der Praxis berichtet, dass gerade kleinere und mittlere Bieter oftmals keine Kenntnis über das gemeinschaftsrechtlich eingerichtete Publikationsmedium des Supplementes S zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften verfügen und daher auf innerösterreichische zentrale Publikationsmedien angewiesen sind. Es wird daher gerade im Sinne einer möglichst allumfassenden Förderung eines fairen, freien und lautereren Wettbewerbes und insbesondere der gemeinschaftsrechtlich zulässigen Förderung von KMU angeraten von der entsprechenden Verordnungsermächtigung Gebrauch zu machen und dabei insbesondere die technische Ausstattung, allfällige Entwicklungsmöglichkeiten insbesondere für Bieter (z.B.: www.auftrag.at mit der Möglichkeit zur Erstellung benutzerdefinierter Suchprofile für ausgeschriebene Aufträge), bisherige Erfahrungen und die bisher weitgehend friktionsfreie Übermittlung und die gute Zusammenarbeit mit dem Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften (es haben bereits Gespräche über XML-Schnittstelle stattgefunden) des bisherigen Publikationsmediums zu berücksichtigen.

Zu § 57: Es wäre aus Rechtsschutz- und Transparenzgründen jedenfalls sicherzustellen, dass Veröffentlichungen in der Wiener Zeitung und deren elektronischen Medien erfolgen; dies sollte bereits im Gesetz festgelegt werden. Eine Verordnungsermächtigung kann bedeuten, dass Änderungen unvorhergesehen, somit außerhalb eines wirtschaftlich vernünftigen Umfeldes, erfolgen. Dies sollte den Auftraggebern und Auftragnehmern erspart bleiben. Ein - wiederholt - wechselndes Publikationsmedium widerspricht jedenfalls der Rechtssicherheit.

Zu §§ 61 bis 69: Eine generelle Verkürzung der Fristen erscheint nicht zweckmäßig zu sein und dient vor allem nicht der Rechtssicherheit. Unterschiedliche Fristen für unterschiedliche Verfahren ist zwar verständlich, aber für den einzelnen Anwender oft mühsamer als eine generelle Norm.

Zu § 70 Abs. 1 Z 7: Die Bestimmung sieht den Ausschluss von Unternehmern vor, die sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben. In diesem Zusammenhang stellen sich zwei Fragen. 1. Was bedeutet „erheblichem Maß“? Eine diesbezügliche Präzisierung zumindest in den Erläuterungen wäre wünschenswert. Vorgeschlagen wird, dass dann auszuschließen ist, wenn festgestellt wird, dass bei einer wahrheitsgemäßen Erklärung ein Ausscheidensgrund im Sinne von § 70 vorliegen würde.

2. Was bedeutet „schuldig gemacht“ und wer hat diese „Schuld“ festzustellen? Genügt bereits Fahrlässigkeit oder müssen diese Erklärungen vorsätzlich abgegeben werden? Es wird vorgeschlagen diesen Punkt insofern zu konkretisieren, als er wie folgt lauten könnte:

7. sie bei der Erteilung von ... in erheblichem Maße falsche Erklärungen abgegeben oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Zu § 70 Abs. 3 Z 2: In Anbetracht der schwierigen Auslegung von "geringfügiger Rückstand" wäre von einer derartigen Regelung Abstand zu nehmen.

Zu § 72 Abs 4: Die Nachweiserbringung über ein Verzeichnis Dritter ist grundsätzlich zu begrüßen; es muss jedoch sichergestellt werden, dass diese Auskünfte auch rechtlich verbindlich ist und dafür gehaftet wird.

Zu § 77 Abs. 5 Z 1: In dieser Bestimmung wird angeführt, dass eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen vom Auftraggeber verlangt werden kann. Diese Bestimmung ist insofern unklar, da darunter verstanden werden kann, dass - falls der Auftraggeber von dieser Bestimmung Gebrauch macht - jedenfalls Nachweise aus insgesamt drei Jahren zu erbringen sind. Dies würde bedingen, dass sich Unternehmer, die noch nicht drei Jahre am Markt tätig sind, keine Chance auf Teilnahme am Vergabeverfahren hätten, da sie diesen Nachweis nicht erbringen können. Dies würde jedoch einen nicht vertretbaren Eingriff in den freien und lautereren Wettbewerb nach sich ziehen. Es wird daher vorgeschlagen, dass diese Bestimmung wie folgt konkretisiert wird:

1. eine Liste der wesentlichen erbrachten Lieferungen, wobei die Leistungserbringung nicht mehr als drei Jahre zurückreichen darf.

Sollte eine Änderung des Gesetzeswortlautes aus Gründen der leichteren Lesbarkeit nicht erfolgen werden, wäre alternativ anzuraten eine entsprechende Erklärung in den Erläuterungen zu § 77 aufzunehmen.

