



Abs.: Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Abt.: A&B
Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien

An das
Bundeskanzleramt Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

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

Wien, am 03.04.2017

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

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) erlaubt sich, zum betreffenden Entwurf folgende Stellungnahme abzugeben – diese wird unter einem auch dem Präsidium des Nationalrates im Wege der elektronischen Post übermittelt.

Vorweg hat die BIG folgende grundsätzlichen Anmerkungen zum vorliegenden Entwurf:

Die BIG hat sich bei ihrer Stellungnahme auf die sie unmittelbar treffenden Bestimmungen des BVergG für öffentliche Auftraggeber beschränkt hat. Soweit in der Stellungnahme im Folgenden auf die EU-Richtlinie (EU-RL) Bezug genommen wird, ist damit die Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014 gemeint.

Soweit es dem vorliegenden Entwurf gelingt, die Mindestanforderungen der EU-RL umzusetzen, trägt dies zur Rechtssicherheit bei und wird ausdrücklich begrüßt. Es ist jedoch leider festzustellen, dass es aufgrund des vorliegenden Entwurf z.T. auch zu überschießenden Umsetzungen der EU-RL kommen würde - entgegen dem ausdrücklichen Postulat, dass **jegliches "gold plating" zu vermeiden ist!**

Ein BVergG in der Form des vorliegenden Begutachtungsentwurfs würde vor allem auch zu einer zusätzlichen, sachlich nicht mehr vertretbaren Erhöhung des bürokratischen Aufwands im Zusammenhang mit Dokumentations-, Bekanntmachungs-, Bekanntgabe- sowie Informationspflichten der (öffentlichen) Auftraggeber führen.

Manche Unklarheiten, die sich im Zuge der Begutachtung für die BIG ergeben haben, werden teilweise wohl auch dem Umstand geschuldet sein, dass der Ministerialentwurf noch über weite Strecken erläuternde Bemerkungen vermissen lässt.

Diese Stellungnahme setzt außerdem voraus, dass es zu keiner Änderung kommt, in Bezug auf die laut Begleitschreiben zum Begutachtungsentwurf zu erwartende Fortschreibung der bestehenden Schwellenwerte der Schwellenwertverordnung idF BGBl. II Nr. 250/2016 mit Inkrafttreten des BVergG 2017, weshalb auf die betreffenden im Begutachtungsentwurf enthaltenen niedrigeren Schwellenwerte nicht im Einzelnen eingegangen wird.



Im Einzelnen nimmt die BIG wie folgt zum vorliegenden Ministerialentwurf (ME) Stellung:

Zu § 3 - Vergabeverfahren, die unterschiedliche Regelungen betreffen

Diese Regelung trägt nur bedingt zur Klarstellung bei, weil die unbestimmten Gesetzesbegriffe "objektiv trennbar" bzw. "objektiv nicht trennbar" nicht näher erläutert werden.

Zu § 5 – Bauaufträge

In den Erläuterungen heißt es dazu wörtlich: "Die §§ 5 bis 8 enthalten inhaltlich unverändert die Bestimmungen betreffend die dem BVergG unterliegenden Auftragsarten und die Abgrenzungsregeln bei gemischten Aufträgen."

Im diesem Sinne ist offensichtlich davon auszugehen, dass die modifizierte Formulierung dieser Bestimmung ausschließlich der Übernahme der Formulierung der EU-RL geschuldet ist, sich inhaltlich jedoch unverändert mit der Definition gemäß gültigem BVergG deckt. Eine entsprechende nähere Klarstellung in den Erläuterungen wäre dennoch auch hier angebracht und zweckmäßig.

Zu § 13 - Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

02/15

Abs. 4 bestimmt: *"Besteht der öffentliche Auftraggeber aus mehreren eigenständigen Organisationseinheiten, so ist der geschätzte Auftragswert für alle Organisationseinheiten zu berücksichtigen. Abweichend davon kann der Auftragswert auf der Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit geschätzt werden, wenn die betreffende Einheit selbständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist."*

Es sollte hier unmissverständlich klargestellt werden, dass diese Verpflichtung vor dem Hintergrund des maßgeblichen Vorhabenbegriffes gemäß § 13 Abs 1 und der Gesamtsystematik der Bestimmungen des BVergG und des Unionsrechtes zu sehen ist und dieser Bestimmung daher keine sachlich nicht gerechtfertigte Zusammenrechnung unterschiedlicher nicht zusammengehöriger Beschaffungsvorhaben unterstellt werden kann. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang (auch) auf ausgegliederte Rechtsträger der Gebietskörperschaften, deren (budgetär) verantwortliche Organisationseinheiten abwicklungstechnisch eigenständig über das gesamte Bundesgebiet tätig sind, zu verweisen.

Zu § 14 – Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen

Abs 2: Hier sollte unbedingt eine Klarstellung erfolgen, dass mit der Wortfolge "[...] und Dienstleistungen" (im Sinne einer systematischen Interpretation) keine Verpflichtung verknüpft ist, all jene Dienstleistungen, die ordnungsgemäß (Umgehungsverbot!) in einem gesonderten Vergabeverfahren bereits vergeben wurden oder zeitnah werden (insbes. Planungsleistungen oder Dienstleistungen der ÖBA), nochmals bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von öffentlichen Bauaufträgen mit einzubeziehen. Solchartige Dienstleistungen sind (im Vorfeld) als Grundlage für nachfolgende Ausschreibungen von Bauaufträgen geradezu üblich und erforderlich.



Wir regen daher an, die Abgrenzung von echten Eigenleistungen und der vom Bauauftrag gesondert zu berechnenden Liefer- und Dienstleistungen klarzustellen.

Zu § 16 - Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen

Abs 3: Wir regen an, die Wortfolge "die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert werden sollen" in den Erläuterungen näher auszuführen um Rechtsicherheit zu schaffen.

Abs 4: Der Entfall der bisherigen Einschränkung der Zusammenrechnungspflicht auf die "Erbringung gleichartiger Leistungen" in mehreren Losen würde nur zu neuer Rechtsunsicherheit führen und wird abgelehnt. Zumindest aber sollte eine entsprechende Klarstellung durch die Erläuterungen erfolgen.

