

## **1118 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP**

---

Übergeben am 16.05.2002

# **Bericht**

## **des Verfassungsausschusses**

**über die Regierungsvorlage (1087 der Beilagen): Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz sowie das Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung geändert und ein Bundesvergabegesetz erlassen wird**

Der Verfassungsgerichtshof hat mit dem Erkenntnis G 44-46/99-11 ausgesprochen, dass die derzeit vorgesehene Kontrolle des Bundesvergabebeamten betreffend die Vergabe öffentlicher Aufträge von obersten Organen des Bundes verfassungswidrig ist. Auch die Beschränkung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Bereich oberhalb der gemeinschaftsrechtlich relevanten Schwellenwerte hat der VfGH im Erkenntnis G 110, 111/99-8 als gleichheitswidrig erkannt. Überdies ist am 1. März 2000 die Neufassung der ÖNORM A 2050 in Kraft getreten, deren Inhalte im Bundesvergabegesetz berücksichtigt werden sollen. Im Zuge der Initiativen e-Europe und e-Austria soll die Nutzung der elektronischen Medien im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe erprobt werden.

Zur rechtzeitigen Implementierung eines neuen Rechtsschutzsystems, das den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofes entspricht, muss unabhängig davon seitens des Bundes noch im Laufe des Frühjahrs 2002 jedenfalls eine neue gesetzliche Regelung des Vergabewesens beschlossen werden, da die Absicherung des derzeit geltenden Rechtsschutzes mit 31. August 2002 befristet ist. Darüber hinaus ist auch dem Erkenntnis des VfGH G 110, 111/99-8 vom 3. November 2000 Rechnung zu tragen, in dem die unterschiedliche Regelung des vergabespezifischen Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich für gleichheitswidrig befunden wurde.

Der vorliegende Entwurf beinhaltet eine systematische Neugestaltung der materiellen vergaberechtlichen Regelungen im Ober- und Unterschwellenbereich sowie eine Neuorganisation des Rechtsschutzes. Auf Grund der umfassenden Geltung des Gesetzes werden die meisten der derzeit noch außerhalb des Anwendungsbereiches des Bundesvergabegesetzes in Geltung stehenden internen Vergabeordnungen obsolet, da diesen durch den vorliegenden Gesetzentwurf materiell derogiert wird. Vergaberechtliche Regelungen außerhalb dieses Bundesgesetzes sind noch vereinzelt vorhanden, zB in Bereichen, die vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind (vgl. etwa im Bereich der Landesverteidigung die Beschaffung von Rüstungsgütern).

Im Unterschwellenbereich, der bisher lediglich durch Verbindlicherklärung der ÖNORM einer materiellen vergaberechtlichen Regelung unterlag, aber auch außerhalb des gemeinschaftlich geregelten Vergaberichts gelten jedoch die gemeinschaftlichen Grundsätze des EG. Der EuGH hält dazu in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Grundsätze des EG-Vertrages und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben im weiteren Sinne erforderlich, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

Darüber hinaus sollen die Voraussetzungen für die Nutzung der elektronischen Medien im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge geschaffen werden. Im Übrigen werden redaktionelle Anpassungen vorgenommen.

Parallel zur Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes sind begleitende Regelungen erforderlich. Die Änderung des Art. 131 Abs. 3 B-VG gibt dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit, Beschwerden gegen Bescheide des BVA – ebenso wie bereits derzeit im Hinblick auf Bescheide eines UVS – unter den im Art. 131 Abs. 3 genannten Voraussetzungen ablehnen zu können. In Ansehung des Beschlusses der Bundesregierung vom 28. Jänner 2002 betreffend die Umsetzung der Maßnahmen zur Verwaltungsreform erfolgt eine Änderung des BB-GmbHG, die der Bundesbeschaffungs-GmbH die Möglichkeit gibt, auch Vergabeverfahren für den Landesvergabegesetzen unterliegende Auftraggeber abwickeln zu können. Damit sollen die Einsparpotentiale der BB-GmbH auch für die Länder fruchtbar gemacht werden können.

Durch die erforderliche neue Ausgestaltung des Rechtsschutzes werden sich die Kosten, insbesondere für den Personalaufwand der Nachprüfungsinstanzen erhöhen. Weiters ist auf Grund der nunmehr vorgesehenen Ausdehnung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich mit einer Steigerung der Zahl der Verfahren zu rechnen. Einsparungseffekte werden sich voraussichtlich auf Grund der Einführung von Gebühren im Zusammenhang mit der Antragstellung vor den Nachprüfungsinstanzen ergeben, obwohl derzeit nicht abschätzbar ist, ob das Ziel der Kostendeckung erreicht werden kann. Die für die Einrichtung des Rechtsschutzes erforderlichen Planstellen und der sonstige finanzielle Aufwand werden dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zusätzlich zur Verfügung zu stellen sein.

Der Verfassungsausschuss hat die erwähnte Regierungsvorlage in seiner Sitzung am 7. Mai 2002 in Verhandlung genommen.

Als Berichterstatter fungierte der Abgeordnete Karl **Donabauer**.

An der Debatte beteiligten sich die Abgeordneten Dr. Ulrike **Baumgartner-Gabitzer**, Dr. Sylvia **Papházy**, Dr. Gabriela **Moser**, Dr. Michael **Krüger**, Dr. Ilse **Mertel**, Dr. Johannes **Jarolim**, Ilse **Burket**, Ing. Wilhelm **Weinmeier**, der Ausschussobmann Dr. Peter **Wittmann** sowie der Staatssekretär im Bundeskanzleramt Franz **Morak**.

