

Vorblatt

Probleme:

Der Verfassungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die Gebührenregelung des BVergG 2002 verfassungswidrig war (vgl. VfGH 4.3.2006, G 154/05-8). Da diese Regelung teilweise auch in das BVergG 2006 übernommen wurde, ist eine Neufassung der Gebührenregelung erforderlich.

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 19.6.2006, B 3378/05-9, festgehalten, dass es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, wenn im Unterschwellenbereich die Bekämpfbarkeit des Widerrufs nicht in gleicher Weise wie im Oberschwellenbereich vorgesehen wird. Es ist daher nicht notwendig, die vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH durch das BVergG 2006 erfolgte Einführung einer gesondert anfechtbaren Widerrufsentscheidung für den Unterschwellenbereich zwingend beizubehalten; vielmehr soll dem Auftraggeber hier ein Gestaltungsspielraum eingeräumt werden.

Die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die statistischen Verpflichtungen in den §§ 44 und 205 enthalten jeweils nur grundsätzliche Regelungen und sehen darüber hinaus die Erlassung von Verordnungen vor, die (zumindest teilweise) nähere Festlegungen durch die Europäische Kommission voraussetzen. Da die Kommission derartige Festlegungen noch nicht getroffen hat, kommt auch eine Verordnungserlassung nicht in Betracht. Um allfällige Unklarheiten zu vermeiden, sollen die bestehenden Verpflichtungen auf gesetzlicher Ebene näher präzisiert werden.

Die Umsetzung der Richtlinie 2006/97/EG des Rates vom 20. November 2006 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich freier Warenverkehr anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens, durch die die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG geändert worden sind, bedingt Änderungen im Anhang VII des BVergG 2006.

Es hat sich gezeigt, dass die deutsche Sprachfassung der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG gegenüber anderen Sprachfassungen (vgl. insbesondere die englische und französische Fassung) inhaltliche Abweichungen aufweist. In diesen Fällen ist es angebracht, die in Umsetzung dieser Bestimmungen ergangenen Regelungen des BVergG 2006 entsprechend anzupassen.

Darüber hinaus soll die notwendige Novelle zum Anlass genommen werden, einige legistische Bereinigungen bzw. terminologische Anpassungen vorzunehmen.

Lösungen:

Anpassung des BVergG 2006 im Hinblick auf den dargestellten Änderungsbedarf.

Alternativen:

Die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage im Bereich der Gebührenregelung könnte jederzeit vor dem Verfassungsgerichtshof angefochten werden. Soweit die Novelle die korrekte Umsetzung von Gemeinschaftsrecht betrifft, könnte die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission führen.

Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich:

Keine.

Finanzielle Auswirkungen:

Im Bereich des Widerrufs eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich werden der Verfahrensaufwand und damit auch die Kosten für die Auftraggeber verringert. Dem stehen höhere Ausgaben durch die Neuregelung im Bereich der Zeugengebühren in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt gegenüber. Auf Grund fehlender Erfahrungswerte lassen sich diese finanziellen Auswirkungen nicht quantifizieren. Die Neuregelung im Bereich der Gebühren für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird voraussichtlich Mindereinnahmen in der Höhe von ca. 130 000 Euro mit sich bringen.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Die Novelle dient unter anderem der korrekten Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie der Umsetzung der Richtlinie 2006/97/EG.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG bedarf die Kundmachung des Gesetzes der Zustimmung der Länder.

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

Ausgangslage und Zielsetzung:

Der Verfassungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen, dass die Gebührenregelung des BVergG 2002 verfassungswidrig war (vgl. VfGH 4.3.2006, G 154/05-8). Da diese Regelung teilweise auch in das BVergG 2006 übernommen wurde, ist eine Neufassung der Gebührenregelung erforderlich.

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 19.6.2006, B 3378/05-9, festgehalten, dass es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, wenn im Unterschwellenbereich die Bekämpfbarkeit des Widerrufs nicht in gleicher Weise wie im Oberschwellenbereich vorgesehen wird. Es ist daher nicht notwendig, die vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH durch das BVergG 2006 erfolgte Einführung einer gesondert anfechtbaren Widerrufsentscheidung für den Unterschwellenbereich zwingend beizubehalten; vielmehr soll dem Auftraggeber hier ein Gestaltungsspielraum eingeräumt und die Flexibilität des Gesetzesvollzuges gesteigert werden.

Die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die statistischen Verpflichtungen in den §§ 44 und 205 enthalten jeweils nur grundsätzliche Regelungen und sehen darüber hinaus die Erlassung von Verordnungen vor, die (zumindest teilweise) nähere Festlegungen durch die Europäische Kommission voraussetzen. Da die Kommission derartige Festlegungen noch nicht getroffen hat, kommt auch eine Verordnungserlassung nicht in Betracht. Um allfällige Unklarheiten zu vermeiden, sollen die bestehenden Verpflichtungen auf gesetzlicher Ebene näher präzisiert werden. Dies auch vor dem Hintergrund, dass im Rahmen des GPA Statistiken über Auftragsvergaben von den Vertragsparteien jedenfalls vorzulegen sind (unabhängig von allfälligen innergemeinschaftlich bestehenden Unklarheiten).

Die Richtlinie 2006/97/EG des Rates vom 20. November 2006 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich freier Warenverkehr anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens, durch die die RL 2004/17/EG und 2004/18/EG geändert worden sind, muss umgesetzt werden; dies bedingt Änderungen im Anhang VII des BVergG 2006.

Es hat sich gezeigt, dass die deutsche Sprachfassung der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG gegenüber anderen Sprachfassungen (vgl. insbesondere die englische und französische Fassung) inhaltliche Abweichungen aufweist. In diesen Fällen ist es angebracht, die in Umsetzung dieser Bestimmungen ergangenen Regelungen des BVergG 2006 entsprechend anzupassen.

Darüber hinaus soll die notwendige Novelle zum Anlass genommen werden, einige legistische Bereinigungen bzw. terminologische Anpassungen vorzunehmen.

Abstimmung mit den Ländern:

Im Hinblick darauf, dass aufgrund der verfassungsrechtlichen Lage (vgl. Art. 14b B-VG und die Erläuterungen in AB 1118 BlgNR XXI.GP) eine verfassungsrechtliche Mitwirkung der Länder an der Erstellung von Entwürfen zum BVergG in Form der bereits im Jahre 2002 eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe festgeschrieben ist, fanden auch bei der Erstellung des vorliegenden Entwurfes über Einladung des Bundeskanzleramtes mehrfach Gespräche zwischen Vertretern des Bundes und der Länder statt.

Regelungstechnik:

Der vorliegende Entwurf fügt im Wege von Einzelnovellierungen die neuen Regelungen in das bestehende System des BVergG 2006 ein.

Kompetenzgrundlage:

Die Zuständigkeit zur Erlassung der Regelungen dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 14b Abs. 1 B-VG.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG bedarf die Kundmachung des Gesetzes der Zustimmung der Länder.

Finanzielle Auswirkungen:

Im Vergleich zum BVergG 2006 ergeben sich hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen durch den vorliegenden Entwurf folgende Änderungen

- Die Möglichkeit, im Unterschwellenbereich auf den zweistufigen Widerruf zu verzichten und das Verfahren ohne vorherige Widerrufsentscheidung und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist zu beenden (vgl. die §§ 140 und 279), stellt jedenfalls eine Vereinfachung dar, die Einsparungen mit sich bringt. Diese können allerdings mangels verfügbarer Erfahrungswerte über die Häufigkeit eines Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht beziffert werden.
- Der vorgeschlagene § 314 Abs. 2 sieht vor, dass Zeugen in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt entsprechend den §§ 51a bis 51c AVG Gebühren zustehen sollen. Dadurch wird es jedenfalls zu Mehraufwendungen kommen. Da keine Daten über die Häufigkeit von Zeugeneinvernahmen in Verfahren

vor dem BVA vorhanden sind, lassen sich die Mehrkosten nicht beziffern. Die bisherigen Erfahrungen zeigen aber, dass die meisten Verfahren durch Bundesdienststellen in Wien als Auftraggeber abgewickelt werden bzw. die Bieter – sowie deren Mitarbeiter – zumeist als Parteienvertreter und nicht als Zeugen geladen werden. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass es durch die Neuregelung zu Mehrkosten in signifikantem Ausmaß kommen wird.

- Durch die Neuregelung des § 318 werden die Gebührensätze bei Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bei Anträgen betreffend Vergabeverfahren, in denen vom Antragsteller bereits ein Nachprüfungsverfahren anhängig gemacht worden ist, sowie bei einer Zurückziehung des Antrags verringert, woraus Mindereinnahmen resultieren. Anträge betreffend Vergabeverfahren, in denen vom Antragsteller bereits ein Nachprüfungsverfahren anhängig gemacht worden ist, fallen zahlenmäßig nicht ins Gewicht, weshalb die durch die Herabsenkung des Gebührensatzes auf 80vH (des „normalen“ Gebührensatzes) bewirkten Mindereinnahmen vernachlässigbar erscheinen. Den verringerten Gebühren im Fall der Antragszurückziehung steht die dadurch bewirkte Reduzierung der Verwaltungskosten (durch die verminderte Gebühr soll ja ein Anreiz zur Antragszurückziehung geschaffen werden, wodurch sich wiederum der Behördenaufwand verringert) gegenüber, weshalb finanzielle Auswirkungen durch diese Neuregelung kaum zu erwarten sind.