Zu § 28 Gesamt- oder Losvergabe

Abs 2: Wir regen an in den Erläuterungen klarzustellen, dass unter dem Wort "Lose" im letzten Satz auch Teilangebote (siehe erste Zeile "Zuschlag in Teilen") eines Loses zu verstehen sind.

Zu § 34 – Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung

Die Lockerung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung wird grundsätzlich begrüßt. 03/15

Jedoch halten wir zur Z 5 (keine ordnungsgemäße oder nur unannehmbare Angebote) fest, dass die EU-Richtlinie (RL 2014/24/EU) nicht fordert, dass die ursprünglichen Bedingungen für den Auftrag nicht grundlegend geändert werden (vgl. *Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*⁴, RZ 863, S. 318). Gemäß dem Grundsatz der Vermeidung eines gold plating sollte diese Bestimmung daher keine zusätzliche Begrenzung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung vorsehen.

In bestimmten Fällen, ist es sogar notwendig, dass die Bedingungen sich entsprechend ändern, damit auch ordnungsgemäße und annehmbare Angebote abgegeben werden. Der Transparenzgrundsatz ist zudem gewahrt, wenn eine vorherige Bekanntmachung erfolgen muss.

Anders gelagert ist er Fall, wenn der AG nur die Unternehmer des ersten (gescheiterten) Verfahren einbezieht und keine Bekanntmachung erfolgt (§ 34 letzter Abs. iVm Z 5): hier muss schon aus Transparenzgründen sichergestellt sein, dass keine grundlegende Änderung der Ausschreibungsbedingungen erfolgt, weil ansonsten einer intransparenten Vergabe Vorschub geleistet werden würde.

Für den Fall des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung findet man daher das Auslangen ohne die spezielle Anforderung des Unterbleibens der grundlegenden Änderung der Ausschreibungsbedingungen und kann diese Bedingung auf den speziellen Fall dieser Ziffer, bei dem ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit den Bietern des vorangegangenen Verfahrens durchgeführt wird, beschränkt werden (was auch Art 32 der EU-RL entspricht).



Zu § 44 - Zusätzliche Möglichkeiten der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung

Die aktuelle Regelung des § 38 Abs 2 Z 5 BVergG 2016, wonach im Unterschwellenbereich ganz allgemein auf das vorangegangene Scheitern eines "durchgeführten Vergabeverfahrens" abgestellt wird, findet sich im Entwurf nicht mehr. Der AG verliert damit insbesondere die nach BVergG 2016 im Unterschwellenbereich zusätzlich gegebene Möglichkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, wenn es sich bei dem zuvor gescheiterten Verfahren um ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung gehandelt hat.

Die Erläuterungen lassen hier eine Auskunft über die Gründe für eine solche einschränkende Änderung vermissen und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich.

Zu § 48 – Elektronische Kommunikation

Abs 12: Die Verpflichtung, Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen (immer) qualifiziert elektronisch zu signieren, ist so aus der EU-RL nicht nachvollziehbar und wird als überschießend abgelehnt, wenn es um das bloße elektronische Zur-Verfügung-Stellen / Bereithalten der Ausschreibungsunterlagen (§ 89) geht (vgl. dazu auch die EBRV 2006 zu § 43).

Abs 13: Die hier angedachte Verordnungsermächtigung erscheint zu allgemein formuliert und sollte zumindest der Adressatenkreis einer solchen Verordnung für den Bundesbereich auf die Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß Anhang III beschränkt sein.

04/15

Zu § 50 – Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe von Leistungen

Zur Klarstellung sollte Abs1 Z 2 uE richtig heißen: "2. Die beabsichtigte Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages *in einem Verfahren* mit vorheriger Bekanntmachung."

Zu § 54 – Veröffentlichung und Standardisierung von Kerndaten

Hier ist erstmals im ME von sogenannten "Kerndaten" die Rede, ohne jedoch eine direkte ausdrückliche inhaltliche Verknüpfung mit den in Anhang VIII ("Kerndaten") genannten Informationen herzustellen. Stattdessen ist in Abs 2 von "Informationen gemäß Anhang VIII" die Rede.

Zur besseren Einordnung bzw. eindeutigen Definition der Begrifflichkeit "Kerndaten" und deren Verbindung mit der Bekanntmachungsverpflichtung des Auftraggebers, wäre ein entsprechender ausdrücklicher Verweis auf Anhang VIII in der Bestimmung dienlich (vgl. auch Erl.: "[...]dabei werden vom Auftraggeber Metadaten zur Verfügung gestellt, die zu sogenannten Kerndaten (vgl. dazu 1.Abschnitt des Anhang VIII) der einzelnen Verfahren verknüpfen"):

"(1) Der Bundeskanzler kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen durch Verordnung nähere Festlegungen hinsichtlich der Standardisierung des Kerndatenformates insbesondere in Bezug auf Darstellung, Struktur und Form der Kerndaten *gemäß Anhang VIII* erlassen."



Angeregt wird zudem, den Begriff "Metadaten" ebenfalls einer näheren Definition zuzuführen (vgl. dazu Stellungnahme zu § 59). Sollte sich die Verordnungsermächtigung gemäß Abs.1 auch auf die Metadaten beziehen, wäre das im Gesetzestext zu erwähnen und damit klarzustellen.

Zu § 59 und 64 – Bekanntmachung in Österreich (für den Ober- und Unterschwellenbereich)

Der Begriff Metadaten wird weder im ME noch in den Erläuterungen dazu näher definiert. Angeregt wird, nähere diesbezügliche Definitionen und Festlegungen (allenfalls durch entsprechende Verweise auf externe Quellen/Dokumente) oder eine entsprechende Verordnungsermächtigung im Gesetz aufzunehmen.

Für die konkreten Schritte der praktischen Durchführung dieser Bestimmungen sollte jedenfalls noch eine Art "Vademecum" (eventuell im Rahmen der Erläuterungen) erstellt und zur Verfügung gestellt werden, zumal der ME gemäß § 377 Abs 1 für Verletzungen von Bekanntmachungs- und Bekanntgabeverpflichtungen eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion mit Geldstrafen bis zu EUR 50.000,-- vorsieht (s. noch dazu weiter unten).