Zu § 77 Abs. 5 Z 8: Im Sinne der Ausführungen zu § 77 Abs. 5 Z 1 sollte diese Bestimmung wie folgt lauten:

8. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte ersichtlich sind, wobei diese Erklärungen sich auf höchstens die letzten drei Geschäftsjahre beziehen dürfen.

Zu § 77 Abs. 6 Z 1: Im Sinne der Ausführungen zu § 77 Abs. 5 Z 1 sollte diese Bestimmung wie folgt lauten:

1. eine Liste der erbrachten Bauleistungen, wobei die Leistungserbringung nicht mehr als drei Jahre zurückreichen darf.

Zu § 77 Abs. 6 Z 6: Im Sinne der Ausführungen zu § 77 Abs. 5 Z 1 sollte diese Bestimmung wie folgt lauten:

6. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte ersichtlich sind, wobei diese Erklärungen sich auf höchstens die letzten fünf Geschäftsjahre beziehen dürfen.

Abgestimmt auf § 77 Abs. 6 Z 1 sollte der mögliche Referenzzeitraum bei Bauaufträgen von drei auf fünf Jahre ausgedehnt werden können. Dadurch können vom Auftraggeber Referenzobjekte, die älter als drei Jahre sind, besser beurteilt werden.

Zu § 77 Abs. 7 Z 1: Im Sinne der Ausführungen zu § 77 Abs. 5 Z 1 sollte diese Bestimmung wie folgt lauten:

1. eine Liste der wesentlichen erbrachten Dienstleistungen, wobei die Leistungserbringung nicht mehr als drei Jahre zurückreichen darf.

Zu § 77 Abs. 7 Z 8: Im Sinne der Ausführungen zu § 77 Abs. 5 Z 1 sollte diese Bestimmung wie folgt lauten:

8. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte ersichtlich sind, wobei diese Erklärungen sich auf höchstens die letzten drei Geschäftsjahre beziehen dürfen.

Zu § 78: Auf die Eingangs zitierte Darstellung, dass ein Subunternehmer nicht für einen Auftragnehmer solidarisch haften kann wird hingewiesen.

Zu § 82 Abs 3: Die Zweifelsregelung, wonach nach Fehlen von Zuschlagskriterien vom Billigstbieterprinzip auszugehen sein soll, ist in der vorgesehenen Weise abzulehnen. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der Qualitätsstandard in der Ausschreibung klar und eindeutig definiert ist.

Zu § 83 Alternativangebote: Es wäre die bisherige Regelung, dass Alternativangebote nur ausnahmsweise nicht zugelassen werden, wenn dies von Seiten des Auftraggebers begründbar ist, vorzusehen. Diese Regelung entspricht sowohl dem Richtlinien-Text als auch dem Gedanken der Marktöffnung.

Zu § 84: Die Erstellung von "Nebenangeboten" wird von Seiten des Bundesvergabebeamten nicht als erforderlich erachtet und als zusätzliche „Fehlerquelle“ angesehen. Es sollte weiterhin die Regelung eines einzigen "Hauptangebotes" sowie die Möglichkeit der Erstellung von Alternativangeboten vorgesehen werden. Die Abgrenzung zwischen „Nebenangebot“ und „Alternativangebot“ ist schwammig und für eine friktionsfreie Anwendung nicht geeignet.

Die Intention selbst der Einführung der Kategorie „Nebenangebote“ ist aus den Erläuterungen zu § 84 klar. In der Praxis dürfte diese Bestimmung jedoch sowohl bei der Zuschlagsentscheidung durch den Auftraggeber als auch bei den Vergabekontrolleinrichtungen zu erheblichen Problemen führen. Was bedeutet „in sehr geringem Ausmaß“? Diese Bestimmung ist zu unbestimmt. Die inhaltliche Ausgestaltung bleibt der Rechtsprechung vorbehalten. Was geschieht, wenn ein Bieter bei einer Bestpreisausschreibung (Nebenangebote sind für zulässig erklärt worden) ein gänzlich ausschreibungskonformes Angebot stellt und bei der Preiskomponente nur deswegen von einem Angebot unterboten wird, da es eben geringfügig von Ausschreibungsvorgaben abweicht? Kann diesem Nebenangebot der Zuschlag (Zuschlagsentscheidung) erteilt werden? Oder muss auch dem Bestbieter mit dem gänzlich ausschreibungskonformen Angebot eine Möglichkeit zur Korrektur seines Angebotes gegeben werden. Möglicherweise hätte er als Billigstbieter ebenfalls „in sehr geringem Ausmaß“

vom zu erbringenden Leistungsgegenstand abweichen können und einen noch besseren Preis anbieten können. In Berücksichtigung dessen, dass die Ausschreibung selbst als gesondert anfechtbare Entscheidung anfechtbar ist, sollte ein Bieter, der „in sehr geringem Ausmaß“ von der Ausschreibung abweichend ein Angebot stellen möchte, im Zuge der offenen Angebotsfrist auf eine Änderung der Ausschreibung beim Auftraggeber hinwirken oder die Ausschreibung im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens anfechten. Das in der bisherigen Judikatur verankerte Grundprinzip, dass alle Parteien im Vergabeverfahren von den in der Ausschreibung verankerten Inhalten nicht abweichen dürfen und darauf vertrauen, dass sich alle Parteien daran halten, sollte nicht aufgeweicht werden (s. auch Grundsatz in § 109 Abs. 1). Im Sinne der erforderlichen Rechtssicherheit sollte daher von der Einführung der Kategorie der Nebenangebote abgesehen werden und die Bestimmung des § 84 gänzlich gestrichen werden.