Die Neuregelung der Gebühren im Bereich der Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird hingegen jedenfalls zu Mindereinnahmen führen: Im Jahr 2005 wurden beim BVA 116 Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, 76 davon im Oberschwellenbereich, 40 im Unterschwellenbereich. Unter den – allerdings hypothetischen – Annahmen, dass die Zahl derartiger Anträge in Zukunft ähnlich ausfallen wird und dass etwa die Hälfte der eingebrachten Anträge Bauaufträge betrifft (für die eine höhere Gebühr vorgesehen ist), würden sich aus der Neuregelung Mindereinnahmen in der Höhe von ca. 150 000 Euro ergeben. Zu bedenken ist allerdings, dass die Gebühren (und zwar durch den Auftraggeber und damit letztlich durch die öffentliche Hand) in den Fällen zu ersetzen sind, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde. Durch die Neuregelung wird daher auch dieser Gebührenersatz in Zukunft entsprechend geringer ausfallen (unter Heranziehung der Prozentsätze, in denen Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Nachprüfungsanträgen im Jahr 2005 stattgegeben wurde, ist von verminderten Ausgaben in der Höhe von ca. 20 000 Euro auszugehen), was den oben veranschlagten Mindereinnahmen gegenüberzustellen ist.

Besonderer Teil

Zu Z 1 (Inhaltsverzeichnis) sowie Z 65 und Z 66 (Überschriften des 4. Teiles):

Da der 4. Teil nur ein Hauptstück hat, kann eine Gliederungsebene entfallen; gemäß den Legistischen Richtlinien (LegRL 111) ist dies die Unterabschnittsüberschrift. Die Gliederung des 4. Teiles – und damit auch das Inhaltsverzeichnis – ist daher entsprechend anzupassen.

Zu den geänderten Überschriften der §§ 72, 73, 264, 314 und 333 sowie zu den Anhängen V und VIII und die daran anknüpfenden Änderungen des Inhaltsverzeichnisses siehe Z 19, Z 52, Z 70, Z 79, Z 85 und Z 92. Zum Entfall der Überschrift Anhang XIX siehe Z 95.

Zu Z 2 (§ 2 Z 14), Z 18 (§ 70 Abs. 5) und Z 51 (§ 231 Abs. 5):

Der durch das BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, neu eingefügte § 70 Abs. 5 stellte ausweislich der Erläuterungen (RV 1171 BlgNR XXII. GP) eine Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH vom 21. Juni 2004, B 531/02-8, dar. Um allfällige Unklarheiten zu vermeiden, die aus der Frage resultieren können, wann von unterschiedlichen Befugnissen in verschiedenen Fachrichtungen auszugehen ist, soll nunmehr klargestellt werden, dass es darauf ankommt, dass jedes Mitglied die Befugnis für den Leistungsteil nachweisen kann, den es konkret erbringen wird. Bei einem heterogenen Leistungsgegenstand ist dies nicht gleichbedeutend mit der Befugnis für die Erbringung des Gesamtauftrages. Ist hingegen der Leistungsgegenstand derart homogen, dass für alle Teilleistungen dieselbe Befugnis notwendig ist, dann muss jedes Mitglied diese Befugnis nachweisen können. Das Erfordernis, dass im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat, bedeutet im Falle von Teilleistungen, für die keine Befugnis erforderlich ist, dass die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft, die diese Teilleistungen erbringen, keine Nachweise betreffend ihre Befugnis beizubringen haben. Dass Zusammenschlüsse von Unternehmern sich sowohl auf homogene (gleichartige) als auch auf heterogene (unterschiedliche) Leistungsgegenstände erstrecken können, wird für Arbeitsgemeinschaften bereits derzeit in der Definition des § 2 Z 7 zum Ausdruck gebracht und soll nunmehr (in Anlehnung an diese Bestimmung) auch für Bietergemeinschaften in der Definition des § 2 Z 14 ausdrücklich klargestellt werden.

Zu Z 3 (§ 2 Z 36, § 68 Abs. 1 Z 1 und Z 4, § 229 Abs. 1 Z 1 und Z 4):

Dadurch erfolgt eine terminologische Anpassung an das Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I Nr. 120/2005.

Zu Z 4 (§ 10 Z 17):

Durch die Änderung des Wortlautes wird klargestellt, dass mit dem in der ursprünglichen Fassung des § 10 Z 17 bezogenen „Unternehmer“ der Konzessionär gemeint ist (vgl. demgegenüber den Wortlaut von Art. 61 der RL 2004/18/EG, der auch nach Auffassung der Kommission missverständlich ist).

Zu Z 5 (§§ 12 Abs. 1 Z 1), Z 6 (§§ 12 Abs. 1 und 2, 53 Abs. 4 Z 3, 180 Abs. 1 und 2 sowie 214 Abs. 2 Z 3) und zu Z 81 (Außer-Kraft-Treten der Schwellenwertverordnung 2006):

Eine wörtliche Auslegung des § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 könnte zum Ergebnis führen, dass für Dienstleistungsaufträge, die im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung vergeben werden, immer der höhere Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 maßgeblich ist. Demgegenüber ergibt sich aus der zugrunde liegenden Regelung des Art. 7 lit. a der Richtlinie 2004/18/EG, dass sich die Sonderregelung des letzten Halbsatzes für Auftraggeber im Verteidigungsbereich nur auf (bestimmte) Lieferaufträge bezieht. Durch die Umformulierung des § 12 Abs. 1 Z 1 soll daher klargestellt werden, dass für Dienstleistungsaufträge im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung immer der niedrigere Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 1 maßgeblich ist.

Da im Zuge dieser Änderung in § 12 Abs. 1 Z 1 der durch die Schwellenwertverordnung 2006, BGBl. II Nr. 193, neu festgesetzte Schwellenwert von 137 000 Euro in das BVergG 2006 selbst übernommen wird, ist es aus systematischen Erwägungen angebracht, auch die übrigen durch die Schwellenwertverordnung 2006 neu festgesetzten Schwellenwerte ins Gesetz zu übernehmen. Die Schwellenwertverordnung 2006 kann diesfalls aufgehoben werden (siehe dazu § 345 Abs. 13 Z 3).

Zu Z 7 (§ 15 Abs. 1), Z 8 (§ 15 Abs. 2), Z 39 (§ 183 Abs. 1) und Z 40 (§ 183 Abs. 2):

Obwohl der bisherige Text des BVergG dem (deutschen) Wortlaut der Richtlinien entspricht, ist eine Klarstellung des Gesetzestextes erforderlich. Einerseits wird in den Richtlinien der Fall des „Kaufes“ nicht erwähnt (vgl. etwa Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG), obwohl gerade dies die typische Konstellation eines Lieferauftrages darstellt, andererseits warf der Begriff des „Dauerauftrages“ Abgrenzungsschwierigkeiten zum Fall des „unbefristeten Auftrages“ auf. Festzuhalten ist, dass die Regelung des Abs. 2 keinen Auffangtatbestand enthält, sondern eine *lex specialis* zu den generellen Regelungen des Abs. 1 enthält. Abs. 2 betrifft, wie ein Blick auf andere Sprachfassungen zeigt, regelmäßig wiederkehrende Leistungen (vgl. französisch: „marchés publics présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée“ bzw. englisch: „contracts which are regular in nature or which are intended to be renewed within a given period“; der Begriff „Daueraufträge“ ist demzufolge unzutreffend). Lieferaufträge, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden, unterliegen daher der Berechnungsregel des Abs. 1 Z 3. Falls ein Auftraggeber wiederkehrende Leistungen getrennt und nicht auf unbestimmte Zeit vergeben möchte, so hat er den geschätzten Gesamtauftragswert der Einzelleistung nach der Sonderregelung des Abs. 2 zu ermitteln.

Zu Z 9 (§ 16 Abs. 3) und zu Z 41 (§ 184 Abs. 3):

Die Regelung des Abs. 3 enthält eine *lex specialis* zu den generellen Regelungen des Abs. 2. Abs. 3 betrifft, wie ein Blick auf andere Sprachfassungen zeigt, regelmäßig wiederkehrende Leistungen (vgl. französisch: „marchés publics présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée“ bzw. englisch: „contracts which are regular in nature or which are intended to be renewed within a given period“; der Begriff „Daueraufträge“ ist demzufolge unzutreffend). Dienstleistungsaufträge, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden, unterliegen daher der Berechnungsregel des Abs. 2 Z 2. Falls ein Auftraggeber wiederkehrende Leistungen getrennt und nicht auf unbestimmte Zeit vergeben möchte, so hat er den geschätzten Gesamtauftragswert der Einzelleistung nach der Sonderregelung des Abs. 3 zu ermitteln.