Zu § 62 - Bekanntgaben in Österreich (für den Oberschwellenbereich)

Im Oberschwellenbereich sind sämtliche relevanten Informationen gemäß der EU-RL über das Amt für Veröffentlichungen unter Verwendung der einschlägigen Standardformulare bekannt zu geben. 05/15

Für eine österreichische "Verdopplung" dieser Verpflichtung über eine OGD-Verpflichtung besteht weder rechtlich noch praktisch eine Veranlassung, zumal in einer vernetzten Welt wie der heutigen, sämtliche Informationen, die im Oberschwellenbereich im EU-Amtsblatt kundgemacht werden weltweit abrufbar sind. Der erkennbare Mehrwert für den Wettbewerb ist somit auch nicht ersichtlich. In jedem Fall aber steht der damit für öffentliche Auftraggeber verbundene zusätzliche administrative (Zeit-) Aufwand in keiner Relation, zumal gemäß Anhang VIII auch Informationen über die Beteiligung von KMU erfasst sein sollen (und zwar auch jener, die Angebote abgegeben haben, die für die Zuschlagserteilung gar nicht in Betracht gekommen sind und daher gar nicht gemäß § 135 Abs 2 zu prüfen waren!).

Falls dennoch an dieser zusätzlichen nationalen elektronischen Bekanntgabe im Oberschwellenbereich festgehalten werden sollte, wäre es sicher zweckmäßiger, diese Verpflichtung ausschließlich und zentral an der bereits vorgesehenen Rolle des USP (für Informationen gemäß Anhang VIII) anzuknüpfen und auf die verpflichtend auf EU-Ebene bekannt zu gebenden Informationen zu beschränken, z.B. durch folgende (zu § 54 Abs2 analoge) Bestimmung:

"§ 62. Das Unternehmensserviceportal hat die, gemäß § 61 bekanntgegebenen Informationen in einer für natürliche Personen les- und suchbaren Weise anzubieten, wobei insbesondere die Suche nach einzelnen Kerndatenfeldern und nach einer Kombination derselben möglich sein muss. Dieser Dienst ist vom Unternehmensserviceportal im Internet kostenlos, uneingeschränkt und vollständig sowie grundsätzlich jederzeit zur Verfügung zu stellen. Das Unternehmensserviceportal hat die gemäß § 61 bekanntgegebenen Informationen mindestens einmal täglich aktualisiert anzubieten und die Zeitpunkte der Aktualisierung auf der Internet-Adresse des Dienstes gemäß dem zweiten Satz bekannt zu machen."



Gemäß dem Grundsatz der Vermeidung eines gold plating sollte es aber ansonsten für öffentliche Auftraggeber jedenfalls keine über die gemäß EU-RL unbedingt erforderlichen Bekanntmachungs- und Bekanntgabeverpflichtungen hinausgehenden Verpflichtungen geben.

Zu § 66 - Bekanntgaben in Österreich (für den Unterschwellenbereich)

Abs.1 sieht vor, dass ein öffentlicher Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes nach Durchführung eines Vergabeverfahrens, ab EUR 50.000,-- jeden vergebenen Auftrag, jede abgeschlossene Rahmenvereinbarung und das Ergebnis jedes Ideenwettbewerbes bekannt zu geben hat, indem er die Metadaten der Kerndaten von Vergabeverfahren <https://www.data.gv.at/> zur Verfügung stellt bzw. übermittelt und darin auf die Kerndaten für Bekanntgaben verweist.

Auch hier findet sich die Regelung der zufolge Aufträge, die aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben worden sind, gebündelt spätestens 30 Tage nach Ende des jeweiligen Jahresquartals gemäß Abs. 1 bekannt zugeben sind.

Daraus resultieren im Ergebnis, dass alle Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung über EUR 50.000,-- im Nachhinein bekannt zu geben sind. Die Einführung dieser verpflichtenden ex-post Bekanntgabe für alle Verfahren ist bislang beispiellos.

Den erläuternden Bemerkungen ist leider nichts über den mit dieser erstmals eingeführten Bestimmung verfolgten Sinn und Zweck zu entnehmen. Jedenfalls ist der administrative Aufwand der öffentlichen Auftraggeber enorm, zumal hier auch Aufträge aufgrund von – bereits bekannt gemachten und bekannt gegebenen – Rahmenvereinbarungen erfasst sein sollen.

06/15

In jedem Fall überschießend ist die allgemeine Erfassung aller öffentlicher Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes und sollte hier zumindest eine Einschränkung der Meldepflicht auf die zentralen öffentlichen Auftraggeber gemäß Anhang III erfolgen.

Zu § 76 - Angebotsfrist

Im § 71 Abs.3. wird öffentlichen Auftraggebern die nicht im Anhang III genannt sind, nunmehr die Möglichkeit gegeben, beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren mit vorherige Bekanntmachung die Angebotsfrist im gegenseitigen Einvernehmen mit den ausgewählten Bewerbern festzulegen.

Gerade im Unterschwellenbereich würde diese Bestimmung Sinn machen. Ein den Bestimmungen des Oberschwellebereichs korrespondierende Bestimmung für den Unterschwellenbereich fehlt jedoch. Die BIG spricht sich daher für eine Aufnahme dieser Bestimmung auch im Unterschwellenbereich aus.

Zu § 76 Angebotsfrist

Abs 2: Hier ist offensichtlich ein redaktioneller Fehler passiert. Die Frist im Unterschwellenbereich sollte unter Beachtung, dass es sich hier bereits um die 2. Stufe eines nicht offenen oder Verhandlungs-Verfahren handelt, kürzer, zumindest jedoch nicht länger, als die Frist im Oberschwellebereich betragen.



Zu § 78 - Ausschlussgründe

Die Möglichkeit, Unternehmer die bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen haben lassen, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben, auszuschließen wird grundsätzlich begrüßt.

Abs 2 verlangt allerdings nach einer Präzisierung dahingehend, dass vom genannten Personenkreis nicht generell-abstrakt alle Prokuristen eines Unternehmens umfasst sind, da ansonsten der Umfang der von Bieterseite vorzulegenden Nachweise und der damit für Auftraggeber verbundene Prüfaufwand auszufern droht.