Im Zuge der Debatte brachten die Abgeordneten Dr. Peter **Wittmann**, Dr. Ulrike **Baumgartner-Gabitzer** und Dr. Sylvia **Papházy** einen gesamtändernden Abänderungsantrag ein.

Dieser war wie folgt erläutert:

## „A. Allgemeiner Teil

### 1. Ausgangslage und Zielsetzung

- 1.1. Durch das Bundesvergabegesetz 1993 und in der Folge durch das Bundesvergabegesetz 1997, BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 136/2001 (BVergG), wurden die vergaberechtlichen Regelungen der EG in Österreich umgesetzt. Dabei wurden die Grundgedanken des bis zum Inkraft-Treten des EWR Abkommens geltenden Vergabesystems, wie sie insbesondere in der ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag – Verfahrensnorm“ in ihrer Fassung vom 1. Jänner 1993 zum Ausdruck kommen, übernommen.
- 1.2. Auf Grund des vielfältigen Anpassungsbedarfs im Bereich des Vergaberechts (vgl. zB EuGH Entscheidung in der Rs 81/98, *Alcatel*, Slg 1999, I-7671, VfGH Erkenntnis VfSlg 15578, Neuausgabe der ÖNORM A 2050 und A 2051) hat das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst im Herbst 2000 einen Entwurf für ein neues Bundesvergabegesetz samt erforderlichen Begleitgesetzen ausgearbeitet, das am 17. Oktober von der Bundesregierung als Regierungsvorlage für ein Bundesvergabegesetz 2000 samt Begleitgesetz beschlossen wurde (vgl 329d. Blg. NR XXI. GP). Da eine Vereinheitlichung des Vergaberechtes in Österreich als prioritäres Anliegen angesehen wurde, einigten sich die im Nationalrat vertretenen politischen Parteien im Zuge der parlamentarischen Behandlung lediglich auf den Erlass einer „Rumpfnovelle“ (BGBl. I Nr. 125/2000).

Die Bundesregierung wurde ferner mit Entschließung des Nationalrates vom 24. November 2000 (vgl. E 45-NR/XXI. GP) ersucht, in Abstimmung mit den im Nationalrat vertretenen Parteien in Verhandlungen mit den Ländern und Gemeinden mit dem Ziel einzutreten, bis längstens 1. September 2002 ein zeitgemäßes einheitliches Vergabegesetz für Bund, Länder und Gemeinden in Kraft setzen zu können. Dabei sollen gemäß dieser Entschließung auch eine Reihe besonderer Anliegen (vor allem frauen-, behinderten-, sozial-, beschäftigungs- und umweltpolitische

Belange, Maßnahmen zur Verhinderung von Preisabsprachen, die Einrichtung eines bundesweiten Auftragnehmerkatasters sowie strengere Regelungen der Subvergabe) geprüft werden.

Während hinsichtlich der materiellen vergaberechtlichen Regelungen im Rahmen der gemeinsam eingerichteten Bund-Länder Arbeitsgruppe eine Einigung erzielt werden konnte (zB Beschränkung der Umsetzung auf verfassungs- und europarechtliche Vorgaben, möglichst einheitliche Verfahren für den Bereich ober- und unterhalb der Schwellenwerte, Eröffnung der Möglichkeit von elektronischen Vergabeverfahren – e-procurement, Präklusionsfristen, Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen, dezentraler Rechtsschutz), wurde eine Lösung der kompetenzrechtlichen Aspekte der Vereinheitlichung des Vergaberechts erst auf parlamentarischer Ebene erzielt. Diese Lösung wurde ermöglicht, nachdem sich einerseits die im NR vertretenen Parteien auf eine kompetenzrechtliche Änderung einigten sowie die Länder dieser zugestimmt haben.

- 1.3. Zur rechtzeitigen Implementierung eines neuen Rechtsschutzsystems, das den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofes entspricht, muss für den Bund eine neue gesetzliche Regelung des Vergabewesens bereits mit 1. September 2002 in Kraft treten, da die Absicherung des derzeit geltenden Rechtsschutzes mit 31. August 2002 befristet ist und mehrere geltende Schwellenwerte des BVergG 1997 vom VfGH ebenfalls mit Wirkung vom 1. September 2002 (vgl. Erk. vom 26. Februar 2002, G 351-355/01-10) aufgehoben wurden. Darüber hinaus ist auch dem Erkenntnis des VfGH G 110, 111/99-8 vom 3. November 2000 Rechnung zu tragen, in dem die unterschiedliche Regelung des vergabespezifischen Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich für gleichheitswidrig befunden wurde.
- 1.4. Der vorliegende Entwurf beinhaltet eine systematische Neugestaltung der materiellen vergaberechtlichen Regelungen im Ober- und Unterschwellenbereich sowie eine Neuorganisation des Rechtsschutzes orientiert an der og. RV 2000 (vgl. 329 d. Blg. NR XXI. GP). Auf Grund der umfassenden Geltung des Gesetzes werden die meisten der derzeit noch außerhalb des Anwendungsbereiches des BVergG in Geltung stehenden internen Vergabeordnungen obsolet, da diesen durch das vorliegende Gesetz materiell derogiert wird (vgl. dazu etwa den Beschluss der Bundesregierung vom 26. September 1978 idF vom 3. März 1981, vom 15. Dezember 1981, vom 1. Juli 1986, vom 16. Oktober 1990 und vom 9. Jänner 1992 Anordnungen betreffend die Vergabe von Leistungen durch Bundesdienststellen). Vergaberechtliche Regelungen außerhalb dieses Bundesgesetzes sind noch vereinzelt vorhanden, zB in Bereichen, die vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind (vgl. etwa im Bereich der Landesverteidigung die Beschaffung von Rüstungsgütern).
- 1.5. Da eine Lösung der kompetenzrechtlichen Aspekte eines einheitlichen Vergabegesetzes für Bund und Länder erst auf parlamentarischer Ebene erzielt werden konnte, wurde der Text der Regierungsvorlage, insbesondere die Bestimmungen über den Geltungsbereich adaptiert (vgl. zB § 6 ff). In § 20 wird im Hinblick darauf, dass sich die Vereinheitlichung des Vergaberechts auf die materiellen Aspekte, aber nicht auf den Bereich des Rechtsschutzes erstreckt (der Rechtsschutz wird auch weiterhin von Bund und Ländern in ihrem jeweiligen Wirkungsbereich vollzogen), eine Definition der „Vergabekontrollbehörde“ ergänzt.
- 1.6. Im Unterschwellenbereich, der bisher lediglich durch Verbindlicherklärung der ÖNORM einer materiellen vergaberechtlichen Regelung unterlag, aber auch außerhalb des gemeinschaftlich geregelten Vergaberechts (vgl. dazu etwa die nicht von der Richtlinie 92/50/EWG erfassten Dienstleistungskonzessionen) gelten jedoch die gemeinschaftlichen Grundsätze des EGV. Der EuGH hält dazu in ständiger Rechtsprechung (vgl. dazu zuletzt Rs C-59/00, Bent Moustens Vestergaard, Erkenntnis vom 3. Dezember 2001, noch nicht in Sammlung, Rz 19 und 21; Rs C-324/98, Tel-austria, Slg 2000, I-10745, Rz 57 und 60 bis 62 mit Hinweis auf die Rs C-275/98) fest, dass die Grundsätze des EG-Vertrages und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben iwS erforderlich, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