Zu Z 10 (§ 20 Abs. 1 letzter Satz), Z 24 (§ 129 Abs. 1 Z 11), Z 42 (§ 188 Abs. 1 letzter Satz) und Z 54 (§ 269 Abs. 1 Z 7):

Durch den letzten Satzteil in § 129 Abs. 1 Z 11 bzw. § 269 Abs. 1 Z 7 wird klargestellt, dass das Unterbleiben der rechtzeitigen Antragstellung zum Ausscheiden des Angebotes führt. Es kommt somit darauf an, dass der Antrag vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt wurde, nicht darauf, ob der Nachweis der rechtzeitigen Antragstellung vor Ablauf der Angebotsfrist beigebracht worden ist. Die unterbliebene Beibringung des Nachweises ist somit ein verbesserungsfähiger Mangel, die unterbliebene oder verspätete Antragstellung hingegen nicht. Um dies klarzustellen, sind auch § 20 Abs. 1 und § 188 Abs. 1 jeweils letzter Satz zu adaptieren.

Zu Z 11 (§ 29 Abs. 2 Z 6) und Z 44 (§ 195 Z 8):

Die deutsche Sprachfassung der Richtlinie 2004/18/EG verwendet im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung in Art. 31 Abs. 2 lit. c die Wortfolge „bei auf einer Warenbörse notierten und gekauften Waren“. Demgegenüber nimmt der entsprechende Ausnahmetatbestand im Sektorenbereich gemäß Art. 40 Abs. 3 lit. h der Richtlinie 2004/17/EG auf Waren Bezug, die an „Rohstoffbörsen“ notiert und gekauft werden. Diese unterschiedliche Terminologie ist vor dem Hintergrund anderer Sprachfassungen (vgl. dazu die englische, italienische und französische Sprachfassung) nicht verständlich, da in diesen in beiden Richtlinien gleichlautend von „commodity market“, „borsa di materie prime“ bzw. „bourse de matières premières“ die Rede ist. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Vorgängerbestimmung des Art. 20 Abs. 2 lit. h der Richtlinie 93/38/EWG (die laut Korrespondenztabelle des

Anhangs XXVI der Richtlinie 2004/17/EG unverändert in Art. 40 Abs. 3 lit. h der zitierten Richtlinie übernommen wurde) auf die Lieferung von Waren Bezug nahm, die „an Börsen notiert und gekauft werden“ (ebenso im Übrigen der Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 lit. h der Richtlinie 90/531/EWG). Vor diesem Hintergrund wird – nicht zuletzt deswegen, weil die Begriffe „commodity market“, „Warenbörse“ und „Rohstoffbörse“ zwar ähnliche nicht jedoch idente Begriffsinhalte aufweisen und laut Auskunft der Kommission der Begriff „commodity market“ als inhaltlicher Leitbegriff für den fraglichen Ausnahmetatbestand diene – der Tatbestand mit jener Wortfolge umschrieben, wie dies bereits in der deutschen Fassung der Richtlinien 90/531/EWG und 93/38/EWG erfolgte. Als Waren, die an Börsen notiert und gehandelt werden, können beispielhaft angeführt werden: Strom (Nordic Nordpool), Metalle (Kupfer, Aluminium, Zinn, Zink, Blei usw.; vgl. dazu London Metal Exchange, New York, Rotterdam), Gas, Öl (light, sweet crude, brent crude), Kohle, Kaffee, Zucker, Kakao, Sojabohnen, Weizen, Blumen (vgl. dazu die Börse von Amsterdam), Orangensaft (New York Board of Trade), Schweinebäuche und Rinder (Chicago Mercantile Exchange), Gold, Platin, Silber, Palladium, Wolle (Bradford), Gummi (London) und Ethanol (New York, Chicago Board of Trade).

Zu Z 12 (§ 38 Abs. 2 Z 4):

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung soll im Unterschwellenbereich in Hinkunft auch dann möglich sein, wenn ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ohne Ergebnis geblieben ist.

Zu Z 13 (§ 41 Abs. 1) und Z 45 (§ 201 Abs. 1):

Durch die vorgeschlagene Aufnahme der §§ 132 Abs. 3 (für den klassischen Bereich) und 273 Abs. 3 (für den Sektorenbereich) in die Aufzählung der für die Direktvergabe geltenden Bestimmungen soll klar zum Ausdruck gebracht werden, dass auch bei einer Direktvergabe die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses (im Fall einer offenkundigen Unzulässigkeit) in Betracht kommt. Außerdem soll die Aufzählung des § 41 Abs. 1 um einen Verweis auf die Dokumentationsverpflichtung des § 42 Abs. 2 ergänzt werden. Der Verweis auf § 163 in der Aufzählung des § 201 Abs. 1 kann hingegen als überflüssig entfallen (siehe auch die Erläuterungen zu Z 38).

Für die Direktvergabe gelten somit im klassischen Teil – neben § 41 und dem 1. sowie 4. bis 6. Teil – lediglich die Regelungen betreffend die Definition des öffentlichen Auftraggebers (§ 3 Abs. 1), die Definition der Auftragsarten (§§ 4 bis 6), die Abgrenzungsregelungen (§ 9), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 10), die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 13 bis 16), die in § 19 Abs. 1 normierten allgemeinen Grundsätze, die Definition der Direktvergabe in § 25 Abs. 10, die Dokumentationsverpflichtung gemäß § 42 Abs. 2, die Regelung betreffend die Möglichkeit des Absehens von Eignungsnachweisen (§ 78) sowie die Regelung betreffend die Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses bei einer entsprechenden Feststellung einer Vergabekontrollbehörde gemäß § 132 Abs. 3.

Für die Direktvergabe im Sektorenteil gelten somit – neben § 201 und dem 1. sowie 4. bis 6. Teil – lediglich die Regelungen betreffend die Definition der Auftragsarten (§§ 4 bis 6), die Abgrenzungsregelungen (§ 9), die Definition der Sektorauftraggeber (§§ 164 bis 166), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 175), die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 181 bis 184), die in § 187 Abs. 1 normierten allgemeinen Grundsätze, die Definition der Direktvergabe in § 192 Abs. 9, die Regelung betreffend die Möglichkeit des Absehens vom Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (§ 235) sowie die Regelung betreffend die Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses bei einer entsprechenden Feststellung einer Vergabekontrollbehörde gemäß § 273 Abs. 3.

Zu Z 14 (§ 44 Abs. 2 bis 5), Z 46 (§ 205), Z 82 (§ 349 Abs. 1 Z 6) und Z 85 (Anhang V):

Art. 76 der RL 2004/18/EG enthält relativ detaillierte Anforderungen an die Inhalte der gemäß Art. 75 der RL 2004/18/EG zu übermittelnden statistischen Aufstellungen. Nähere Festlegungen durch die Kommission sind gemäß Art. 76 Abs. 3 der RL 2004/18/EG lediglich in den Bereichen zu treffen, in denen dies auf Grund des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass die Kommission bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt in dem dafür vorgesehenen Verfahren noch keine näheren Festlegungen getroffen hat, ist es zweckmäßig, die Inhalte der statistischen Aufstellungen unmittelbar im Gesetz zu normieren. Eine Verordnung der Bundesregierung gemäß Abs. 5 ist dementsprechend nur mehr dann (ergänzend) erforderlich, wenn und soweit die Kommission gemäß Art. 76 Abs. 3 (auf Grund des GPA) in dem dafür vorgesehenen Verfahren weitere Inhalte festlegt. Die Regelung der Inhalte in den vorgeschlagenen Abs. 2 bis 4 orientiert sich an Art. 76 Abs. 1 und 2 der RL 2004/18/EG.

Im Gegensatz zum klassischen Bereich enthält die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG keine detaillierten Angaben zu den Inhalten der zu übermittelnden statistischen Aufstellungen. Gemäß Art. 67 Abs. 1 RL 2004/17/EG ist lediglich der Gesamtwert der im Unterschwellenbereich vergebenen Aufträge aufgeschlüsselt nach den einzelnen Tätigkeitskategorien zu übermitteln. Nach Art. 67 Abs. 2 sind für bestimmte Tätigkeitskategorien diejenigen Angaben zu übermitteln, die erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Anwendung des Abkommens (gemeint: das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, GPA) zu überprüfen. Festgelegt wird in diesen Bestimmungen weiters, dass die statistischen Aufstellungen entsprechend den von der Kommission festzulegenden Modalitäten zu übermitteln sind. Angesichts der Tatsache, dass derartige Festlegungen bislang noch nicht erfolgt sind, ist es auch für den Sektorenbereich zweckmäßig, die Verpflichtung zur Übermittlung

bestimmter statistischer Aufstellungen unmittelbar im Gesetz selbst zu normieren. Als erforderliche Inhalte (im Sinne des Art. 67 Abs. 2 der RL 2004/17/EG) werden dabei für den Oberschwellenbereich die Anzahl und der Wert der vergebenen Aufträge festgelegt. Die Einschränkung auf einzelne Tätigkeitskategorien resultiert aus Art. 67 Abs. 2 erster Unterabsatz der RL 2004/17/EG. Die Ausnahmebestimmung des Abs. 3 entspricht Art. 67 Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RL 2004/17/EG. Nähere Bestimmungen sind durch Verordnung zu treffen, wenn und soweit die Kommission ihrerseits nähere Festlegungen trifft.