Ebenso erscheint unklar welcher Personenkreis unter der Formulierung "mit Entscheidungsbefugnis im Vergabeverfahren ausgestattete Personen" zu verstehen ist. Gilt beispielsweise jede/r zweite Unterzeichner/in des Angebotes, unabhängig seiner Funktion im Unternehmen des Bieters (bspw. mitunterfertigende/r Officekraft, Mitarbeiter/in ohne besondere Betrauung in seinem/r üblichen Arbeitsfeld, etc.) als eine solche Person – oftmals reicht beim 4-Augen-Prinzip organisationsintern eine zweite Unterfertigung unabhängig einer besonderen Funktion im Unternehmen. Wir regen daher eine Klarstellung in den Erläuterungen an.

Zu § 80 – Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber (Only-once Prinzip)

07/15

Der **Abs.6** bezieht sich nur auf Vergaben im Oberschwellenbereich. Hier weicht diese Bestimmung aber erheblich von jener der EU-RL ab. Im Erwägungsgrund 85 der EU-RL ist festgehalten: *"Ferner sollte vorgesehen werden, dass die öffentlichen Auftraggeber keine nach wie vor aktuellen Unterlagen anfordern sollten, die ihnen aus früheren Vergabeverfahren bereits vorliegen. Es sollte jedoch auch sichergestellt werden, dass die öffentlichen Auftraggeber in diesem Zusammenhang keinen unverhältnismäßigen Archivierungs- und Registrierungsaufwand betreiben müssen. Die Umsetzung dieser Vorgabe sollte daher erst erfolgen, sobald die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel verpflichtend ist, da eine elektronische Dokumentenverwaltung die Aufgabe für die öffentlichen Auftraggeber erheblich erleichtern wird.*

Eine derartige Vorgehensweise zur Regelung der Verpflichtung unter der Voraussetzung der Nutzung einer elektronischen Dokumentenverwaltung bzw. vorbehaltlich eines unverhältnismäßigen Archivierungs- und Registrierungsaufwands lässt jedoch der Entwurf nicht erkennen.

Jedenfalls sollte die Verpflichtung des Unternehmers zur Auskunft in welchem Vergabeverfahren, die geforderten Nachweise vorgelegt wurden, normiert werden. Insbesondere ist der Verwaltungsaufwand für große Auftraggeber, die eine große Anzahl von dezentralen Vergabeverfahren bewältigen müssen, überschießend.

Zu § 85 – Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Die im ME entfallene Regelung über das sachlich gerechtfertigte Erfordernis von Referenzauftraggeberbestätigungen (§ 75 Abs 2 BVergG 2006) ist unbedingt wieder in das Gesetz aufzunehmen. Nicht zuletzt erfordern diese Referenznachweise mitunter ein genaues Rückfragen beim betreffenden Re-



ferenzauftraggeber und liegt gerade die zeitnahe Klärung und Sicherstellung der Richtigkeit solcher Nachweise im Interesse eines geordneten Wettbewerbs.

Zu § 89 – Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen

Abs 1: Hier sollte klargestellt werden, dass bei zweistufigen Verfahren keine "Vorabveröffentlichung" der Angebotsunterlage für die zweite Stufe an einen unbestimmten Adressatenkreis (wie bei einem offenen Verfahren) zu erfolgen hat. Ein gegenteiliges Verständnis würde dem System von einstufigen und zweistufigen Verfahren grundsätzlich zuwiderlaufen und darf dies dem Regelungszweck dieser Bestimmung wohl nicht unterstellt werden.

Abs 4: Das Verbot, dass bei elektronischen Verfahren die die Identität der Unternehmer, denen die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, auch gegenüber dem Auftraggeber nicht preisgegeben werden darf, erscheint in dieser Abstraktheit praktisch nicht durchführbar, zumal diese allgemeine Formulierung den Schluss zulässt, dass dies auch für das (elektronische) Zur-Verfügung-Stellen einer Angebotsunterlage in einem zweistufigen Verfahren gilt. Eine klarstellende Einschränkung und Präzisierung dieser Bestimmung ist daher vonnöten.

Zu § 91 – Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

Abs 4: Es erscheint fraglich, ob sich der gewählte Wortlaut des Bestbieterprinzips (entweder "Kostenmodell" oder "Zuschlagskriterien") mit dem Wortlaut der Definition in § 2 Z 22 lit. d) sublit ("die niedrigsten Kosten oder die [...] Kriterien") aa) vereinbaren lässt.

08/15

Zu § 97 – Abänderungsangebote

Dass die Regelung über die Zulässigkeit von Abänderungsangeboten insofern "umgekehrt" wurde, dass Abänderungsangebote immer auch ohne Abgabe eines ausschreibungsgemäßen Angebotes zulässig sind, wenn die Ausschreibung dazu nichts Gegenteiliges bestimmt, setzt im Hinblick auf die Praxistauglichkeit jedenfalls voraus, dass der Bieter zumindest von Gesetzes wegen verpflichtet wird, ein solches Angebot eindeutig und unmissverständlich in seinem verpflichtend zu übermittelnden Begleitschreiben als Abänderungsangebot zu bezeichnen. Sollte der Bieter keine Bezeichnung vornehmen, handelt es sich um ein Hauptangebot und treten etwaige Rechtsfolgen (z.B. ausschreibungswidriges Angebot) nach diesem Titel ein.

Zu § 98 – Subunternehmerleistungen

Die ausdrückliche Bestimmung der Möglichkeit der Beschränkung von Subunternehmerleistungen gemäß Abs 4 Z 2 wird grundsätzlich begrüßt. In diesem Zusammenhang wird allerdings als Differenzierung angeregt, ab der Ebene der zweiten Subunternehmerstufe (SubSubunternehmer) zu streichen und eine Beschränkung von Subunternehmerleistungen generell zuzulassen.



Zu § 114 - Ablauf des Verhandlungsverfahrens

Abs 5, 1. Satz: Hier ist es wohl zu einem Redaktionsfehler gekommen – aufgrund der Logik der Bestimmung muss es richtig heißen:

" (5) Der öffentliche Auftraggeber hat alle Bieter, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden oder gemäß Abs. 6 ~~nicht~~ weiter berücksichtigt werden, über etwaige [...]"