- 1.7. Die Voraussetzungen für die Nutzung der elektronischen Medien im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge sollen geschaffen werden. Im Übrigen werden redaktionelle Anpassungen vorgenommen.

Parallel zur Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes sind begleitende Regelungen erforderlich. Die Änderung des Art. 131 Abs. 3 B-VG gibt dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit, Beschwerden gegen Bescheide des BVA – ebenso wie bereits derzeit im Hinblick auf Bescheide eines UVS – unter den im Art. 131 Abs. 3 genannten Voraussetzungen ablehnen zu können. In Ansehung des Beschlusses der Bundesregierung vom 28. Jänner 2002 betreffend die Umsetzung der Maßnahmen zur Verwaltungsreform erfolgt eine Änderung des BB-GmbHG, die der Bundesbeschaffung-GmbH die Möglichkeit gibt, auch Vergabeverfahren für den Landesvergabegesetzen unterliegende Auftraggeber abwickeln zu können. Damit sollen die Einsparpotenziale der BB-GmbH auch für die Länder fruchtbar gemacht werden können.

Nach dem in Art. 1 Z 1 der Regierungsvorlage einer Verwaltungsverfahrensnovelle 2002 (1126 BlgNR XXI. GP) vorgeschlagenen § 67a Abs. 1 letzter Satz AVG sollen die unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern im Nachprüfungsverfahren betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich (§ 9 Abs. 2 und § 10 Abs. 2 BVergG) und über Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren im Oberschwellenbereich (§ 9 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 BVergG) und Unterschwellenbereich durch Einzelmitglieder entscheiden.

Im Rahmen einer Novelle zum Finanzausgleichsgesetz 2001, die vom Nationalrat noch in dieser Tagung beschlossen werden soll, soll die Landesgesetzgebung ermächtigt werden, Gebühren für die Inanspruchnahme der Vergabekontrollbehörden in Form einer ausschließlichen Landesabgabe vorzusehen.

## **2. Abstimmung mit den Ländern und Gemeinden**

- 2.1. Im Hinblick darauf, dass auch die Auftragsvergabe der Länder und Gemeinden entsprechend den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes zu gestalten ist, haben gemäß der Entschließung des Nationalrates vom 24. November 2000, E 45-NR/XXI. GP, betreffend die Schaffung eines einheitlichen Vergaberechts für Bund, Länder und Gemeinden, über Einladung des Bundeskanzleramtes in einer Expertengruppe 2001/2002 mehrfach Gespräche zwischen Vertretern des Bundes, der Länder, der Gemeindebünde und der großen wirtschaftlichen Interessenvertretungen stattgefunden. Hierbei wurden Möglichkeiten einer einheitlichen legislativen Gestaltung des Vergabewesens diskutiert.

Ein besonderes Anliegen war dabei die inhaltliche Abstimmung der vormaligen verschiedenen vergabegesetzlichen Regelungen des Bundes und der Länder, unabhängig von der nunmehr verfassungsrechtlich getroffenen Lösung.

- 2.2. Das Ergebnis dieser Bemühungen stellt der vorliegende, gegenüber der zur Begutachtung versendeten Fassung weitgehend überarbeitete Entwurf dar.

## **3. Regelungstechnik und Inhalt**

- 3.1. Der vorliegende Entwurf setzt die Regelungen des EG-Vergaberechts unter Wahrung eigenständiger Wesenszüge des österreichischen Rechtssystems in das innerstaatliche Recht um. Entsprechend dem geltenden Bundesvergabegesetz 1997 ist weiterhin im Oberschwellenbereich eine grundsätzliche Beschränkung der bundesgesetzlichen Regelung auf die Umsetzung von EG-Recht vorgesehen (vgl. dazu auch das Rundschreiben des BKA-VD, GZ 600.824/011-V/2/01, in dem auf das Verbot des „Golden-Plating“ gemäß Abschnitt 6.2 des Regierungsprogramms sowie auf den Beschluss der Landeshauptmännerkonferenz vom 14. April 1999 betreffend die Ablehnung sachlich nicht gerechtfertigter Umsetzungsmaßnahmen durch die Länder hingewiesen wird).
- 3.2. Eine derartige Vorgangsweise bringt es mit sich, dass Begriffe, die aus dem EG-Recht übernommen wurden, nicht mehr nach dem österreichischen Rechtsverständnis, sondern vielmehr „autonom“, dh. unter Berücksichtigung der Ziele des Gemeinsamen Marktes und unter Heranziehung der authentischen Sprachfassungen des jeweiligen Rechtsaktes, ausgelegt werden müssen (zuletzt etwa EuGH Rs C-287/98, Linster, Slg 2000, I-6917, Rz 43).