Zu § 98 Abs. 2 und § 100 Abs. 2: Das Bundesvergabeamt betont die Notwendigkeit der Beibehaltung der bisherigen Regelung, der zu Folge die ÖNORM oder standardisierte Leistungsbeschreibung nur in sachlich gerechtfertigten Fällen nicht anzuwenden sind. Es sollte jedenfalls die ÖNORM in der jeweils letztgültigen Version gelten. Dies vor allem aus Gründen der Rechtsklarheit und um hintanzuhalten, dass Auftraggeber durch "spezielle" Anforderungsprofile europarechtlich bedenkliche Ausschreibungen durchführen.

Zu § 100 Abs. 2: Es sollten jeweils ÖNORMEN bzw. standardisierte Leistungsbeschreibungen in der letztgültigen Version anzuwenden seien. Das Abweichen von diesen ÖNORMEN sollte nicht zulässig sein.

Diese Neuformulierung ermöglicht dem Auftraggeber einen zu großen Gestaltungsspielraum bezüglich Risikoabwälzung auf den Bieter. Es sollte daher die Regelung des § 80 Abs. 2 BVergG 2002 beibehalten bzw. ausgebaut werden (vgl. hierzu die Ausführungen von *Karasek*, Unkalkulierbare Risiken und die Verwendung vorhandener ÖNORMEN, in *Sachs*, Schwerpunkte zum BVergG 2006, 223 f).

Zu § 101: Die in Aussicht genommene (freie) Wahl des Zuschlagsprinzips im Unterschwellenbereich könnte zu einer "Inflation" der Billigstbietervergabe führen. Auch kann eine sachliche Rechtfertigung für eine Differenzierung nicht erkannt werden. Der in den Erläuterungen lediglich angeführte „größere Gestaltungsspielraum“ für den Auftraggeber vermag nicht zu überzeugen. Diese Bestimmung sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Zu § 109 Abs. 5: Im Sinne der Ausführungen zu § 84 sollte diese Bestimmung ebenfalls ersatzlos gestrichen werden.

Zu § 110 Abs. 2: In den Erläuterungen wäre ein Verweis auf die Erläuterungen zu § 82 wünschenswert.

Zu den Erläuterungen zu § 126: Im Sinne der Ausführungen zu § 84 sollte im ersten Absatz der Hinweis auf Nebenangebote ersatzlos gestrichen werden.

Zu den §§ 126 Abs. 5 letzter Satz und 127 Abs. 1 letzter Satz:

Die Erläuterungen führen diesbezüglich (wiederum) Erleichterungsgründe für den Auftraggeber an, bleiben jedoch eine Begründungspflicht hierfür schuldig. Da in den einschlägigen Bestimmungen nicht zwischen Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträgen einerseits und Bauaufträgen andererseits differenziert wird (vgl. dazu die weit auseinanderklaffende Schwellenwerte), erscheint der gänzliche Entfall eines streng reglementierten Procedere insbesondere bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht gerechtfertigt.

Zu § 128 Abs. 2: Diese Bestimmung ist nach Auffassung des Bundesvergabebeamtes zu unbestimmt und beinhaltet größtes Unsicherheits- und Ungleichbehandlungspotential. Eine - wenn auch nur geringfügige - zu akzeptierende Änderung des Angebotspreises nach Angebotsöffnung in einem offenen oder nicht offenen Verfahren sollte nicht zulässig sein; dies widerspräche dem Verhandlungsverbot. Bei einem Alternativangebot ist die Lösung vollständig anzubieten, wobei lediglich darauf geachtet werden muss, dass die angebotene Leistung gleichwertig zur ausgeschriebenen Leistung ist. Nebenangebote sollten nicht zulässig sein. Nach Auffassung des Bundesvergabebeamtes sollte diese Bestimmung daher wie folgt abgeändert werden:

(2) Bei Alternativangeboten sind unter Berücksichtigung von § 22 Abs. 1 ergänzende Auskünfte vom Auftraggeber einzuholen, wenn Zweifel an der Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung bestehen.

Zu § 129 Abs. 1: Diese Bestimmung sollte - die bisherige Spruchpraxis des Bundesvergabebeamtes berücksichtigend - zur Klarstellung um folgenden Satz erweitert werden:

Eine nur auf Ziffern beruhende Beurteilung ist jedenfalls unzulässig.