Abs 7: Die Verpflichtung zur "unverzöglichen" Information über Verlauf und Fortschritt des Verhandlungsverfahrens ist keiner Bestimmung der EU-RL zu entnehmen und führt zu einer unnötigen administrativen Zusatzbelastung des öffentlichen AG bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens, zumal die verbliebenen Bieter ohnehin (gemäß Abs 8) über den Ablauf des Verfahrens bzw. den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen (und der Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebots) zu informieren sind (Strukturierung des Prozesses).

Zu § 125 – Allgemeine Bestimmungen für das Angebot

Abs 7 letzter Satz: Die Erklärung des Bieters muss nicht mehr in einem Begleitschreiben zum Angebot enthalten sein, sondern die geänderte Bestimmung begnügt sich damit, dass der Bieter es im Angebot erklärt hat.

Vor dem Hintergrund der Durchführung einer möglichst effizienten und strukturierten Angebotsprüfung ist es jedoch für den öffentlichen Auftraggeber einfacher und zeitsparender, wenn er bei der Prüfung dieser Voraussetzung auf ein Begleitschreiben abstellen kann, ohne das gesamte Angebot auf eine diesbezügliche (allenfalls im Leistungsverzeichnis versteckte) Erklärung untersuchen zu müssen.

09/15

Demgemäß treten wir dafür ein, dass die derzeit geltende Bestimmung unverändert aufrecht bleibt.

Zu § 126 – Form der Angebote

Der Datenträgeraustausch wird nicht mehr geregelt. Damit entsteht uE jedoch eine Regelungslücke bis zum allgemeinen Inkrafttreten der verpflichtenden e-Vergabe bzw. für den Unterschwellenbereich (bei einem Ausschluss der E-Vergabe).

Zu § 133 – Öffnung der Angebote

Abs 4 Z 4: Der Entfall der Wortfolge "[...], deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde." wird als praxisuntauglich abgelehnt und steht zudem im Widerspruch zu § 133 Abs 5 Z 4, wonach solche Bieterangaben richtigerweise nur dann ins Protokoll aufzunehmen sind, wenn deren Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde. Es sollte daher unbedingt eine entsprechende Anpassung durch Wiederaufnahme der Wortfolge ",deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde." in Abs 4 Z 4 erfolgen.

Abs 5 letzter Satz: Da keine zwingende Öffentlichkeit bei der formalen Angebotsöffnung mehr vorgesehen ist und der öff AG die Wahl hat, ob er eine Öffentlichkeit vorsieht oder nicht, sollte korrespondierend dazu auch eine differenzierende Regelung für die Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls vorgesehen werden:

"Das Protokoll ist jedem Bieter – wenn die Öffnung der Angebote mit der Möglichkeit der Beteiligung der Bieter vorgenommen wurde, über formlose Aufforderung - zu übermitteln bzw. bereitzustellen."



Zu § 138 – Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

Abs 5: Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist offenbar, dass Angebote nur dann ausgeschieden werden müssen, wenn die Preise nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Das wird allerdings unseres Erachtens bereits vollinhaltlich durch die Regelungen in §§ 137 und 141 Abs 1 Z 3 abgedeckt.

Die Formulierung dieser Bestimmung jedoch könnte den Eindruck erwecken, dass es daneben noch eine eigene Kategorie an unangemessenen Preisen gibt, die trotz festgestellter Unangemessenheit dennoch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein können. Dies stünde jedoch in einem unauflösbaren Widerspruch zum Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen (gemäß § 20 Abs 1 letzter Satz in der Fassung des Begutachtungsentwurfs).

Unseres Erachtens wirft diese Bestimmung daher mehr Fragen auf als sie offenbar zu lösen sucht.

Zu §§ 144 und 150 Abs 4 – Stillhaltefrist

Die Stillhaltefrist wird im Ober- und Unterschwellenbereich einheitlich mit 10 Tagen festgelegt. Das bereits jahrelang etablierte System der unterschiedlich langen Stillhaltefristen im Ober- (10 Tage) und Unterschwellenbereich (7 Tage) wird damit aufgegeben.

Die (um 3 Tage) kürzere Stillhaltefrist im Unterschwellenbereich ist jedoch grundsätzlich sowohl rechtlich als auch praktisch gerechtfertigt und sprechen aus unserer Sicht keine guten Gründe für die generelle Abschaffung dieser angemessenen Differenzierung. Eine Verlängerung der Frist im Unterschwellenbereich auf 10 Tage hätte jedenfalls zur Folge, dass das ohnehin schon sehr formalisierte Prozedere zur Auftragsvergabe – und um die geht es ja letztlich (!) – eine zusätzliche Verzögerung erfährt und damit letztlich auch zu zusätzlichen Transaktionskosten auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber führt.

Die Erläuterungen verweisen (zu § 343) als Grund für die Vereinheitlichung (bzw. Verlängerung) auf 10 Tage auf die Auffassung der Kommission vor dem Hintergrund einer Entscheidung des UVS Tirol vom 14.3.2013 (UVS-2012/K4/2499-12). Selbst wenn man jedoch die Auffassung der Kommission teilt, dass in dem der UVS-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt einer Direktvergabe (statt eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich) die Anwendung der 7-Tage-Frist ein Verstoß gegen die RMRL darstellt, schießt die vorgeschlagene Regelung mit der einheitlichen Festlegung auf 10 Tage auch im Unterschwellenbereich über das notwendige Ziel hinaus.

Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, warum eine solche Rechtsauffassung zwingendermaßen uneingeschränkt auch für die völlig anders gelagerten Fälle einer ordnungsgemäß mitgeteilten gesondert anfechtbaren Entscheidung im Unterschwellenbereich gelten soll, bei denen die Bieter nachweislich von der AG-Entscheidung Kenntnis erhalten haben.

Wir vertreten daher den Standpunkt, dass die generelle Erstreckung der Frist auf 10 Tage für alle Konstellationen im Unterschwellenbereich überschießend ist und daher nur auf das unbedingt notwendige Maß zu reduzieren ist, also auf jene Fallkonstellationen, die mit dem Sachverhalt, der der zitierten Entscheidung des UVS Tirol zugrunde lag, direkt vergleichbar sind: nämlich die Fälle der Wahl des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich. Diese Differenzierung wäre insbesondere auch vor dem Hintergrund des Transparenzgrundsatzes und des – europarechtlich zulässigen – Systems der Präklusionsfristen zulässig.