Auf Grund der der Änderungen der §§ 44 und 205 sind die Verweise in § 349 Abs. 1 Z 6 sowie in der Überschrift zu Anhang V entsprechend anzupassen.

Zu Z 15 (§§ 49, 50, 210 und 211):

Die Regelung in den §§ 49, 50, 210 und 211 BVergG 2006, wonach Bekanntmachungen der Kommission „unmittelbar“ zu übermitteln sind, könnte dahingehend verstanden werden, dass eine Übermittlung im Wege der Wiener Zeitung GmbH – wie sie für den Bundesbereich in der Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl. II Nr. 300, vorgesehen ist – ausgeschlossen ist. Durch den Entfall des Erfordernisses der Unmittelbarkeit sollen allfällige Bedenken gegen die in der Publikationsmedienverordnung vorgesehene Art der Übermittlung ausgeräumt werden.

Da ein Auftraggeber den Zeitpunkt, zu dem ein Vergabeverfahren eingeleitet werden soll, frei wählen kann (eine bereits erstellte Bekanntmachung kann daher auch „liegen gelassen“ und zu einem späteren Zeitpunkt übermittelt werden) und die im BVergG 2006 vorgesehenen Fristen ohnehin erst an die Bekanntmachung – und nicht an einen davor liegenden Zeitpunkt – anknüpfen, ist das Erfordernis der Unverzögerlichkeit in den §§ 50 und 211 BVergG 2006 entbehrlich.

Zu Z 16 (§ 52 Abs. 1), Z 17 (§ 55 Abs. 1), Z 47 (§ 216 Abs. 1) und Z 49 (§ 219 Abs. 2):

Durch die Umformulierung der Verordnungsermächtigung soll klargestellt werden, dass sich die in der jeweiligen Verordnung getroffenen näheren Festlegungen nicht nur auf die Übermittlung, sondern auch auf die Veröffentlichung selbst beziehen und sich nicht nur an den Auftraggeber, sondern auch an das festzulegende Publikationsmedium richten können. Festgelegt werden können etwa ein Vorrang für bestimmte Übermittlungsarten oder Anforderungen an die Veröffentlichung in zeitlicher oder technischer Hinsicht.

Zu Z 19 (§§ 72 und 73):

Da die entsprechenden Mitteilungen der Finanzbehörden (früher: Lastschriftanzeigen) nunmehr als Buchungsmitteilungen bezeichnet werden, werden § 72 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 sprachlich angepasst.

Die Regelungen des bisherigen § 73 Abs. 2 bis 5, denen zufolge ein Bieter trotz Vorliegens einer rechtskräftigen Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, seine Zuverlässigkeit glaubhaft machen kann, wird – wie dies die Rechtsprechung des VfGH und des EuGH fordert - insofern horizontalisiert, als diese Möglichkeit der Glaubhaftmachung der eigenen Zuverlässigkeit einem Bieter auch in den Fällen offen stehen soll, in denen die Zuverlässigkeit (eigentlich) auf Grund des Vorliegens einer rechtskräftigen Bestrafung bzw. festgestellten Verfehlung zu verneinen wäre.

Der Auftraggeber kann für die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit auch andere Umstände als die vorgelegten Nachweise bzw. die eingeholte Auskunft heranziehen (arg. „insbesondere“), wie etwa das aus einem früheren Vergabeverfahren stammende Wissen über das Vorliegen eines die Zuverlässigkeit des Unternehmers ausschließenden Umstandes. Ebenso können Erklärungen gemäß § 72 Abs. 3, die an Stelle eines Nachweises gemäß § 72 Abs. 2 verlangt werden, für die Beurteilung herangezogen werden.

Allerdings soll die Möglichkeit, trotz des Anscheins der Unzuverlässigkeit den Beweis der Zuverlässigkeit antreten zu können, auf bestimmte Tatbestände des § 68 Abs. 1 beschränkt werden. Eine Glaubhaftmachung der eigenen Zuverlässigkeit trotz eines eingeleiteten Konkurs- oder Insolvenzverfahrens (§ 68 Abs. 1 Z 2) oder bei vorliegender Liquidation bzw. Einstellung der gewerblichen Tätigkeit (§ 68 Abs. 1 Z 3) ist daher nicht möglich. Ebenso ist eine dem geltenden § 73 entsprechende Regelung für den Fall von Beitragsrückständen (§ 68 Abs. 1 Z 6) entbehrlich, da bestehende Beitragsrückstände ohnehin bis zum Ende der Angebotsfrist beglichen werden können und damit die Vorlage eines unbedenklichen Nachweises bewirkt werden kann (auch ist auf die Möglichkeit des Absehens vom Ausschluss gemäß § 68 Abs. 3 Z 2 hinzuweisen). Auch im Falle falscher Erklärungen gemäß § 68 Abs. 1 Z 7 ist es nicht möglich, diese (falschen) Erklärungen zu entkräften, um trotzdem von einer Zuverlässigkeit des Bieters ausgehen zu können.

Für die Beurteilung der Schwere der Straftat im Sinne des § 73 Abs. 3 kann auch auf die – gemäß den §§ 32 bis 34 des Strafgesetzbuches – StGB, BGBl. Nr. 60/1974, sowie gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes – VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005 – für die Strafbemessung bzw. die Bemessung der Verbandsgeldbuße maßgeblichen Aspekte zurückgegriffen werden, soweit diese Aspekte Rückschlüsse auf die berufliche (Un)Zuverlässigkeit des Unternehmers zulassen.

Zu Z 20 (§ 75 Abs. 5 und 6):

Da in Art. 48 Abs. 2 lit. g und h der RL 2004/18/EG lediglich von Dienstleistungserbringern und Unternehmern (gemäß der Definition des Art. 1 Abs. 8 der RL 2004/18/EG handelt es sich bei Unternehmern um Personen, die die Ausführung von Bauleistungen bzw. die Errichtung von Bauwerken anbieten, somit um Bauunternehmer),

nicht hingegen von Lieferanten die Rede ist, entfallen Z 7 und 8 des § 75 Abs. 5. Weiters vertritt die Kommission die Ansicht, dass der Nachweis gemäß Art. 48 Abs. 2 lit. i (Angabe über die zu vergebenden Subaufträge) angesichts des Wortlautes der Bestimmung nicht für Bauleistungen herangezogen werden kann; die Z 7 des § 75 Abs. 6 entfällt daher.

Zu Z 21 (§ 100):

Da die Möglichkeit der Angabe der Zuschlagskriterien im Wege der Festlegung einer Marge auch im Oberschwellenbereich zur Verfügung steht (§ 80 Abs. 3), ist es angebracht, die Regelung für den Unterschwellenbereich um einen dahingehenden Satz zu ergänzen (anderenfalls wären die Regelungen des Unterschwellenbereiches strenger ausgestaltet als jene des Oberschwellenbereiches).

Zu Z 22 (§ 118 Abs. 1):

Es soll dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, die Angebotsöffnung auch nicht unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist festzusetzen, damit bei mehreren parallel laufenden Ausschreibungen alle Bieter an allen Angebotsöffnungen teilnehmen können.

Zu Z 23 (§ 118 Abs. 3):

Durch die Einfügung des Wortes „tunlichst“ soll sichergestellt werden, dass in den Fällen, in denen die Identität des Bieters, der gemäß § 129 Abs. 3 vom Ausscheiden seines Angebotes zu verständigen ist, auf dem Umschlag eines Angebotes nicht ersichtlich ist und eine Verständigung ohne Öffnung des Angebotes somit unmöglich wäre, eine Verständigung erfolgen kann. Die allfällige Öffnung eines verspätet eingelangten Angebotes ändert nichts daran, dass das Angebot nicht weiter zu behandeln ist (insbesondere findet daher keine Verlesung der Angaben gemäß § 118 Abs. 5 statt).

Zu Z 25 (§ 140 Abs. 2):

Vor Ablauf der Angebotsfrist musste bislang ein Auftraggeber die Widerrufsentscheidung in derselben Art bekannt machen wie die Ausschreibung. Dies galt auch für die Fälle, in denen der Auftraggeber in einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren die Auswahl der Teilnehmer bereits getroffen hat und daher nur mehr ein beschränkter Kreis von Unternehmern am Verfahren teilnimmt. Da dieser Fall strukturell mit der Phase nach Ablauf der Angebotsfrist vergleichbar ist, wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, statt einer Bekanntmachung die Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmern (das sind in Anlehnung an die Erläuterungen zum § 131 Abs. 1 BVergG 2006 RV 1171 BlgNR XXII. GP, die zugelassenen Unternehmer bzw. diejenigen Unternehmer, deren Nicht-Zulassung noch nicht rechtskräftig geworden ist) mitzuteilen. Für eine solche Mitteilung gelten die Vorgaben des Abs. 1 zweiter bis vierter Satz sinngemäß.

Zu Z 26 (§ 140 Abs. 6 bis 10), Z 29 (§ 147 Abs. 8), Z 57 (§ 279 Abs. 6 bis 10) und Z 59 (§ 282 Abs. 8):

In § 140 Abs. 6 und § 279 Abs. 6 wird jeweils klargestellt, dass sich das Verbot der Öffnung bereits eingelangter Angebote ausschließlich auf Angebote im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Verfahren bezieht und nicht auf Angebote in einem neuen (parallel eingeleiteten) Verfahren betreffend dringliche Beschaffungen.