Obwohl dies zu Rechtsunsicherheiten führen kann, lehnte sich das BVergG (bereits seit dem Stammgesetz, BGBl. Nr. 462/1993) stets eng an den Text der umzusetzenden EG-Richtlinien vor allem aus folgenden Gründen an: Österreich war schon auf Grund des Art. 6 EWRA verpflichtet,

EG-Rechtsakte „im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen“ auszulegen, „die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat“. Seit dem Beitritt zur Europäischen Union ist für Österreich die gesamte einschlägige Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) unmittelbar von Bedeutung. Die Verwendung einer vom Wortlaut der EG-Richtlinien abweichenden Terminologie würde jedoch gerade in wichtigen Abgrenzungsfragen dazu führen, dass Aussagen des EuGH zur Interpretation von Richtlinienbegriffen für Österreich entweder häufige Novellierungen des Umsetzungsaktes erforderlich machen würden oder den Gesetzeswortlaut europarechtlich problematisch erscheinen ließen. Eine abweichende Terminologie könnte sogar dazu führen, dass der Umsetzungsakt nachträglich als lückenhaft anzusehen wäre, mit der Konsequenz, dass die Richtlinienbestimmungen unmittelbar anzuwenden wären (vgl. dazu VfSlg 15.311/1998).

Darüber hinaus zeigt die bisherige Erfahrung, dass die EG-Kommission bei der Konformitätsprüfung aus naheliegenden Gründen am Wortlaut des Umsetzungsaktes anknüpft. Für eine an der EG-Terminologie orientierte Umsetzung sprachen daher auch Praktikabilitätsabwägungen.

- 3.3. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits mehrfach (vgl. dazu Erkenntnis vom 30. November 2000, G 110, 111/99; 26. Februar 2001, G 43/00; 9. Oktober 2001 G 10/01; 26. Februar 2002 G 351/01 ua.) festgehalten, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren nur im Oberschwellenbereich in umfassender Weise zu regeln. Das Fehlen von außenwirksamen gesetzlichen Regelungen, durch die unmittelbare subjektive Rechtspositionen auf Einhaltung vergabegesetzlicher Vorschriften eingeräumt würden, könne nicht dadurch substituiert werden, dass die zivilgerichtliche Judikatur ohnehin auch bei Fehlen gesetzlicher Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche von Bewerbern und Bietern anerkannt habe. Es liegt daher nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes nicht im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, festzusetzen, in welchen Bereichen er die Garantien eines durchnormierten Vergabeverfahrens gewähren möchte. Das schließt jedoch nach Auffassung des VfGH nicht aus, dass der Gesetzgeber im Unterschwellenbereich vereinfachte Vorschriften vorsehen und so auf ein aufwendiges Vergabeverfahren verzichten kann. Bietern im Unterschwellenbereich aber nicht einmal ein Minimum an gesetzlichen Verfahrensgarantien zu gewährleisten, ist nach Ansicht des VfGH sachlich nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist aber auch verfassungswidrig, einen vergabespezifischen Rechtsschutz nur oberhalb gewisser Schwellenwerte zur Verfügung zu stellen und sich bei wertmäßig kleineren Vergaben mit einem gerichtsformigen, jedoch vergaberechtlich nicht so effektiven Rechtsschutz zu begnügen.

Aus dieser Judikatur des VfGH folgt, dass – falls der Gesetzgeber spezifische vergaberechtliche Regelungen sowohl im materiellrechtlichen Bereich wie auch beim Rechtsschutz einführt (im Oberschwellenbereich ist dies gemeinschaftsrechtlich geboten) – es verfassungsrechtlich geboten ist, ein, wenn auch zulässiger Weise vereinfachtes, vergabespezifisches Regime für den Unterschwellenbereich zur Verfügung zu stellen ist.

- 3.4. Im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit der Vorschriften, die für die Vergabe öffentlicher Aufträge einschlägig sind und auf Grund der unter Punkt 3.3. genannten Erkenntnisse des VfGH, beinhaltet das BVergG selbst nunmehr sämtliche in diesem Zusammenhang relevanten Regelungen sowohl für den Oberschwellen- wie auch für den Unterschwellenbereich. Um eine praxisgerechte Anwendbarkeit zu gewährleisten, soll ein möglichst homogenes Regelungsnetzwerk, sowohl für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich, geschaffen werden. Abweichende Regelungen existieren nur für wenige Regelungsbereiche (zB Sektorenbereich) bzw. dort, wo etwa europarechtlich gebotene Bestimmungen für den Unterschwellenbereich unangemessen wären (zB Fristenregelungen, Bekanntmachungen) oder Sonderregelungen für eine praxisgerechte Vorgangsweise sachlich erforderlich sind (vgl. etwa die §§ 26 und 27). Eine Ausnahme von diesem Regelungsansatz bilden die Vorschriften betreffend elektronische Auktionen und Rahmenvereinbarungen. Mit diesen neuen Vergabeinstrumentarien für den Unterschwellenbereich sollen künftige Entwicklungen auf europäischer Ebene im Sinne einer Erprobung vorweggenommen werden. Eine Verankerung der elektronischen Auktionen und der Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich war jedoch auf Grund der derzeitigen Textierung der Vergaberichtlinien, die diese Beschaffungsformen nicht zulassen, gemeinschaftsrechtlich (noch) nicht möglich. Entsprechende Neuregelungen werden derzeit auf europäischer Ebene diskutiert, es ist aber aus heutiger Sicht nicht abschätzbar, wann die Beschlussfassung der neuen Fassung der Richtlinien erfolgen könnte.