Kurz gesagt: Warum soll zB eine längere – europarechtlich nicht geforderte – Anfechtungsfrist für die Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung (und damit auch Stillhaltefrist) in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gelten, wenn die Wahl dieses Verfahrens bereits unter Anwendung der gemäß RMRL festgelegten Frist von 10 Tagen (ab Kenntnis bzw. Möglichkeit zur Kenntniserlangung) angefochten hätte werden können?



Zu § 151 – Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen

Abs 5: um hier Missverständnissen über die Systematik der anwendbaren Bestimmungen vorzubeugen, sollten zumindest die Erläuterungen unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass in diesen Fällen der Durchführung einer Direktvergabe auch ausschließlich die jeweils spezielleren Regeln für diese Direktvergaben (§ 46 bzw. § 47) zur Anwendung gelangen.

Zu § 155 – Vergabe von öffentlichen Aufträgen aufgrund von Rahmenvereinbarungen

Abs 3: wir regen an, diese Bestimmung analog zu Abs 4 Z 3 dieser Bestimmung so zu ergänzen, dass klargestellt ist, dass es auch im Falle des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer möglich ist, teilweise direkt und teilweise nach vorheriger Aufforderung zur Vervollständigung abzurufen:

"(3) Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer abgeschlossen, so kann der Zuschlag hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge

1. unmittelbar dem aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilt werden, oder
2. der öffentliche Auftraggeber kann den Unternehmer zuerst schriftlich auffordern, sein Angebot
 - a) auf der Grundlage der ursprünglichen Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge oder
 - b) sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe der Aufträge in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, auf der Grundlage der vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge oder
 - c) auf der Grundlage von anderen, in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen

erforderlichenfalls zu verbessern, zu vervollständigen oder abzuändern und erst danach den Zuschlag nach den in der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilen, *oder*

3. *teilweise unmittelbar und teilweise nach Aufforderung gemäß Z 2 erteilt werden.*"

Eine solche Regelung steht auch gänzlich im Einklang mit Art 33 (3) der EU-RL, der ja die Möglichkeit der vorangehenden Konsultation ("kann") allgemein vorsieht (im Sinne eines sowohl-als auch).

11/15

Zu § 343 - Fristen für Nachprüfungsanträge

Wir dürfen in diesem Zusammenhang auf unsere Stellungnahme zu §§ §§ 144 und 150 Abs 4 (Stillhaltefristen) verweisen.

Zu § 347 - Nichtigklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

Abs 3: Die Erläuterungen verweisen darauf, dass diese Regelung an "§ 28 Abs. 6 VwGG" angelehnt seien – diese Bestimmung gibt es jedoch nicht und muss hier deswegen wohl ein Redaktionsfehler unterlaufen sein. Richtig gemeint sein kann hier wohl nur das VwGVG".

Im Übrigen ist diese Bestimmung wohl teleologisch auf jene (denkbaren) Fälle zu reduzieren, in denen der der Rechtsanschauung des BVwG entsprechende Rechtszustand nicht schon per se durch die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers hergestellt wird – also zB Nichtigklärung einer Zuschlagsentscheidung.



Zu § 354 – Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags

Abs 2: Durch das Urteil des EuGH vom 26.11.2015, Rs C-166/14, *MedEval* und der daraufhin ergangenen Entscheidung des VwGH vom 16.3.2016, 2015/04/0004 ist keineswegs zwingendermaßen eine generelle Verlängerung der Frist auf 6 Monate ab Kenntnis bzw. ab dem Zeitpunkt, zu dem der Antragsteller Kenntnis erlangen hätte können, gefordert.

"Knackpunkt" der zitierten Entscheidung des EuGH war ja lediglich die ("kurze") absolute "Ausschlussfrist" von 6 Monaten – ohne Rücksichtnahme darauf, ob der Betroffene Kenntnis von Schaden und Schädiger haben konnte. Das heißt aber nicht, dass im gegenteiligen Fall, wenn der Betroffene Kenntnis von Schaden und Schädiger hat, mindestens eine 6 Monate lange Frist zur Einbringung eines Feststellungsantrags einzuräumen wäre.

Antragsfrist einerseits und absolute Ausschluss- od. "Verjährungsfrist" andererseits ist also strikt zu unterscheiden. Genau hier setzt auch die notwendige Abwägung der Rechtsgüter der Effektivität des Rechtsschutzes einerseits und jener der Rechtssicherheit und raschen Nachprüfung andererseits ein.

Vor diesem Hintergrund hat der EuGH wiederholt ausgeführt, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen grundsätzlich dem sich aus der RMRL ergebenden Effektivitätsgebot genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist (EuGH 12. 12. 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG ua*, Rz 76-79; 27. 2. 2003, C-327/00, *Santex*, Rz 50, 52; 11. 10. 2007, C-241/06, *Lämmerzahl*, Rz 50; 28. 1. 2010, C-456/08, *Kommission/Irland*, Rz 51; 12. 3. 2015, C-538/13, *eVigilo*, Rz 51).

GA Kokott unterscheidet in diesem Sinne zwischen einem Primär- und einem Sekundärrechtsschutz. "Zielt ein Rechtsbehelf darauf ab, einen bereits geschlossenen Vertrag mit einem erfolgreichen Bieter für unwirksam zu erklären (Primärrechtsschutz), so ist die Festlegung einer absoluten Ausschlussfrist von vergleichsweise kurzer Dauer angemessen." (Schlussanträge GA Kokott 29.10.2009, C-407/08, *Uniplex*, Rz 33; 13.3.2008, C-454/06, *pressetext* Nachrichtenagentur GmbH, Rz 161; 21.5.2015, C-166/14, *MedEval*, Rz 39.). Eine solche Frist könne auch zu laufen beginnen, ohne dass der Betroffene zuvor vom fristauslösenden Ereignis Kenntnis erlangt hat. Anders verhält es sich bei "auf Schadenersatz gerichteten Rechtsbehelfe[n] (Sekundärrechtsschutz)", die grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit bereits geschlossener Verträge hätten. Hier würde den Erfordernissen des effektiven Rechtsschutzes deutlich größeres Gewicht zukommen als dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit (Schlussanträge GA Kokott 13. 3. 2008, C-454/06, *pressetext* Nachrichtenagentur GmbH, Rz 165; 29. 10. 2009, C-407/08, *Uniplex*, Rz 34; 21. 5. 2015, C-166/14, *MedEval*, Rz 40). Der Fristenlauf dürfe daher nicht beginnen, ehe ein (übergangener) Bewerber oder Bieter von dem Vergaberechtsverstoß Kenntnis erlangt hat (Schlussanträge GA Kokott, 29. 10. 2009, C-407/08, *Uniplex*, Rz 34; 13. 3. 2008, C-454/06, *pressetext* Nachrichtenagentur GmbH, Rz 167; 21. 5. 2015, C-166/14, *MedEval*, Rz 43).