Die Neufassung des bisherigen Abs. 7 durch drei neue Absätze (Abs. 7 bis 9) in den §§ 140 und 279 stellt eine Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH vom 19.6.2006, B 3378/05-9 dar, in dem dieser festgehalten hat, dass seiner Auffassung nach die Aussagen des EuGH in den Rs C-92/00, HI Hospital Ingenieure, und C-15/04, Koppensteiner, „nicht auf Vergaben im Unterschwellenbereich übertragen werden können, da das Gemeinschaftsrecht, insbesondere auch die Rechtsmittel-Richtlinie, keine Anordnungen für den Unterschwellenbereich trifft. Zwar gelten allgemeine gemeinschaftliche Grundsätze, wie etwa das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG, auch für den Unterschwellenbereich, doch ist die Frage der Anfechtbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers, eine Ausschreibung zu widerrufen, nicht von diesen allgemeinen Grundsätzen erfasst. ... Wie bereits in diesen Erkenntnissen [Anmerkung: VfSlg. 16.027/2000 und 16.445/2002] zum Ausdruck kam, ist der Gesetzgeber nicht gehalten, für Vergaben im Unterschwellenbereich einen gleich umfangreichen Rechtsschutz wie in Fällen des Oberschwellenbereichs zu gewähren. Wenn der Landesgesetzgeber daher den Rechtsschutz beim Widerruf der Ausschreibung auf Feststellung und Schadenersatz beschränkt und keine Nachprüfung zulässt, so ist dies für den Oberschwellenbereich auf Grund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unbeachtlich. Im Unterschwellenbereich ist die gesetzliche Regelung hingegen wirksam, begegnet aber keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“

Gemäß § 140 Abs. 8 bzw. § 279 Abs. 8 muss der Auftraggeber im Unterschwellenbereich das Verfahren gemäß den jeweiligen Abs. 1 bis 7 nicht einhalten, sondern kann – ohne Bekanntmachung oder Mitteilung einer bekämpfbaren Widerrufsentscheidung und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist – unmittelbar den Widerruf erklären und das Vergabeverfahren dadurch beenden. Die Entscheidung über die Vorgangsweise obliegt dem freien Ermessen des Auftraggebers. Aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen ergibt sich aber auch, dass ein Auftraggeber – ohne dazu verpflichtet zu sein – das Verfahren der Abs. 1 bis 7 auch im Unterschwellenbereich einhalten und eine gesondert anfechtbare Widerrufsentscheidung erlassen kann. Dies kann etwa dann sinnvoll sein, wenn das Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne des § 138 fraglich ist und der Auftraggeber die Gefahr möglicher Schadenersatzansprüche hintanhaltend möchte. Wird nämlich im Unterschwellenbereich der Widerruf unmittelbar erklärt, so kann ein Bieter die Feststellung beantragen, dass die

Erklärung des Widerrufs rechtswidrig war, etwa weil kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorlag. Wird hingegen vor der Erklärung des Widerrufs eine gesondert anfechtbare Widerrufsentscheidung erlassen, so muss diese angefochten werden, da ansonsten ein Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs. 5 unzulässig wäre.

Die getroffene Regelung ändert zwar nichts daran, dass die Widerrufsentscheidung grundsätzlich eine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, allerdings werden die Fälle, in denen eine solche Widerrufsentscheidung getroffen werden muss, eingeschränkt. Wenn der Auftraggeber ohne vorherige Widerrufsentscheidung unmittelbar den Widerruf des Vergabeverfahrens erklärt, dann kommt ein Nachprüfungsverfahren per se nicht mehr in Frage, da sich das Verfahren damit in der Phase nach Erklärung des Widerrufs befindet. Für den Auftraggeber bedeutet dies, dass er seine Absicht (nämlich entweder eine anfechtbare Widerrufsentscheidung zu erlassen oder den Widerruf zu erklären) hinreichend klar zum Ausdruck bringen muss. Wenn sich der Auftraggeber für die Erlassung einer Widerrufsentscheidung entscheidet, dann richtet sich der Rechtsschutz wie schon bisher nach den entsprechenden Regelungen des 4. Teils des BVergG bzw. den entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen. Die für das Verfahren der Nachprüfung einer Widerrufsentscheidung maßgeblichen Regelungen bleiben von der vorgeschlagenen Neuerung somit unberührt.

Um keine Missverständnisse darüber aufkommen zu lassen, dass die vorgeschlagenen Neuerungen auch für den Abbruch einer elektronischen Auktion sinngemäß anwendbar sind, werden § 147 Abs. 8 und § 282 Abs. 8 entsprechend umformuliert.

Zu Z 27 (§ 141 Abs. 1), Z 28 (§ 142 Abs. 3) und Z 58 (§ 280 Abs. 1):

Da kein Grund ersichtlich ist warum bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen bzw. bei der Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht selbst Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 sind, die in § 140 Abs. 10 (bzw. § 279 Abs. 10) normierte Rechtsfolge, dass bei Vorliegen eines entsprechenden Feststellungsbescheides das Verfahren als widerrufen gilt, nicht gelten soll, werden die Aufzählungen der geltenden Paragraphen in § 141 Abs. 1 bzw. § 142 Abs. 3 entsprechend ergänzt. Weiters werden – in Anlehnung an die Regelung des § 159 Abs. 1 betreffend den wettbewerblichen Dialog – die jeweiligen Aufzählungen um einen Verweis auf § 20 Abs. 2, und 5 ergänzt.

Im Sektorenbereich werden die Regelungen betreffend die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen wie die Regelungen des klassischen Bereiches ergänzt. In der Aufzählung des § 280 Abs. 1 entfällt der Verweis auf § 163 (siehe dazu die Erläuterungen zu Z 38).

Die Aufzählung der anwendbaren Bestimmungen in § 142 Abs. 3 wird schließlich noch um einen Verweis auf die Definition des Bauauftrages, die Abgrenzungsregeln sowie die Ausnahmen ergänzt.

Für die Vergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen im klassischen Teil gelten somit (neben dem 4. bis 6. Teil) der 1. Teil mit Ausnahme der Definition der (insbesondere: gesondert anfechtbaren) Entscheidungen (§ 2 Z 16), die Regelungen betreffend die Definition des öffentlichen Auftraggebers (§ 3 Abs. 1), die Definition des Dienstleistungsauftrages (§ 6), die Abgrenzungsregelungen (§ 9), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 10), die für Dienstleistungsaufträge maßgeblichen Schwellenwerte (§ 12 Abs. 1 und 3), die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 13 und 16), die Regelungen betreffend Arbeits- und Bietergemeinschaften (§ 20 Abs. 2 und 3), die Vorarbeitenregelung (§ 20 Abs. 5), die Regelung betreffend vorbehaltenen Aufträge für geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe (§ 21), die Statistikverpflichtungen gemäß § 44, die Regelung betreffend die freiwillige Bekanntmachung gemäß § 49, die Regelung über die technischen Spezifikationen (§ 98), die Regelung betreffend die Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses bei einer entsprechenden Feststellung einer Vergabekontrollbehörde gemäß § 132 Abs. 3, die Regelung betreffend den ex lege Widerruf des Verfahrens bei einer entsprechenden Feststellung der Vergabekontrollbehörde gemäß § 140 Abs. 10 sowie die restlichen Absätze des § 141.

Für die Vergabe von Bauaufträgen durch Baukonzessionäre, die selbst nicht Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 sind gelten (neben dem 4. bis 6. Teil sowie den Vorschriften, auf die im 2. Abschnitt des 4. Hauptstücks verwiesen wird) der 1. Teil mit Ausnahme der Definition der (insbesondere: gesondert anfechtbaren) Entscheidungen (§ 2 Z 16), die Regelungen betreffend die Erteilung von Baukonzessionen gemäß § 3 Abs. 4, die Definition des Bauauftrages (§ 4), die Abgrenzungsregelung (§ 9 Abs. 2), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 10), die für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwerte sowie Berechnungsregelungen (§§ 12 bis 14), die in § 19 Abs. 1 normierten allgemeinen Grundsätze, die Regelungen betreffend Arbeits- und Bietergemeinschaften (§ 20 Abs. 2 und 3), die Vorarbeitenregelung (§ 20 Abs. 5), die Regelung betreffend die Vertraulichkeit von Unterlagen bzw. die Verwertungsrechte (§ 23), die Regelung betreffend die freiwillige Bekanntmachung gemäß § 49, die für den Unterschwellenbereich maßgeblichen Bekanntmachungsbestimmungen (§ 55), die Regelung betreffend die Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses bei einer entsprechenden Feststellung einer Vergabekontrollbehörde gemäß § 132 Abs. 3 sowie die Regelung betreffend den ex lege Widerruf des Verfahrens bei einer entsprechenden Feststellung der Vergabekontrollbehörde gemäß § 140 Abs. 10.