Von der bisher üblichen Verweistechnik (vgl. etwa § 13 BVergG 1997) wurde Abstand genommen. Einige Bestimmungen der ÖNORM sind ihrem Wesen nach Werkvertragsnormen. Eine Übernahme dieser Regelungen unterblieb auf Grund der Überlegung, dass Auftraggeber selbst festlegen sollten, welche Regelungen für eine spezifische Vergabe gelten sollen. (vgl. dazu insbesondere die „Checkliste“ des § 80). Die ÖNORM hat jedoch insoweit indirekt Relevanz als gemäß der Judikatur des OGH (vgl. dazu 10 Ob 212/98v) deren Grundsätze mittelbar Anwendung finden, „weil speziell ÖNORMen nach hA als Maßstab für die Sorgfaltspflichten angesehen werden, die den Ausschreibenden im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten treffen“. Wenn und soweit daher im Gesetz selbst keine detaillierten Regelungen getroffen werden, so bilden die Bestimmungen der ÖNORM (insbesondere für den klassischen Bereich die ÖNORM A 2050, Ausgabe 2000) den Prüfmaßstab der Sachlichkeit für etwaige Festlegungen des Auftraggebers (zB bei der Frage der Angemessenheit der Höhe der Kautions). Trifft der Auftraggeber hingegen keine Regelungen, so finden die Grundsätze der ÖNORM unmittelbar Anwendung (vgl. hierzu insbesondere § 80 iVm Punkt 5.3 der ÖNORM).

- 3.5. Die Anhänge wurden vereinfacht (Verweis auf die Richtlinie betreffend die zu verwendenden Standardformulare) und sprachlich neu gefasst. Darüber hinaus wurde in Anhang V die Liste der zentralen Beschaffungsstellen in ihrer derzeit aktuellen Version in das BVergG aufgenommen.
- 3.6. Auf Grund der Vielzahl der neu zu fassenden Bestimmungen, der neuen Strukturierung und zur Wahrung der Übersichtlichkeit sieht der vorliegende Entwurf eine Neuerlassung des BVergG anstatt einer Einzelnovellierung vor.

#### **4. Kompetenzgrundlage**

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung des Art. 1, des Art. 4 und der in Art. 2 dieses Bundesgesetzes enthaltenen Verfassungsbestimmungen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG. Soweit die Erlassung der in Art. 2 dieses Bundesgesetzes enthaltenen Bestimmungen nicht schon bisher in Gesetzgebung Bundes-sache war, ergibt sich die Zuständigkeit zu deren Erlassung aus Art. 150 Abs. 2 B-VG iVm. Art. 1 dieses Bundesgesetzes. Die Zuständigkeit zur Erlassung des Art. 3 dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG.

#### **5. Verfassungsbestimmungen**

Abgesehen von den Verfassungsbestimmungen des Art. 1 (Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes) und Art. 4 (Übergangsbestimmung) enthält dieses Bundesgesetz in Art. 2 folgende Verfassungsbestimmungen: § 135 Abs. 3 BVergG (sinngemäße Geltung des Art. 89 B-VG auch für das Bundesvergabeamt), § 139 Abs. 1 BVergG (Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Mitglieder der Bundes-Vergabekontrollkommission und des Bundesvergabeamtes), § 140 Abs. 2 BVergG (Bindung der im gemeinsamen Geschäftsapparat der Bundes-Vergabekontrollkommission und des Bundesvergabeamtes tätigen Bediensteten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an die fachlichen Weisungen des jeweiligen Vorsitzenden), § 188 Abs. 6 Z 2 BVergG (In-Kraft-Treten der Verfassungsbestimmungen des BVergG) und § 188 Abs. 6 Z 4 BVergG (Außer-Kraft-Treten der Verfassungsbestimmungen des BVergG 1997).

#### **6. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens**

Im Hinblick auf die im vorliegenden Entwurf enthaltenen Verfassungsbestimmungen kann dieser gemäß Art. 44 Abs. 1 B-VG vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden. Da durch den Entwurf die Zuständigkeit der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung eingeschränkt werden soll, bedarf er überdies gemäß Art. 44 Abs. 2 B-VG der in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen zu erteilenden Zustimmung des Bundesrates.

#### **7. Finanzielle Auswirkungen**

- 7.1. Eine genaue Abschätzung der mit dem vorliegenden Entwurf verbundenen Einsparungen ist nicht möglich (vgl. dazu bereits die im Jahre 1990 im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen durchgeführte Studie über die ökonomischen Auswirkungen einer Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, erschienen unter dem Titel „Ende des Protektionismus ökonomische Effekte der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich“, herausgegeben von J. M. BAUER und M. MARTERBAUER im Servicefachverlag Wien 1991, insbesondere S 144).
- 7.2. Andererseits sind mit der durch den vorgelegten Entwurf ins Auge gefassten Transparenz, Liberalisierung und Internationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens im Rahmen der Ge-

meinschaft bzw. des Europäischen Wirtschaftsraumes gesamtwirtschaftliche Kostenvorteile verbunden, welche ebenfalls aus folgenden Faktoren resultieren: Ein Effekt ergibt sich aus dem intensivierten Wettbewerb, der zusätzlichen Preisdruck auf die heimischen Produzenten ausübt. Der zweite Effekt resultiert aus langfristigen Strukturänderungen der Industrie, vor allem in Form von Unternehmenskonzentrationen (vgl. Paolo CECCHINI, Europa 92: Der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden 1988). Weitere Einsparungen sollten sich durch die konsequente Nutzung der elektronischen Beschaffungsformen sowie durch die Konzentration von Vergabeverfahren des Bundes seitens der Bundesbeschaffung-GesmbH ergeben.