Zu § 130 Abs. 7: Im Sinne der Ausführungen zu § 84 sollte der Hinweis auf Nebenangebote entfallen.

Zu § 130: Zunächst ist auf einen legislativen Fehler in den Erläuterungen hinzuweisen: Statt Abs. 2 muss es Abs. 3 heißen.

Inhaltlich problematisch an der neu eingeführten Regelung des Abs. 3 erscheint, dass die Verständigungspflicht des Auftraggebers an keine zeitliche Frist geknüpft ist; der Begriff „unverzüglich“ könnte somit seitens des Auftraggebers sehr "großzügig" ausgelegt werden. Es sollte in den Erläuterungen jedenfalls unmissverständlich darauf hingewiesen werden, dass der Auftraggeber die Ausscheidensentscheidung spätestens mit der Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben hat (und nicht nur bekannt geben kann).

Zu § 132: Die in dieser Bestimmung aufgelisteten Ausnahmen von der Verpflichtung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erscheinen zu weitführend. Prinzipiell sollte der Grundsatz gelten, dass immer dann die Zuschlagsentscheidung an alle Bieter mitzuteilen ist, wenn zumindest theoretisch vorstellbar ist, dass der Zuschlag an mehr als nur einen Bieter erteilt werden könnte. Daher könnte vorgeschrieben werden, dass die Zuschlagsentscheidung an alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter mitzuteilen ist und als einzige Ausnahmeregelung vorgesehen werden, dass - sofern nur mehr ein Bieter verblieben ist und sofern nicht § 140 Abs. 2 Z 1 und 2 zur Anwendung gelangt, eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung unterbleiben kann.

Zu § 133: Im 2. Satz sollte die Absendung der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung und nicht die Absendung der Zuschlagsfrist gemeint sein

"Abweichend von der bisherigen Regelung ..., sondern auf die Absendung der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung abgestellt; ..."

Im Abs 3 Z 2 wäre das Wort „offenkundig“ zu streichen, weil sonst Interpretationsmöglichkeiten eröffnet werden, die der Rechtssicherheit abträglich sind.

Zu § 140 Abs 1 Z 3 und 4: Es wird kein Grund gesehen, warum der ex-lege Widerruf abgeschafft werden soll. Gerade im Fall der Z 3 besteht keine Notwendigkeit, eine Ausschreibung, für die sich kein Unternehmer interessiert hat, formell mittels Erklärung zu widerrufen. Diesbezüglich besteht auch kein Rechtsschutzdefizit, zumal bei der Z 3 keine Interessierten existieren und bei der Z 4 die Ausscheidensentscheidung angefochten werden kann.

Zu § 142 und zu § 153 sowie § 159: Auf die Problematik, dass der Entwurf zwei 5. Teile, aber keinen 4. Teil aufweist, darf noch einmal hingewiesen werden.

Zu § 150-152: Die Einführung von Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich erscheint nicht unproblematisch. Dies deshalb, weil möglicherweise dadurch kartellrechtliche Problematiken verstärkt werden. Das Bundesvergabeamt spricht sich deshalb gegen Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich aus, weil die Nachvollziehbarkeit der Auftragsvergabe im Rahmen eines Rechtsschutzverfahrens erschwert wird.

Zu § 155 Abs 6: Die Anonymität beim Wettbewerb wird zur Farce, wenn im Vorfeld der Preisgerichtsentscheidung ein "anonymer" Dialog geführt werden kann. Der in Art 74 Abs 5 VergabeRL 2004 vorgesehene Dialog ist – möglicherweise unter Zwischenschaltung Dritter – anonym zu gestalten.

Zu § 179 Direktvergabe: Die Anhebung des Schwellenwertes auf generell 80.000 Euro wäre anzustreben.

Zu § 202 Abs 1: Hinsichtlich der Wahl eines Vergabeverfahrens unterhalb der Schwellenwerte des Sektorenbereichs wird von einem zu wahrenen "angemessenen Grad von Öffentlichkeit" gesprochen??? Was ist darunter zu verstehen?

Zu §§ 229f: Warum ausgerechnet nur für die berufliche Zuverlässigkeit die Nachweise festgelegt werden, kann nicht nachvollzogen werden. Generell sollte auch im Sektorenbereich eine Festschreibung der Nachweise für alle Facetten der Eignung erfolgen. Für einen Sektorenauftraggeber ist durch diese scheinbare Handlungsfreiheit ohnedies nichts gewonnen.

Zu § 306: Fehlerkorrektur durch Entfall des Wortes "Erfahrung" im 3 Absatz 2 Satz wie folgt

" Die nunmehr geforderte, dass die hauptberuflichen Mitglieder des Bundesvergabeamtes über ausreichende Vollzugserfahrungen verfügen."