Für die Vergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen im Sektorenteil gelten somit (neben dem 4. bis 6. Teil) der 1. Teil mit Ausnahme der Definition der (insbesondere: gesondert anfechtbaren) Entscheidungen (§ 2 Z 16), die Definition des Dienstleistungsauftrages (§ 6), die Abgrenzungsregelungen (§ 9), die Regelungen betreffend die Definition der Sektorauftraggeber (§§ 164 bis 166), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 175), die für Dienstleistungsaufträge maßgeblichen Schwellenwerte (§ 180 Abs. 1 und 3), die Bestimmungen über die

Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 184), die Regelungen betreffend Arbeits- und Bietergemeinschaften (§ 188 Abs. 2 und 3), die Vorarbeitenregelung (§ 188 Abs. 5), die Regelung betreffend vorbehaltenen Aufträge für geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe (§ 189), die Statistikverpflichtungen gemäß § 205, die Regelung betreffend die freiwillige Bekanntmachung gemäß § 210, die Regelung über die technischen Spezifikationen (§ 247), die Regelung betreffend die Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses bei einer entsprechenden Feststellung einer Vergabekontrollbehörde gemäß § 273 Abs. 3, die Regelung betreffend den ex lege Widerruf des Verfahrens bei einer entsprechenden Feststellung der Vergabekontrollbehörde gemäß § 279 Abs. 10 sowie die restlichen Absätze des § 280.

Zu Z 30 (§ 150), Z 33 (§ 156) und Z 62 (§ 288):

Durch die Umformulierung der §§ 150, 156 und 288 soll klargestellt werden, dass für eine Auftragsvergabe auf Grund einer Rahmenvereinbarung (bzw. eines dynamischen Beschaffungssystems) Abweichungen von den ansonsten anwendbaren Regelungen des BVergG 2006 nur insoweit bestehen, als dies für die erste Stufe (Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems) in den §§ 151, 157 oder 289 bzw. für die zweite Stufe (Vergabe des konkreten, auf der Rahmenvereinbarung bzw. dem dynamischen Beschaffungssystem beruhenden Auftrags) in den §§ 152, 158 oder 290 vorgesehen ist.

Zu Z 31 (§ 153) und Z 60 (§ 285):

Auch für Wettbewerbe soll gelten, dass Unternehmer, die an der Erarbeitung der Wettbewerbsunterlagen unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, unter den in § 20 Abs. 5 (bzw. § 188 Abs. 5) genannten Bedingungen auszuschließen sind.

Soweit zwar keine Vorarbeitenproblematik im Sinne des § 20 Abs. 5 (bzw. § 188 Abs. 5) besteht, aber Umstände auftreten, die zu Zweifeln an der Unbefangenheit eines Vorprüfers oder Preisrichters Anlass geben können (z.B. wenn sich nahe Angehörige um die Teilnahme am Wettbewerb bewerben oder Wettbewerbsarbeiten eingereicht haben oder Beteiligungsverhältnisse oder berufsrechtliche Abhängigkeitsverhältnisse zu Bewerbern bzw. Wettbewerbsteilnehmern seine Unbefangenheit in Frage stellen), sollte für diesen Fall (etwa in der Wettbewerbsordnung) die Beiziehung eines anderen Vorprüfers bzw. eines Ersatzpreisrichters vorgesehen werden. Dieser Lösungsansatz wird vor allem in geladenen und nicht offenen Wettbewerben zu erwägen sein – in offenen Wettbewerben wegen der Anonymität der Wettbewerbsarbeiten hingegen nur dann, wenn der Vorprüfer bzw. ein Mitglied des Preisgerichtes schon auf Grund von Form und Inhalt einer Wettbewerbsarbeit seine Befangenheit erkennt und rechtzeitig offenbart.

Zu Z 32 (§ 155 Abs. 11), Z 35 (§ 162 Abs. 6), Z 61 (§ 287 Abs. 11), Z 63 (§ 289 Abs. 10) und Z 64 (§ 290 Abs. 7):

Derzeit ist in den §§ 155 Abs. 11, 162 Abs. 6, 287 Abs. 11, 289 Abs. 10 und 290 Abs. 7 lediglich davon die Rede, dass für die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung § 140 (bzw. § 279) gilt; dies hat zur Folge, dass die Geltung derjenigen Bestimmungen des § 140 (bzw. des § 279), die nicht die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung zum Gegenstand haben (wie etwa der jeweilige – nunmehrige – Abs. 10), zumindest fraglich ist. Durch die Neufassung soll nunmehr klar zum Ausdruck gebracht werden, dass der gesamte § 140 (bzw. § 279) in den jeweiligen Sonderverfahren anwendbar ist.

Zu Z 34 (§ 162 Abs. 4):

Durch die Umformulierung soll klargestellt werden, dass auch § 132 Abs. 3 bei einem wettbewerblichen Dialog gilt.

Zu Z 36 (§ 166 Abs. 2):

§ 166 Abs. 2 enthält die Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte. Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2004/17/EG hält dazu fest: „Eine angemessene Definition der besonderen und der ausschließlichen Rechte ist geboten. Diese Definition hat zur Folge, dass es für sich genommen noch kein besonderes und ausschließliches Recht im Sinne dieser Richtlinie darstellt, wenn ein Auftraggeber zum Bau eines Netzes oder der Einrichtung von Flughafen- bzw. Hafenanlagen Vorteil aus Enteignungsverfahren oder Nutzungsrechten ziehen kann oder Netzeinrichtungen auf, unter oder über dem öffentlichen Wegenetz anbringen darf. Auch die Tatsache, dass ein Auftraggeber ein Netz mit Trinkwasser, Elektrizität, Gas oder Wärme versorgt, das seinerseits von einem Auftraggeber betrieben wird, der von einer zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats gewährte besondere oder ausschließliche Rechte genießt, stellt für sich betrachtet noch kein besonderes und ausschließliches Recht im Sinne der vorliegenden Richtlinie dar. Räumt ein Mitgliedstaat einer begrenzten Zahl von Unternehmen in beliebiger Form, auch über Konzessionen, Rechte auf der Grundlage objektiver, verhältnismäßiger und nicht diskriminierender Kriterien ein, die allen interessierten Kreisen, die sie erfüllen, die Möglichkeit zur Inanspruchnahme solcher Rechte bietet, so dürfen diese ebenso wenig als besondere oder ausschließliche Rechte betrachtet werden.“

Die Neufassung der Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte in Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG verfolgte das erklärte Ziel, eine Angleichung der Definition der Richtlinie an die Judikatur des EuGH (Rs C-302/94, *The Queen gegen Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc.*, Slg. 1996, I-6417) zu diesem Begriff vorzunehmen (so ausdrücklich Pkt. 2.4.3. der Erläuterungen zum ersten Richtlinienentwurf der Kommission, KOM(2000)276; vgl. ferner die Begründung

der Ablehnung von Abänderung 14 des EP in KOM(2002)235). Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die deutsche Sprachfassung der Richtlinie 2004/17/EG insofern verfehlt ist, als hinsichtlich der Gewährung von besonderen und ausschließlichen Rechten auf die Gewährung mittels „Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ abgestellt wird. Wie ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen belegt (vgl. englisch: „rights granted ... by way of any legislative, regulatory or administrative provision“; französisch: „des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative“; italienisch: „diritti speciali o esclusivi sono diritti, concessi da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa“) kann die Gewährung auch mittels jeglicher sonstiger Verwaltungsmaßnahme, d.h. auch durch Bescheid, erfolgen. Darüber hinaus folgt aus dem Erkenntnis C-304/92, dass die Übertragung auch durch zivilrechtlichen Vertrag erfolgen könnte, denn der EuGH hat im zitierten Erkenntnis nicht auf eine spezifische Form der Gewährung (bzw. Übertragung oder Einräumung) abgestellt und bereits die Absicht der Behörden, keine weiteren Genehmigungen erteilen zu wollen, als „Gewährung“ besonderer oder ausschließlicher Rechte qualifiziert (vgl. Rz 43f aaO). In diesem Sinne folgt auch aus Erwägungsgrund 25 der Richtlinie (arg. „in beliebiger Form“, „in any form“, „sous quelque forme que ce soit“), dass besondere und ausschließliche Rechte in beliebiger Form gewährt werden können. Es kommt darauf an, ob es sich um Rechte handelt, die die Behörden eines Mitgliedstaats einem Unternehmen oder einer begrenzten Zahl von Unternehmen gewähren, ohne sich dabei an objektive, angemessene und nichtdiskriminierende Kriterien zu halten, und die die Fähigkeit anderer Unternehmen, im selben Gebiet zu im wesentlichen gleichen Bedingungen die betreffende Sektorentätigkeit auszuüben, wesentlich beeinträchtigen.

In diesem Zusammenhang wird ferner auf die Erläuterungen zu § 3 Abs. 5 verwiesen.

Zu Z 37 (§ 175 Z 14):

Diese Regelung setzt Art. 19 der RL 2004/17/EG um und enthält den bereits bisher existierenden Ausnahmetatbestand hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen zum Zweck der Weiterveräußerung oder der Vermietung an Dritte. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass diese Ausnahmeregelung nicht bloß auf Warenlieferungen sondern auch auf Dienstleistungs- und Bauaufträge anwendbar ist. Dies folgt aus der systematischen Einordnung des zitierten Art. 19 in Kapitel II der Richtlinie („Schwellenwerte und Ausnahmen“) Unterabschnitt 2 des Abschnittes 2 („Ausnahmebestimmungen, die auf alle Auftraggeber und auf alle Aufträge anwendbar sind“).