- 7.3. Betreffend die Einsparungen auf Grund des mit einer Liberalisierung des öffentlichen Vergabewesens verbundenen stärkeren Wettbewerbs ist auf Folgendes zu verweisen. 1988 wurden vom öffentlichen Sektor in Österreich Aufträge im Wert von 207 Milliarden Schilling vergeben, 1999 wurden bereits öffentliche Aufträge im Wert von 35,23 Milliarden Euro, dies entspricht 17,9% des BIP, vergeben. Bei einer konsequenten Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich wird nach Schätzungen kurzfristig mit jährlichen Einsparungen in der Höhe von 1% des Gesamtauftragswertes gerechnet, das langfristige Sparpotenzial wird auf 2% des Gesamtauftragswertes geschätzt. Jeweils etwa 80% dieser Preissenkungen würden sich im Bereich des Bundes und der Bundesunternehmen ergeben. Einsparungen ergeben sich weiters durch die effiziente Organisation des Vergabewesens des Bundes in Form der Bundesbeschaffung GesmbH. Durch Volumensbündelung und Prozessoptimierung im Bereich der Bundesbeschaffung wird eine jährliche Einsparung von zirka 41,5 Millionen Euro allein bei den Beschaffungsgruppen Strom, Erdgas/Wärme, Telekomleistungen, Post und Datenleitungen, Reinigungsdienstleistungen, Fuhrpark, Treibstoffe, Transporte und IT-Beschaffungen (vgl. dazu näher die Verordnung BGBl. II Nr. 208/2001) erwartet. Durch die allfällige Einbeziehung weiterer Beschaffungsgruppen wird eine weitere Erhöhung des Einsparpotenzials erwartet (vgl. dazu näher die Erläuterungen zum BB-GmbH-Gesetz, 486 BlgNR XXI. GP, S 7/8). Darüber hinaus ist auf zu erwartende Einsparungseffekte durch die gezielte Nutzung bestimmter Formen der elektronischen Auftragsvergabe sowie auf die Nutzung der elektronischen Medien (Einsatz von e-mail, Verwendung von Ausschreibungsdatenbanken usw.) zu verweisen. Nach einer Studie der KPMG Consulting AG für das BMWi in Berlin (Juli 2001) beträgt das Einsparpotenzial von inversen elektronischen Auktionen gegenüber traditionellen Beschaffungsmethoden zwischen 5 und 7% bezogen auf die jeweiligen Einkaufspreise. Durch die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Benachrichtigungen und anderen Texten im Zuge des Vergabeverfahrens via e-mail wird einerseits eine rasche aber auch zugleich eine sehr kostengünstige Übermittlung ermöglicht. Auch die Möglichkeit des Abrufes von Ausschreibungsbekanntmachungen und Ausschreibungsunterlagen über das Internet trägt zu einer kostengünstigen Abwicklung des Vergabeverfahrens bei. Der Einsatz von elektronischen Medien kann aber darüber hinaus zu weiteren signifikanten Einsparungen führen: Erfahrungen zeigen, dass durch die gezielte Verständigung von Unternehmen durch Betreiber von Ausschreibungsdatenbanken der (traditionelle) Anbieterkreis wesentlich erweitert werden konnte und der Auftraggeber bei Einzelvergaben Einsparungen in der Höhe von bis zu 40% (im Vergleich zu bisherigen Vergabesummen) erzielen konnte. Schlussendlich ist auch auf Einsparungen im Justizbereich zu verweisen, da die ordentlichen Gerichte im bisherigen Unterschwellenbereich von der Durchführung der Nachprüfungsverfahren entlastet werden.
- 7.4. Seit dem In-Kraft-Treten des BVergG 1993 wurden insgesamt 1 316 Kontrollverfahren abgewickelt (Stand 1. Dezember 2001): 1994 30 Verfahren, 1995 56 Verfahren, 1996 92 Verfahren, 1997 178 Verfahren, 1998 166 Verfahren, 1999 244 Verfahren, 2000 224 Verfahren, 2001 326 Verfahren.
- 7.5. Die seit dem In-Kraft-Treten des BVergG 1993 gemachten Erfahrungen zeigen, dass der Verwaltungsaufwand für Schlichtungs- und Nachprüfungsverfahren im Rahmen des 4. Teils (nunmehr 5. Teil) gering gehalten werden konnte. Der Aufwand für Sitzungen der Bundes-Vergabekontrollkommission und des Bundesvergabeamtes betrug im Jahr 2000 767.660 S.
- 7.6. Die Aufgaben der Geschäftsführung der Organe werden derzeit durch eine bereits vor der Konstituierung der Vergabekontrollbehörden bestandene Abteilung des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten (nunmehr Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit), die für allgemeine Angelegenheiten des Vergabewesens zuständig ist, wahrgenommen. Mit den Aufgaben der Geschäftsführung der Vergabekontrolle gemäß § 14 der jeweiligen Geschäftsordnung (nach Genehmigung durch die Bundesregierung verlautbart im Amtsblatt zur Wiener Zei-

tung vom 10. August 1994) sind derzeit (Stand Dezember 2001) überwiegend befasst: ein Vertragsbediensteter der Verwendungsgruppe B und ein Vertragsbediensteter der Verwendungsgruppe C sowie 1,5 Schreibkräfte. Die Heranziehung von rechtskundigen Referenten zu Schriftföhrertätigkeiten erfolgt durchschnittlich im Ausmaß von ein bis zwei Personen (Verwendungsgruppe A1 bzw. A).