Zu § 309: Diese – im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 139 Abs. 1 BVergG 2002 – einschränkendere Formulierung ist problematisch, zumal die Erläuterungen keine Anhaltspunkte dafür geben, in welchen Fällen die Mitglieder des BVA an Weisungen gebunden werden könnten. Es sollte daher bei der ursprünglichen Formulierung (§ 139 Abs. 1 BVergG 2002) bleiben.

Zu § 311 Abs 5: Im Zusammenspiel mit den Ausführungen in den Erläuterungen sieht § 311 Abs 5 vor, dass jene Senatsvorsitzenden, die vor ihrer Bestellung in keinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, in ein befristetes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis aufgenommen werden. Diese Möglichkeit eröffnet zweifelsfrei Art 21 Abs 5 B-VG, so dass für hinkünftige Erstbestellungen von einer derartigen Befristung auszugehen ist. Nach Ansicht mancher Senatsvorsitzenden sollte zumindest in den Materialien klar gestellt werden, dass dies für bereits befristet bestellte Senatsvorsitzende nicht gelten kann. Dem BVergG 2002 liegt eine Trennung zwischen befristeter Funktion und der Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zugrunde. Anders als vergleichbare Landesregelungen zu Unabhängigen Verwaltungssenaten hat man bei der Einrichtung des "neuen" Bundesvergabeamtes von der Bezugnahme auf Art 21 Abs 5 B-VG Abstand genommen. Dies ist wohl deshalb erfolgt, um neben einschlägig erfahrenen Beamten des Bundes auch bereits im Vergaberecht tätige und praktisch erfahrene Juristen aus den Landesverwaltungen und der Privatwirtschaft (etwa Rechtsanwälte) anzusprechen. Eine rückwirkende Bezugnahme auf die verfassungsgesetzlich eingeräumte Möglichkeit einer Einrichtung eines befristet öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses dürfte schwer mit dem einen spezifischen Vertrauensschutz postulierenden Gleichheitsgrundsatz in Einklang zu bringen sein.

Zu § 314 Abs. 2: In Anbetracht des hohen Verantwortungsbereiches und der volkswirtschaftlichen Bedeutung wäre eine höhere besoldungsrechtliche Einstufung für die Senatsvorsitzenden, den stellvertretenden Vorsitzenden sowie den Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes vorzusehen.

Zu § 318 Abs 2: Wenngleich dies die Erläuterungen verschweigen, wurde mit dieser Bestimmung wohl auf § 11 Abs 4 VwGG Rückgriff genommen. Insofern stellt sich die gegenständliche Regelung als nicht stimmig dar. Ein Senat kann schwerlich verhindert sein. Gemeint dürfte sein, dass bei entsprechender Verhinderung eines Senatsvorsitzenden oder eines sonstigen (Senats)Mitglieds eine Abnahme möglich ist. Entsprechend dem Prinzip einer "festen" Geschäftsverteilung im Vorfeld sollte zudem vorgesehen werden, dass mit einer derartigen Verfügung des Vorsitzenden zugleich der in der Geschäftsverteilung vorgesehene Ersatzsenatsvorsitzende bzw. das jeweilige Ersatzmitglied zur Entscheidung berufen ist. Eine nähere Spezifizierung der Verhinderung wäre überdies wünschenswert.

§ 320: Diesbezüglich ein legistischer Mangel: In den Erläuterungen muss es im vorletzten Absatz lauten: § 154 Abs. 2 BVergG 2002 (statt Abs. 3).

Zu § 321 Abs. 2: Entfall der Z 3.

Zu § 322 Abs 2: Diese Bestimmung ist insofern zu begrüßen, als sie die Einrichtung einer Rotation in der Geschäftsverteilung ermöglicht. Die Forderung nach möglichst gleicher Auslastung der Senate sollte dahingehend ergänzt werden, dass für nicht in Vollzeit beschäftigte Senatsvorsitzende bzw. den Vorsitzenden, der nach § 317 Abs 2 nunmehr ausdrücklich einem Senat vorzustehen hat, in der Geschäftsverteilung entsprechende Vorkehrungen getroffen werden kann.

Zu § 325: Der Vorsitzende des Bundesvergabebeamten - und nicht mehr die Vollversammlung - sollte jährlich einen Bericht über die Tätigkeit des Bundesvergabebeamten und die dabei gesammelten Erfahrungen zu verfassen. Der Tätigkeitsbericht ist dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu übermitteln und von diesem der Bundesregierung und dem Nationalrat vorzulegen.

Zu § 328: Ergänzend zu der nunmehr in § 328 vorgesehenen ausdrücklichen Befugnis auch Personen zu laden, die sich außerhalb des Bundesgebietes aufhalten, sollte eine Abgeltung für deren Aufwendungen vorgesehen werden. Die Vollzugspraxis der letzten Jahre hat gezeigt, dass selbst die Ladung von Zeugen aus den Bundesländern immer wieder die Frage nach der Abgeltung für Zeugen und Beteiligte analog zu §§ 51a und b AVG aufwirft.