Zu Z 38 (§ 177 erster Satz und § 285):

Die Anführung des § 163 in den jeweiligen Aufzählungen ist entbehrlich und könnte darüber hinaus Anlass zu Missverständnissen geben, da darin jeweils normiert wird, dass für Vergabeverfahren von Sektorenauftraggeber dieses Bundesgesetz (lediglich mit Ausnahme des 2. Teiles) gilt. In den Sonderbestimmungen der §§ 177 (Konzessionsverträge) sowie 285 (Wettbewerbe) wird der Geltungsbereich des BVergG aber eben weiter eingeschränkt; siehe auch die ebenfalls abgeänderten Aufzählungen in den §§ 201 Abs. 1 (Z 45) und 280 Abs. 1 (Z 58).

Zu Z 43 (§ 195 Z 3):

Da auch in Art. 40 Abs. 3 lit. c der RL 2004/17/EG von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer die Rede ist, soll § 195 Z 3 entsprechend geändert werden. Hinzuweisen ist auch auf das einschlägige Erkenntnis des EuGH vom 2.6.2005 in der Rs C-394/02, Kommission gegen Griechenland, Slg 2005, I-4713. Danach unterliegt die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung zwei Voraussetzungen, die kumulativ zu erfüllen sind: Zum einen müssen die Arbeiten, die Gegenstand des Auftrags sind, eine technische Besonderheit aufweisen, und zum anderen muss es aufgrund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben. Selbst wenn die fraglichen Arbeiten eine technische Besonderheit aufweisen, so muss der Auftraggeber, der diese Bestimmung anwenden möchte, darlegen können, dass nur ein einziges Unternehmen in der Gemeinschaft über das notwendige Know-how zur Ausführung der fraglichen Arbeiten verfügt (so Rz 34ff des Erkenntnisses). Wendet sich daher der Auftraggeber im Vorfeld der Vergabe an andere Unternehmen, so wertet der Gerichtshof dies als Indiz, dass der Auftraggeber selbst davon ausging, dass die fraglichen Arbeiten grundsätzlich auch von anderen Unternehmen ausgeführt werden könnte. Auch die Tatsache, dass in der Vergangenheit Vergabeverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung eingeleitet wurden, bei denen es um ähnliche Arbeiten ging und die in derselben Anlage zu verrichten waren, spricht gegen die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb.

Zu Z 48 (§ 219 Abs. 1) und Z 94 (Anhang XV):

Die diesbezügliche Sektorenbestimmung soll der Regelung des klassischen Teils angeglichen werden (§ 55 Abs. 4).

Zu Z 50 (§ 229 Abs. 2):

Die diesbezügliche Sektorenbestimmung soll der Regelung des klassischen Teils angeglichen werden (§ 68 Abs. 2 und 3).

Zu Z 52 (§ 264 samt Überschrift):

§ 264, der sich derzeit auf eine Regelung betreffend die Angebotsöffnung beschränkt, wird um – an § 117 angelehnte – grundsätzliche Vorgaben betreffend die Entgegennahme und Verwahrung der Angebote ergänzt.

Zu Z 53 (§ 268 Abs. 2):

Da im Sektorenteil keine Regelung betreffend die Angabe der als wesentlich geltenden Positionen enthalten ist (vgl. demgegenüber im klassischen Teil § 80 Abs. 4), ist in § 268 Abs. 2 Z 2 vorgesehen, dass bei zu hohen oder zu niedrigen Einheitspreisen (in egal welcher Position) der Sektorenauftraggeber vertieft prüfen muss. Dadurch ist die Regelung für Sektorenauftraggeber aber strenger als für öffentliche Auftraggeber (die nur bei zu hohen oder zu niedrigen Einheitspreisen in wesentlichen Positionen vertieft prüfen müssen). Um diese Inkonsistenz zu beseitigen, soll die Z 2 des § 268 Abs. 2 entfallen.

Zu Z 55 (§ 276):

Hierdurch erfolgt eine Angleichung der Sektorenbestimmung an die Regelung des klassischen Teils (§ 135).

Zu Z 56 (§ 277 Abs. 2):

Hierdurch erfolgt eine Angleichung der Sektorenbestimmung an die Regelung des klassischen Teils (§ 137).

Zu Z 67 (§ 307):

In Anlehnung an die Regelung im UBASG, im VwGG oder in den Landesgesetzen betreffend die unabhängigen Verwaltungssenaten sollen die Aufgaben der Vollversammlung (sowie der Bedienstetenversammlung) des Bundesvergabeamtes im Gesetz taxativ aufgezählt werden. Daraus ergibt sich eine subsidiäre Zuständigkeit des Vorsitzenden hinsichtlich aller nicht angeführten Aufgaben, die zur Leitung des Bundesvergabeamtes zu zählen sind.

Zu Z 68 (§ 312 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2) und Z 69 (§ 312 Abs. 3 Z 3 lit. b):

Die Regelung des § 312 Abs. 3 Z 3 lit. b wird um einen Verweis auf die zu diesem Bundesgesetz ergangenen Verordnungen und das unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrecht ergänzt und damit an die Regelung in § 312 Abs. 2, Abs. 3 Z 1 und Abs. 4 Z 1 angeglichen.

In § 312 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2 ist jeweils nur vom Bundesgesetz und den hierzu ergangenen Verordnungen die Rede, nicht jedoch vom unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrecht. Aus Gründen der Einfachheit soll in diesen Regelungen lediglich von den „entsprechenden Bestimmungen“ gesprochen werden; entsprechende Bestimmungen im Sinne des vorgeschlagenen § 312 Abs. 3 Z 2 und Abs. 4 Z 2 sind die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts, deren Verstoß Gegenstand eines Verfahrens gemäß der jeweiligen Z 1 ist.

Zu Z 70 (§ 314 samt Überschrift):

Das AVG sieht Zeugengebühren nur im Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten vor. Diese Sonderstellung ist in Zusammenhang damit zu sehen, dass gemäß § 19 Abs. 1 zweiter Satz AVG im Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten auch Personen geladen werden können, die ihren Aufenthalt (Sitz) außerhalb des Amtsbereiches des unabhängigen Verwaltungssenates haben. Außerdem normiert § 67g AVG den Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens. Da das Bundesvergabeamt Personen laden darf, die ihren Aufenthalt (Sitz) außerhalb des Bundesgebietes haben und § 67g AVG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt anzuwenden ist, ist es angebracht, auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt Zeugengebühren einzuführen.

Zu Z 71 (§ 318), Z 83 (Entfall des § 349 Abs. 3) und Z 95 (Entfall des Anhangs XIX):

Aus Anlass des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes G 154/05, V 118/05 wird die Gebührenregelung des BVergG 2006 einer Neuregelung unterzogen. Die grundsätzliche Festlegung der gebührenpflichtigen Anträge (§§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2) bleibt davon ebenso unberührt wie die Befreiung von einer Gebührenpflicht nach dem Gebührengesetz (Abs. 2).

Die erstmalige Festsetzung der Gebühren in einem Anhang zum Gesetz entfällt (Anhang XIX wird daher aufgehoben), vielmehr beinhaltet der Vorschlag eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung. (Gemäß § 345 Abs. 13 Z 2 dritter Satz gelten die Gebührensätze des Anhangs XIX bis zur Erlassung einer entsprechenden Verordnung als gemäß § 318 Abs. 1 festgesetzte Gebührensätze.) Die durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätze können nach objektiven Merkmalen gestaffelt werden, einzelne mögliche Merkmale, die für eine Abstufung herangezogen werden können, werden im Gesetz demonstrativ genannt. Zu diesen Merkmalen ist anzumerken, dass Anträge im Zusammenhang mit Bauaufträgen zumindest im Regelfall einen komplexeren Verfahrensgegenstand nach sich ziehen als dies bei Lieferungen oder Dienstleistungen der Fall ist, wobei geistige Dienstleistungen wiederum als komplexer anzusehen sind als „sonstige“ Dienstleistungen. Weiters kann man bei einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgehen, dass so genannte beschränkte Verfahren mit weniger Teilnehmern und daher weniger umfangreichen Unterlagen einen geringeren Verfahrensaufwand mit sich bringen als offene Verfahren. Schließlich ist zu beachten, dass der Nutzen eines Rechtsschutzverfahrens bei einem Verfahren im Oberschwellenbereich (auf Grund der regelmäßig höheren Gewinnspanne) für den Antragsteller größer ist als bei einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Die Ermächtigung zur erstmaligen Festsetzung der Gebührensätze beinhaltet auch eine Ermächtigung zur Abänderung der Gebührensätze, wenn eine Änderung objektiver Merkmale dies geboten erscheinen lässt.