- 7.7. Derzeit föhren neun nebenberuflich tätige Richter den Vorsitz in den Senaten des Bundesvergabeamtes. Bedingt durch die Neuorganisation des Rechtsschutzes ist ein erhöhter Personalbedarf zu erwarten. Auf Grund der Schätzungen von Eurostat wurden in Österreich im Jahr 1999 öffentliche Aufträge im Wert von 35,23 Milliarden Euro, dies entspricht 17,9% des BIP, vergeben. Im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften wurden 1999 Bekanntmachungen von Aufträgen mit einem geschätzten Wert von 2,46 Milliarden Euro veröffentlicht. 2000 betrug der geschätzte Wert der im Amtsblatt veröffentlichten Bekanntmachungen bereits 4,76 Milliarden Euro. Die Anzahl jener Auftraggeber, die Bekanntmachungen im Amtsblatt veröffentlichten betrug 1999 477, 2000 waren es 486 Auftraggeber. Diese Auftraggeber veröffentlichten 1999 2 515 und 2000 2 729 Aufforderungen zum Wettbewerb. Auf der Basis der bisherigen Erfahrungen, einer stichprobenartigen Umfrage des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienstes und der seitens der Europäischen Kommission zur Verfügung gestellten Statistiken ist davon auszugehen, dass das Verhältnis der Verfahren im Oberschwellenbereich zu den Verfahren im Unterschwellenbereich durchschnittlich zumindest 1 : 10 beträgt (bei einzelnen Auftraggebern könnte diese Anzahl geringer sein, bei anderen Auftraggebern könnte dieses Verhältnis signifikant zugunsten der Aufträge im Unterschwellenbereich lauten). Auf Grund der Tatsache, dass im Unterschwellenbereich in einem weit gehenden Ausmaß wenig formalisierte Vergabeverfahren (insbesondere Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung) zur Verfügung gestellt werden (vgl. dazu die §§ 26 und 27) ist zu erwarten, dass im Bereich dieser Verfahren weniger Nachprüfungsverfahren anhängig gemacht werden. So ist etwa bei der Durchführung einer Direktvergabe nur in Ausnahmefällen zu erwarten, dass Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden. Darüber hinaus wurden erst vor kurzem die Agenden der Bundesstrassen den Ländern übertragen (vgl. dazu das Bundesstraßen-Übertragungsgesetz, BGBl. I Nr. 50/2002), sodass dieser Bereich zukünftig von den Ländern zu kontrollieren sein wird. Gemäß § 4a des Zweckzuschussgesetzes 2001, BGBl. Nr. 691/1988 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2002, fallen somit Auftragsvergaben in der Höhe von über 500 Millionen Euro jährlich zukünftig in die Kontrollbefugnis der Landesvergabe-kontrollinstanzen und nicht mehr, wie bisher, in die Kontrollbefugnis des Bundesvergabeamtes.
- 7.8. Die Einführung der Bestimmungen über den Gebührenersatz im Nachprüfungsverfahren soll den durch die Neuorganisation des Rechtsschutzes bedingten finanziellen Mehraufwand abmildern. Die Höhe der Einnahmen auf Grund der Gebühren ist derzeit noch nicht abschätzbar, da weder die Anzahl der angefochtenen Verfahren noch die diesen zu Grunde liegenden Auftragssummen bekannt sind.

## **8. Umzusetzende EG-Rechtsvorschriften**

- 8.1. Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S 33, in der Fassung von Art. 41 der Richtlinie 92/50/EWG.
- 8.2. Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenrechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 76 vom 23. März 1992, S 14.
- 8.3. Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungsrichtlinie), ABl. Nr. L 209 vom 24. Juli 1992, S 1.
- 8.4. Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (Lieferkoordinierungsrichtlinie), ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993, S 1.
- 8.5. Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Baukoordinierungsrichtlinie), ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993, S 54.

- 8.6. Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenrichtlinie), ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993, S 84.
- 8.7. Richtlinie 94/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen, ABl. Nr. L 164 vom 30. Juni 1994, S 3.
- 8.8. Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 328 vom 28. November 1997, S 1.
- 8.9. Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 101 vom 1. April 1998, S 1.
- 8.10. Richtlinie 2001/78/EG der Kommission vom 13. September 2001 zur Änderung des Anhangs IV der Richtlinie 93/36/EWG des Rates, der Anhänge IV, V und VI der Richtlinie 93/37/EWG des Rates, der Anhänge III und IV der Richtlinie 92/50/EWG des Rates, in der durch die Richtlinie 97/52/EG geänderten Fassung, sowie der Anhänge XII bis XV, XVII und XVIII der Richtlinie 93/38/EWG des Rates, in der durch die Richtlinie 98/4/EG geänderten Fassung (Richtlinie über die Verwendung von Standardformularen für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge), ABl. Nr. L 285 vom 29. Oktober 2001, S 1.

### Besonderer Teil

#### Zu Artikel 1:

##### Zu Z 1 (Art. 14b):

Der Kompetenzbegriff „öffentliches Auftragswesen“ ist dem Gemeinschaftsrecht entlehnt (vgl. Punkt 6.30 der Sachgebietgliederung des Fundstellennachweises des geltenden Gemeinschaftsrechts). Er ist insofern ein offener Begriff, als er nicht nur zur Umsetzung des derzeit geltenden abgeleiteten Gemeinschaftsrechts (vgl. die in § 192 BVerfG aufgezählten Richtlinien), sondern auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte und der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auf diesem Gebiet ermächtigen soll.