Eine den Regelungen des AVG für die Unabhängigen Verwaltungssenaten vergleichbare Bestimmung sollte jedenfalls für Personen, die ihren Aufenthalt außerhalb des Bundesgebietes haben, gerechtfertigt sein.

Textvorschlag dazu, etwa als 2 Satz zu § 328

Die Gebühren von Personen, die ihren Aufenthalt (Sitz) außerhalb des Bundesgebietes haben richten sich nach § 51a bis d AVG.

Die für uns häufiger auftretende Situation von Zeugen, die aus den Bundesländern, also zB auch aus Tirol oder Vorarlberg nach Wien kommen müssen (neben den Reisekosten fallen dabei recht beträchtliche Zeitaufwände von zumindest bis zu einem Arbeitstag an), fände damit zwar keine Lösung. Die Anwendung bzw. Orientierung an den AVG-Sonderbestimmungen für die UVS scheint jedoch nicht gerechtfertigt (Argument: das AVG knüpft bei den UVS in § 19 am jeweiligen Amtsbereich bzw. Sitz des UVS an, also dem Bundesland; Amtsbereich des BVA ist das gesamte Bundesgebiet).

Zu § 329a: Eine Telefaxzustellung sowie eine Zustellung per e-mail sollte ohne vorherige Bekanntgabe durch den Zustelladressaten (§ 329 Abs 1 des Entwurfs) zulässig sein, um insbesondere die Zustellungen von eV - Anträgen mit aufschiebender Wirkung zu gewährleisten. Im gegebenen Zusammenhang erscheint auch die Verlängerung der Stillhaltefrist um einen Tag über die Rechtsmittelfrist bei Zuschlagsentscheidungen und Widerrufsentscheidungen geboten, um das Dilemma zu vermeiden, dass ein Antrag am letzten Tag der ohnehin oft relativ kurz empfundenen Rechtsmittelfristen gegen Ende der Amtsstunden kommt, und mangels rechtzeitiger Zustellung am nächsten Tag bereits vollendete Tatsachen geschaffen sind.

Zu § 332 Abs 2: Die Bedachtnahme auf Losvergaben ist jedenfalls zu begrüßen. Allerdings stellt sich die Formulierung "Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer den jeweiligen Schwellenwert gemäß den §§ 15 und 183 nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten" als missverständlich dar. Trotz der Erläuterungen in den Materialien geht nicht klar hervor, dass bei Losen, die nach den Regeln für den Oberschwellenbereich zu vergeben sind, aber selbständig die Oberschwellengrenze nicht erreichen, eine geringere Pauschalgebühr zu entrichten ist. Überdies wird auf die Problematik, inwiefern bei einem Gesamtvorhaben, das im Unterschwellenbereich angesiedelt ist, bei der Wahl des Vergabeverfahrens ein Zusammenrechnungsgebot besteht, nicht hinreichend Bedacht genommen. Die §§ 17 Abs 4, 18 Abs 5 und 19 Abs 6 des Entwurfs nehmen hierbei Differenzierungen zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen vor. Es wäre daher die – zugegebenermaßen etwas sperrigere – Formulierung "Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer den jeweiligen Schwellenwert gemäß den §§ 15 und 183 nicht erreicht, so ist – losgelöst ob das betreffende Los nach den Bestimmungen des Ober- oder Unterschwellenbereichs zu vergeben ist – lediglich die Pauschalgebühr für jenes Vergabeverfahren zu entrichten, das bei gesonderter Betrachtung des Auftragswertes des Loses gewählt werden könnte" zu favorisieren.

In diesem Zusammenhang wird überdies angeregt, eine § 30 Abs 6 WVRG entsprechende Regelung vorzusehen. Bei Zurückziehung eines Antrags bevor ein Bescheid des Bundesvergabebeamten erlassen wurde (besser wohl vor Ende der [ersten] mündlichen Verhandlung), sollte die Hälfte der entrichteten Pauschalgebühr für den Hauptantrag rückerstattet werden. Damit könnten auch – in der Praxis verstärkt vorkommende – Ausgleiche nach § 43 Abs 5 AVG berücksichtigt werden. Mit einer solchen Regelung würde sowohl den Interessen der Antragsteller als auch jenen der Auftraggeber gedient. So würde – in noch größerem Ausmaß als bisher – bei vergleichsweise einfach auszuräumende Meinungsverschiedenheiten, deren rechtliche Klärung vor der Vergabekontrolle vielfach komplizierte Verfahrensschritte erfordern, ein langwieriger Stopp des Vergabevorgangs hintan gehalten.

Zu § 333: Es wird angeregt neben einen Gebührenersatz auch einen pauschalierten Aufwändersatz - sowohl für Auftraggeber als auch Antragsteller - im Sinne der Regelungen des "Professorenentwurfs" aufzunehmen. Dies deshalb um allfällige Schadenersatzansprüche von Seiten der Auftragnehmer zu reduzieren.