Neben einer Änderung der Gebührensätze auf Grund einer Änderung der zugrunde liegenden Parameter ist eine Änderung der Gebührensätze zusätzlich (arg.: „jedenfalls dann“) vorgesehen, wenn sich der

Verbraucherpreisindex gegenüber der letzten Festsetzung um mehr als 10% geändert hat. Die Regelung über die Neufestsetzung der Gebührensätze im Hinblick auf eine Wertsicherung lehnt sich an die Regelung des § 24 Abs. 3 Z 2 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10, bzw. des § 17a Z 1 des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953 (VfGG), BGBl. Nr. 85, betreffend die Neufestsetzung der Eingabengebühren in den Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts an. Entsprechend diesen Vorbildregelungen richtet sich das Ausmaß der Änderung bei einer Neufestsetzung der Gebührensätze nach dem Verhältnis der der letzten Festsetzung zugrunde gelegten Indexzahl (bis zu ersten Neufestsetzung ist dies die für Juni 2007 verlaubarde Indexzahl) zu der für die Neufestsetzung maßgeblichen Indexzahl. Angesichts dieser Neuregelung kann die Verordnungsermächtigung des § 349 Abs. 3 entfallen.

Die Z 2 und 3 des § 318 Abs. 1 entsprechen den bisherigen Abs. 3 und 4 des § 318 BVergG 2006; die Z 6 entspricht dem bisherigen § 318 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006.

Die Z 4, 5 und 7 des § 318 Abs. 1 stellen die Reaktion auf die bezogene Judikatur des Verfassungsgerichtshofes dar: Demnach ist für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Gebühr in der Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten, für jeden weiteren Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag eines Antragstellers, der in diesem Vergabeverfahren bereits einen Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag eingebracht hat, eine Gebühr in der Höhe von 80% der festgesetzten Gebühr. Gemäß Z 7 besteht bei einer rechtzeitigen Zurückziehung des Antrags ein Rückerstattungsanspruch in der Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr.

Zu Z 72 (§ 320 Abs. 2):

Durch die vorgeschlagene Umformulierung soll klargestellt werden, dass in diesem Fall nur ein – auch nur einmal zu vergebührender – Antrag gestellt werden muss. Der Fristenlauf beginnt erst mit Kenntnis von der Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung.

Zu Z 73 (§ 320 Abs. 4):

Die Geheimhaltungspflichten der §§ 101 Abs. 2, 104 Abs. 3, 105 Abs. 6, 249 Abs. 2, 253 Abs. 3 und 254 Abs. 6 richten sich an den Auftraggeber; eine Pflicht zur Bedachtnahme auf die Geheimhaltung in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt kann demgegenüber Unklarheiten aufwerfen; der Verweis auf die Geheimhaltungspflichten im Zusammenhang mit der Verfahrensverbindung soll daher entfallen.

Zu Z 74 (§ 321 Abs. 1 Z 2):

Die Bestimmung wurde ergänzt, da auch bei einer kumulierten Fristverkürzung im Sektorenbereich die Antragsfrist nur sieben Tage betragen soll.

Zu Z 75 (§ 321 Abs. 2):

Die derzeitige Formulierung in § 321 Abs. 2, wonach ein Antrag binnen drei (sieben) Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen ist, ist missverständlich. Der Sache nach wird in § 321 Abs. 2 nämlich keine Frist, die ab einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen beginnt, normiert, sondern ein Endzeitpunkt, bis zu dem eine bestimmte Handlung spätestens gesetzt werden muss. Dies soll durch die vorgeschlagene Umformulierung klarer zum Ausdruck gebracht werden. Spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bedeutet, dass bei einem Ablauf der Angebotsfrist beispielsweise am 16. August der Antrag spätestens am 13. August eingebracht werden muss.

Zu Z 76 (§ 322 Abs. 3) und Z 78 (§ 332):

Die §§ 80 Abs. 1 und 237 Abs. 1 sehen vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung anzugeben ist, welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle des Vergabeverfahrens zuständig ist. Eine unrichtige Angabe ist allerdings nicht zuständigkeit begründend (wird seitens eines Auftraggebers aus dem Vollziehungsbereich des Bundes etwa ein unabhängiger Verwaltungssenat als zuständige Vergabekontrollbehörde angegeben, so ändert das nichts daran, dass das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde ist). Allerdings kann eine unrichtige Angabe dazu führen, dass ein Antrag bei einer unzuständigen Behörde eingebracht wird und erst – auf Gefahr des Antragstellers – an die zuständige Behörde weitergeleitet werden muss, was wiederum zu einer Fristversäumung führen kann. Aus diesem Grund sehen die §§ 322 Abs. 3 und 332 Abs. 4 vor, dass die Fristen für Nachprüfungs- bzw. Feststellungsanträge auch dann gewahrt sind, wenn ein Antrag bei einer in der Ausschreibung angegebenen – allerdings unzuständigen – Behörde eingebracht wird. Die vorgeschlagene Regelung lehnt sich an § 61 Abs. 4 AVG an.

Zu Z 77 (§ 331 Abs. 2):

Auch für Anträge gemäß § 331 Abs. 2 soll der (drohende) Schaden als Prozessvoraussetzung normiert werden.

Zu Z 78 (§ 332):

Auf Grund der Änderung des § 331 Abs. 2 ist in § 332 Abs. 1 Z 5 nunmehr auch auf den drohenden Schaden abzustellen.

Gemäß dem bisherigen § 332 Abs. 2 BVergG 2006 betragen sowohl die subjektive als auch die objektive Antragsfrist sechs Monate; zudem knüpften beide Fristen (von einem Feststellungsantrag betreffend die Wahl des Vergabeverfahrens gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 abgesehen) an das gleiche Ereignis (Zuschlag bzw. Widerruf)

an. Da der Zeitpunkt der Kenntnis von einem Ereignis nicht vor dem Eintreten des Ereignisses selbst liegen kann, ist nach der geltenden Regelung des § 332 Abs. 2 – zumindest in den überwiegenden Fällen – immer die objektive Frist (somit sechs Monate nach Widerruf oder Zuschlagserteilung) maßgeblich; die Normierung der subjektiven Frist im ersten Halbsatz des § 332 Abs. 2 wäre daher nur in den (wohl eher seltenen) Fällen von Bedeutung, in denen es um die rechtswidrige Wahl des Vergabeverfahrens geht. Durch die Änderung des § 332 Abs. 2 soll daher wieder (wie in § 168 Abs. 2 BVergG 2002) eine subjektive Anfechtungsfrist von sechs Wochen vorgesehen werden.

§ 332 Abs. 3 entspricht der geltenden Regelung, der neue Abs. 5 entspricht dem bisherigen § 332 Abs. 4 BVergG 2006. Zum neu eingefügten Abs. 4 siehe die Erläuterungen zu Z 76. Im Abs. 6 ist nunmehr die Unzulässigkeit des Antrags auch bei einer nicht ordnungsgemäßen Vergebührung eines Antrages gemäß § 331 Abs. 2 vorgesehen.

Zu Z 79 (§ 333 samt Überschrift):

Da mit Erlassung eines Feststellungsbescheides gemäß § 312 Abs. 5 das Verfahren ex lege als widerrufen gilt, entfaltet dieser Bescheid Wirkungen gegenüber allen Teilnehmern an einem Verfahren; daher soll auch allen im Verfahren verbliebenen Bietern (das sind in Anlehnung an die Erläuterungen zum § 131 Abs. 1 BVergG 2006 RV 1171 BlgNR XXII. GP, jene Bieter, die ihre Teilnahme noch nicht selbst beendet haben oder deren Teilnahme am Verfahren noch nicht rechtskräftig beendet worden ist) zur Erlassung dieses Bescheides Parteistellung eingeräumt werden.

Da im materiellrechtlichen Teil des BVergG 2006 an Feststellungen auf Grund von Anträgen gemäß § 331 Abs. 1 Z 4 und Abs. 2 ex lege bestimmte Wirkungen anknüpfen, ist es zweckmäßig, für derartige Entscheidungen – in Anlehnung an die Regelung des § 326 für Anträge auf Nichtigerklärung – eine kürzere Entscheidungsfrist vorzusehen.

Zu Z 80 (§ 341 Abs. 3):

Durch den neu angefügten 2. Satz wird gewährleistet, dass eine Schadenersatzklage auf Grund einer Verursachung des Widerrufs durch den Auftraggeber dann nicht möglich ist, wenn die Verursachung in einer rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers bestand, die in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können.

Zu Z 84 (§ 351 Z 4 bis 10):

Die Schwellenwertverordnung der Kommission und die RL 2006/97/EG werden – ebenso wie die bislang vorliegenden Berichtigungen zu den Richtlinien – in die Aufzählung der bezogenen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft aufgenommen.

Zu Z 86 bis Z 91 (Anhang VII):

Die Anpassungen resultieren aus der Richtlinie 2006/97/EG des Rates vom 20. November 2006 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich freier Warenverkehr anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens, durch die die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG geändert worden sind.

Zu Z 92 (Überschrift zu Anhang VIII):

Es soll klargestellt werden, dass sich die Angaben des Anhangs VIII nur auf den Oberschwellenbereich beziehen; die Angaben für Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich sind im Anhang XV enthalten.

Zu Z 93 (Anhang VIII Teil A):

Dadurch wird ein Redaktionsversehen beseitigt. Im Zusammenhang mit der ersten Stufe eines dynamischen Beschaffungssystems ist im BVergG 2006 von unverbindlichen Erklärungen zur Leistungserbringung und nicht von unverbindlichen Angeboten die Rede.