12/15

Richtigerweise sieht der Begutachtungsentwurf jetzt auch in § 356 Abs 7 vor, dass eine Nichtigkeitsklärung des Vertrages grundsätzlich nur dann erfolgen kann, wenn der Feststellungsantrag binnen 6 Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht wurde (wenn nicht ohnehin die kürzeren Fristen aufgrund der entsprechenden Bekanntgaben bzw. -machungen zur Anwendung gelangen). Dies entspricht so auch der RMRL und Judikatur des EuGH.

Der Feststellungsantrag selbst wurde aber nun – in grundsätzlicher Entsprechung der Judikatur des EuGH - von der Nichtigkeitsklärung des Vertrages insofern "entkoppelt", dass ein solcher nicht mehr "absolut" auf den Tag der Zuschlagserteilung abstellt, sondern nur mehr auf den Zeitpunkt der Kenntnis (bzw. dem Zeitpunkt, zu dem er Kenntnis erlangen hätte können). Denn nur dann, wenn die Ausschlussfrist erst zu laufen beginnt, wenn der Betroffenen von der Rechtswidrigkeit Kenntnis haben konnte ist, ist der der Rechtsanschauung des EuGH in der Rs C-166/14, *MedEval* entsprechende Rechtszustand im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadenersatz entsprochen.



Der EuGH hat aber keine Aussage darüber getroffen, dass eine 6 wöchige Frist ab Kenntnis / Kenntnisnahmemöglichkeit zu kurz wäre. Die vom EuGH festgestellte Unionsrechtswidrigkeit lag in dem Umstand, dass überhaupt eine Frist abläuft, ohne dass berücksichtigt wird, ob die geschädigte Person vom Vorliegen eines Rechtsverstößes Kenntnis haben konnte (EuGH 26.11.2015, Rs C-166/14, *MedEval*, Rz 41).

Vor dem Hintergrund der notwendigen Abwägung der Rechtsgüter (Grundsatz der Effektivität und Äquivalenz sowie der Rechtssicherheit und dem Beschleunigungsgebot) wäre daher unserer Auffassung nach, die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht auch dann sichergestellt, wenn die Länge der Frist ab Kenntnisnahme bzw. Kenntnisnahmemöglichkeit mit sechs Wochen bemessen wird, zumal diese Frist – zumindest in der derzeitigen Fassung des Begutachtungsentwurfs - überhaupt "ad infinitum" (ohne einer absoluten Verjährungsgrenze zu unterliegen) gelten soll.

Im Übrigen ist aber auch kein Gebot des Fehlens jeglicher absoluten Verjährungs- / Ausschlussfrist aus dem EuGH-Urteil Rs C-166/14, *MedEval* abzuleiten. Die Einführung einer solchen absoluten Verjährungsfrist wäre im Gegenteil unter dem Aspekt der Rechtssicherheit sogar besonders geboten.

Zu § 360 – Statistische Verpflichtungen

Die statistischen Verpflichtungen sollten unbedingt auf das gemäß EU-RL geforderte Ausmaß beschränkt werden.

Zu § 364

Wir erlauben uns, darauf aufmerksam zu machen, dass dieser § ausgelassen wurde bzw. im ME fehlt.

13/15

Zu § 366 – Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit

Es wird angeregt, in die Erläuterungen entsprechende Beispiele und Klarstellung für wesentliche und unwesentliche Änderungen aufzunehmen – z.B., dass eine "Änderung" gemäß dem in der ÖNORM B 2110 vorgesehenen Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers eine unwesentliche Änderung gemäß Abs 3 Z 2 darstellt.

Zu § 367 iVm § 377 Abs 2 – Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen und Verwaltungsübertretung bei Nicht-Kündigung

Art. 73 EU-RL lautet:

"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass **öffentliche Auftraggeber** zumindest unter den folgenden Umständen und unter bestimmten Bedingungen, die im anwendbaren nationalen Recht festgelegt sind, **über die Möglichkeit verfügen**, einen öffentlichen Auftrag während seiner Laufzeit **zu kündigen, wenn**

[...]

b) der Auftragnehmer erfüllte zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung einen der in Artikel 57 Absatz 1 genannten Tatbestände und hätte daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen;

Im ME ist allerdings (im Sinne eines gold plating) eine Verpflichtung zur unverzüglichen Kündigung im Sinne eines "MUSS" statt einer von der EU-RL verlangten "Möglichkeit (KANN)" vorgesehen.



Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, wie diese MUSS-Bestimmung mit der grundsätzlich gegebenen Möglichkeit zur Selbstreinigung gemäß § 83 zusammenpasst – auch das spricht für ein (gebundenes) Ermessen im Sinne einer Kann-Bestimmung. Im Übrigen fehlt einer undifferenzierten absoluten Kündigungspflicht – ohne jegliche Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall – jegliche Praxistauglichkeit, zumal ein solcher verpflichtender Kündigungsfall auch mitten in die Abwicklung eines (Groß-)Projekts mit mehreren Schnittstellen zu anderen Auftragsteilen platzen könnte.

Es stellt sich im Übrigen in diesem Zusammenhang die Frage, ab welchem Zeitpunkt die – von der EU-RL nicht verlangte - "Unverzüglichkeit" einsetzt: tatsächliche Kenntniserlangung des Auftraggebers oder ab bloßer Kenntnismöglichkeit des Auftraggebers?