Darüber hinaus regt das Bundesvergabeamt an auch einen generellen pauschalierten Schadenersatzaufwand nach Durchführung eines Feststellungsverfahrens zu normieren. Ein pauschalierter Schadenersatz, der sich an der Höhe der Auftragsvergabe orientieren könnte, würde nach Durchführung eines Feststellungsverfahrens unbürokratische Hilfestellung, insbesondere für Klein- und Mittelunternehmen darstellen. Dadurch würden sich Unternehmen, die zu Unrecht nicht einen Auftrag erlangen konnten, klaglos gestellt werden. Es wäre somit die Durchführung eines Schadenersatzprozesses gegen den Auftraggeber nicht mehr erforderlich. Die Höhe eines pauschalen Schadenersatzes könnte durch Verordnung der Bundesregierung oder des Bundeskanzlers iVm dem BMF, dem BMWA, ergehen. Eine derartige Regelung hätte auch den Vorteil, dass langwierige, kostenintensive

und das Verhältnis von Auftraggebern und Unternehmern belastende Schadenersatz-Prozesse unterbleiben könnten.

Zu § 333 Abs. 2: Diese Bestimmung regelt das Abstellen eines Pauschalgebühren-Ersatzanspruches auf den Ausgang im Hauptverfahren, wobei der Ersatzanspruch nicht bestehen soll, wenn der Hauptantrag abgewiesen wird. In dieser Bestimmung wird auf eine Zurückweisung des Hauptantrages jedoch nicht Bezug genommen. Es wird daher vorgeschlagen, die Bestimmung wie folgt zu ergänzen:

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren gemäß Abs. 1 besteht nicht, wenn einem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wird, in der Folge aber der Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) abgewiesen oder zurückgewiesen wird oder kein Nachprüfungsantrag gestellt wird.

Es wird weiters um Klarstellung ersucht, dass ein Ersatz der Gebühren sich nach dem materiellen Obsiegen im Nachprüfungsverfahren richtet. Dies ist insoferne notwendig, falls ein Auftraggeber im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens seine Entscheidungen zurückzieht.

Zu § 334 Abs. 4: Diese Bestimmung sollte ersatzlos entfallen, da dieser Grundsatz in § 39 Abs. 2 AVG ohnehin verankert ist.

Zu § 334: Es wird angeregt eine dem § 50 Abs 2 des "Entwurfs" von Prof. Thienel entsprechende Regelung in § 334 aufzunehmen. Durch das Festschreiben, dass "nur" offenkundig auszuschcheidenden Bietern kein Schaden drohen kann, wird ein spezifisches Problem der Vergabekontrollverfahren entschärft. Vielfach wird von Parteien des Verfahrens behauptet, der jeweilige Antragsteller sei auszuschneiden. Dem hat das Bundesvergabeamt nachzugehen, es kann dies häufig jedoch nur unter Setzung langwieriger und kostenintensiver Ermittlungsschritte. Letztendlich hat die Vergabekontrolle die dem Auftraggeber zufallende Angebotsprüfung nachzuholen (siehe zu dieser Problematik eingehend Grasböck, Zu den Antragsvoraussetzungen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 171 und Etlinger, Antragslegitimation im neuen Licht?, RPA 2004, 161).

Zu § 335: Fristen der Nachprüfungsanträge: In Anbetracht dessen, dass Rechtsschutzverfahren der Durchsetzung subjektiver Ansprüche dienen, wird generell eine Frist von 14 Tagen anzusetzen seien. Eine Verkürzung der Fristen auch 7 Tage erscheint auch bei Durchführung beschleunigter Verfahren, Direktvergaben etc. nicht dem rechtsstaatlichen Prinzip entsprechend. Aus verfassungsrechtlichen Erwägungen ist generell eine Mindestfrist von 14 Tagen wohl erforderlich.

Zu § 336: Zu überlegen wäre, ob Angaben über das Interesse am Vertragsabschluss bzw. den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller (vgl. Abs. 1 Z 3 und 4) unabdingbar notwendig sind. Dies insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVA, wonach auch der Verlust eines Referenzprojektes bereits als Schaden im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren ist. Das Interesse am Vertragsabschluss ergibt sich im Allgemeinen schon aufgrund der Legung eines Angebotes in einem konkreten Vergabeverfahren.

Zu § 337: Der Passus in Abs. 1 „nicht offenkundig unzulässig“ sollte gestrichen werden, zumal nach den Erläuterungen die Beurteilung der Zulässigkeit durch den Senatsvorsitzenden für den Senat ohnehin nicht bindend ist.