Der Zusammenhang mit § 78 Abs 1 Z 1 deutet jedenfalls darauf hin, dass der Auftraggeber Kenntnis von einer relevanten Verurteilung *hat*. Sollte daher dennoch am System des ME festgehalten werden, wird zumindest folgende klarstellende Formulierung angeregt:

"§ 367. Der Auftraggeber hat einen Vertrag unverzüglich zu kündigen, wenn

1. *der Auftraggeber davon Kenntnis erlangt hat, dass der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung wegen einer in § 78 Abs. 1 Z 1 bzw. § 249 Abs. 1 angeführten Delikte rechtskräftig verurteilt war und daher vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre oder [...]"*

§ 377 Abs 2: Vor diesem Hintergrund ist die den Auftraggeber treffende drakonische Strafbestimmung von 30 % der Auftragssumme völlig überzogen und daher abzulehnen, zumal es, wie oben gezeigt, keine diesbezügliche Verpflichtung aus der EU-Richtlinie gibt und schließlich nicht der Auftraggeber, sondern der betroffene Unternehmer den verpönten (Straf-)Tatbestand gesetzt hat.

14/15

Zu § 368 – Neue Meldepflicht bei Bauaufträgen

Ab einem die Schwelle von EUR 100.000,-- übersteigenden Auftragswert des vergebenen Auftrags oder Loses eines Auftrags hat der Auftraggeber unmittelbar nach Zuschlag bestimmte auftragsbezogene Daten in die Baustellendatenbank (bei der BUAK) einzutragen.

Trotz des dadurch zweifellos zu erwartenden zusätzlichen administrativen Aufwands und der damit verbundenen Erhöhung der Transaktionskosten ist die Einführung dieser Bestimmung unter Einschränkungen nachvollziehbar, weil sie auch dazu dienen kann, die Transparenz im Rahmen der Auftragsausführung (zusätzlich zur Bekanntgabepflichtung betreffend Subunternehmer gemäß § 363) für den Auftraggeber zu erhöhen.

Diese Einschränkungen betreffen insbesondere Meldepflichten über Daten über die der Auftraggeber nicht verfügt, wie jedenfalls den Wert des/der Anteils/e des/der Subunternehmerleistungen (= interne Auftragssumme des/der Subunternehmer) und den voraussichtlichen Ausführungsbeginn und die voraussichtliche Ausführungsdauer des/der Subunternehmerleistungen (in der Ausschreibung ist üblicherweise der voraussichtliche Ausführungsbeginn und die voraussichtliche Ausführungsdauer der gesamten Leistungen des Auftragnehmers als Vertragspartner angeführt).

Da die Bekanntgabe der die Subunternehmer betreffenden Informationen in die (Verursacher)Sphäre des Auftragnehmers fällt und er aus seiner Verpflichtung zur Meldung und Aktualisierung dieser Angaben nicht entlassen werden soll, ist freilich klarzustellen, dass es hierbei immer um die Meldung jener vom Auftragnehmer an den Auftraggeber gemeldeten Daten geht. Aus diesem Grunde kann es auch nicht Obliegenheit des Auftraggebers sein, jede ihm vom Auftragnehmer diesbezüglich gemeldete Information im Detail zu hinterfragen, geschweige denn, dass damit ständig eine akribische Nachforschungsobliegenheit des Auftraggebers (ohne konkrete Anhaltspunkte) verbunden wäre.



Letztlich liegt es ja auch in der Verantwortung und im Interesse des Auftragnehmers, dem Auftraggeber die richtigen Daten zu melden, zumal Verstöße entsprechende Auswirkung im Rahmen des zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses (z.B. Pönalen) entfalten.

Die Meldepflichten der entsprechenden Daten, die sich nach der Meldung durch den Auftraggeber auf Seiten des Auftragnehmers und seines/r Subunternehmer ändern oder die angepasst werden müssen (weitere/r Subunternehmer), können umfassend nur mehr den Auftragnehmer treffen und keine Verpflichtung des Auftraggebers sein. Das betrifft u.a. die Konkretisierung des tatsächlich eingesetzten Subunternehmers (wenn für einen Leistungsteil im Angebot mehrere Subunternehmer angegeben wurden) oder den späteren Wechsel von Subunternehmern, bis hin zu Adressänderungen von Subunternehmer oder Auftragnehmer.

Demgemäß sollte darauf entsprechend Bedacht genommen und die Formulierung dieser Bestimmung ergänzt werden, indem darin durchgängig ausdrücklich auf die dem Auftraggeber vom Auftragnehmer erteilten Informationen abgestellt wird (z.B.: " [...] *laut Angaben des Auftragnehmers* (tatsächlich) eingesetzten Subunternehmer" bzw. auf " [...] *allfällige dem Auftraggeber durch den Auftragnehmer gemeldeten Berichtigungen oder Ergänzungen*").

Zu § 377 - Strafbestimmungen

Abs 1: Die erhebliche Ausdehnung dieser Strafbestimmung auch auf jegliche Verletzungen von Bekanntmachungs-, Bekanntgabe- und/ oder Mitteilungspflichten, ist unangemessen und unverhältnismäßig.

Unklar ist zudem, ob es nicht sogar zu einer "Doppelbestrafung" kommen könnte: des Auftraggebers im Rahmen eines Feststellungsverfahrens einerseits und der zur Vertretung nach außen berufenen Personen des Auftraggebers im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens andererseits.

Alles in allem lässt diese Bestimmung gerade in diesem hoch sensiblen Bereich der Verwaltungsstrafbarkeit jegliches Augenmaß vermissen, zumal hier schon jeder Formfehler bei einer Bekanntmachung oder Bekanntgabe – und nicht nur grobe Rechtsverstöße im Sinne einer gänzlichen Auskunftsverweigerung – zur Verhängung einer Verwaltungsstrafe gegen die zur Vertretung nach außen berufenen Personen der öffentlichen Auftraggeber führen können.

Angesichts dessen sollte die derzeitige Strafbestimmung unverändert beibehalten werden.

(**Abs 2:** S. oben Stellungnahme zu § 367)

Mit freundlichen Grüßen


Mag. Claudius Weingrill
 Leiter
 Architektur & Bauvertragswesen


Mag. Andreas Juen, LL.M.
 Rechtsangelegenheiten
 Architektur & Bauvertragswesen

15/15