Zu § 337 Abs. 3: Die Benachrichtigung des in Aussicht genommenen Bieters durch den Senatsvorsitzenden kann jedenfalls nur dann erfolgen, wenn dieser in Aussicht genommene Bieter tatsächlich samt Adresse und Faxnummer bzw. sonstigen Kommunikationseinrichtungen dem Bundesvergabeamt bekannt gegeben wurde. Es wäre deshalb eine entsprechende Verpflichtung an den Auftraggeber vorweg zu richten. Aus diesem Grund erscheint die Benachrichtigung des in Aussicht genommenen Bieters durch den Auftraggeber - so wie bisher - zweckmäßiger und den verwaltungsökonomischen Grundsätzen gerecht werdender.

Zu § 339: Die in Abs. 1 (aus dem BVergG 1997 bzw. 2002) übernommene Wortfolge „unter Bedachtnahme auf die allenfalls in der selben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundesvergabekontrollkommission“ sollte ersatzlos gestrichen werden. Dies auch im Hinblick darauf, dass der B-VKK keine Behördenqualität zukommt und somit das BVA an (allfällige) Empfehlungen nicht gebunden werden kann.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die vom Prof. Thienel vorgeschlagene Wortfolge (vergleiche § 56 Abs. 3 des Professorenentwurfes) als dritter Absatz eingefügt werden.

Zu § 342 Abs. 4 letzter Satz: Der Antragsteller und der Auftraggeber sind von der Einstellung bzw. vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

Zu § 342 Abs. 5 1. Satz: Das Bundesvergabeamt hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung unverzüglich zu verständigen.

Zu § 343 Abs. 4: Für die Vollstreckung liegt das VVG in der jeweils geltenden Fassung; wie ist das VVG anwendbar?

Zu § 345 Abs. 2: Diese Bestimmung sollte ersatzlos entfallen, da dieser Grundsatz in § 39 Abs. 2 AVG ohnehin verankert ist.

Zu § 345 Abs 1 Z 5 und § 348 Abs 2: Die neue Feststellung in Z 5 erklärt sich durch die "ex nunc" eintretende Nichtigkeit des § 133 Abs 3. Abgesehen von der schwerlich zu erfassenden Formulierung sollte es keiner gesonderten Beantragung eines Ausspruchs einer offenkundigen Unzulässigkeit bedürfen. Oder ist intendiert, bei bloßer Feststellung, dass "eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren" eine "ex tunc" eintretende Nichtigkeit vorzusehen!? Z 5 könnte daher wie folgt lauten: "dass eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war".

Zu § 348: Die in Abs. 4 vorgesehene amtswegige Feststellungskompetenz sollte – insbesondere aufgrund der Bestimmung des § 345 Abs. 3 – entfallen, zumal sie keine Grundlage für eine anschließende Schadenersatzklage schafft (vgl. die taxativ aufgezählten Voraussetzungen in § 355 Abs. 2 Z 1 bis 6).

Zu § 352 Abs 1: Diese Bestimmung ist im Hinblick auf die Erlangung über das negative Vertragsinteresse hinausgehenden Schadenersatzes unverändert zweideutig. Erst bei Durchsicht der Erläuterungen wird klargestellt, dass auch für die Erlangung des positiven Vertragsinteresses ein entsprechender Feststellungsbescheid der Vergabekontrolle erlangt werden muss. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre aus Gründen der Rechtssicherheit unmittelbar im Gesetzestext wünschenswert.

Zu: § 355: Zunächst wäre Abs 2 Z 5 dieser Bestimmung im Sinne der zu den §§ 345 und 348 getätigten Ausführungen zu adaptieren.

Abs 3 ist als der Regelungssystematik zuwiderlaufend abzulehnen. Die Feststellungskompetenz der Vergabekontrolle wurde eingerichtet, um den ordentlichen Gerichte bei allfälligen Schadenersatzprozessen wegen Verstößen gegen das Vergaberecht die Beurteilung des Vorliegens einer Rechtswidrigkeit zu erleichtern. Überdies dient das Feststellungsverfahren – vor allem auch im Interesse der Auftraggeber – der im Vergabewesen unerlässlichen raschen Entscheidungsfindung. In vergleichsweise schneller und einfacher Form steht fest, ob ein Verstoß gegen das BVergG vorliegt und ob es sich lohnt, weitere, teils beträchtliche Aufwendungen in einem Zivilprozess zu tätigen. Es ist nicht einzusehen, warum dies bei der Herbeiführung eines Widerrufsgrundes nicht der Fall sein sollte. § 355 Abs 3 wäre daher zu streichen. Der Katalog der Feststellungen in § 345 Abs 1 bzw. § 355 Abs 2 könnte dahingehend adaptiert werden, dass die Z 3 bzw. die Z 1 wie folgt lautet: "wegen eines Verstoße gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch wirtschaftliche günstigsten Angebot erteilt wurde bzw. – im Falle eines Widerrufs -erteilt werden konnte". Allenfalls ist aber auch mit einem betreffenden Hinweis in den Materialien das Auslangen zu finden.

Abschließend darf auch auf die Publikation „Schwerpunkte zum BVergG 2006 - ökonomische und rechtliche Aspekte“, die im Verlag Manz erschienen ist, verwiesen werden.