Beim Kompetenztatbestand „öffentliches Auftragswesen“ handelt es sich um Sonderzivilrecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge; dieser Kompetenztatbestand ermächtigt also (auch) zur Erlassung staatspezifischer Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu „echten“ Privaten, nicht jedoch zu Regelungen über die Rechtsfähigkeit, die Vertretung und die interne Willensbildung der Gebietskörperschaften (siehe näher *Thienel*, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 [624]). Im Sinne der vom Verfassungsgerichtshof entwickelten „Wesenstheorie“ (VfSlg. 2192/1951) wird der neue Kompetenztatbestand in einem weiten Sinn zu verstehen sein. Von der Einführung des neuen Kompetenztatbestandes unberührt bleiben jedoch insbesondere die Kompetenztatbestände des Art. 10 Abs. 1 Z 2 B-VG („äußere Angelegenheiten ...“), des Art. 10 Abs. 1 Z 16 B-VG („Einrichtung der Bundesbehörden und sonstigen Bundesämter“) und des Art. 11 Abs. 2 B-VG („Verwaltungsverfahren ...“).

Bei dem in Art. 14b Abs. 2 verwendeten Begriff „Aufträge“ handelt es sich ebenfalls um einen dem Gemeinschaftsrecht entlehnten Begriff; erfasst sind also nicht nur Aufträge im engeren Sinn, sondern insbesondere auch Konzessionsverträge sowie die Durchführung von Wettbewerben („Leistungen“ im Sinne des § 1 BVerfG). Die Abgrenzung der Vollziehungsbereiche des Bundes und der Länder nach Abs. 2 Z 1 und 2 richtet sich nach dem Kreis der in Betracht kommenden Auftraggeber. „Vollzogen“ werden die Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens aber selbstverständlich nicht von diesen, sondern von den mit der Vollziehung betrauten Behörden (vgl. Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG [„Zivilrechtswesen“]).

Die Regelung des Art. 14b Abs. 2 zweiter Satz entspricht jener des § 8 Abs. 1 BezBegrBVG, wonach auch Gemeinden mit weniger als 20 000 Einwohnern der Kontrolle des Rechnungshofes unterliegen (siehe näher *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle [2000], Art. 121 B-VG, Rz 18).

Nach dem sogenannten Adhäsionsprinzip umfasst die Kompetenz zur Regelung eines ausdrücklich genannten – meist materiellen – Sachbereiches die Kompetenz zur Regelung weiterer, nicht ausdrücklich genannter – meist formeller Bereiche, darunter ua. das Verfahrensrecht (vgl. zB *Walter/Mayer*, Bundes-

verfassungsrecht<sup>9</sup> [2000], Rz 259). Für den Bereich des „öffentlichen Auftragswesens“ ist das Adhäsionsprinzip insofern durchbrochen, als die Regelung der Angelegenheiten der „Nachprüfung“ im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs. 2 Z 2 nicht nach Art. 14b Abs. 1 Sache des Bundes als des zuständigen Materiengesetzgebers, sondern nach Art. 14b Abs. 3 Sache der Länder ist. Nicht zu den Angelegenheiten des Art. 14b Abs. 3 gehört die Organisation der Vergabekontrollbehörden der Länder (zB besonderer Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag oder der unabhängigen Verwaltungssenate), welche bereits gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG („Organisation der Verwaltung in den Ländern“) bzw. gemäß Art. 129b Abs. 6 B-VG („Organisation der unabhängigen Verwaltungssenate“) in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache ist. Auch das Dienstrecht der Mitglieder dieser Behörden ist vom Kompetenztatbestand des Art. 14b Abs. 3 nicht umfasst, da sich eine entsprechende Kompetenz bereits aus Art. 21 B-VG bzw. aus Art. 129b Abs. 6 B-VG ergibt.

Von der Einführung des Kompetenztatbestandes des Art. 14b Abs. 3 unberührt bleibt die Bedarfskompetenz des Bundes nach Art. 11 Abs. 2 B-VG („Verwaltungsverfahren ...“). Zum Verhältnis des Art. 14b Abs. 3 zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung des Verfahrens der unabhängigen Verwaltungssenate nach Art. 129b Abs. 6 B-VG wird Folgendes bemerkt: Nach hM ist der Ausdruck „Bundesgesetz“ in Art. 129b Abs. 6 B-VG als „Bezugnahme auf das gesamte, durch Art. 11 Abs. 2 B-VG angelegte System des Verwaltungsverfahrensrechts“ zu deuten und davon auszugehen, „der Verfassungsgesetzgeber habe damit das AVG als Bedarfsgesetz und Grundregel gemeint, die möglicherweise bestehenden ergänzenden und abweichenden Verfahrensvorschriften der Länder aber nicht ausschließen wollen“ (Mayer, Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, in Walter [Hrsg.], Verfassungsänderungen 1988 [1989], 83 [103 f] sowie, im Anschluss an diesen, Thienel, Verfahren der Verwaltungssenate<sup>2</sup> [1992], 21 ff; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>7</sup> [1999], Rz 42/1; Köhler, Art. 129b B-VG, in Korinek/Holoubek [Hrsg.], Bundesverfassungsrecht, Rz 5 [1999]). In eben diesem durch Art. 129b Abs. 6 B-VG vorausgesetzten Umfang – aber auch nur in diesem – kann das von einem unabhängigen Verwaltungssenat im Rahmen der Vergabekontrolle anzuwendende Verfahrensrecht, gestützt auf Art. 14b Abs. 3, durch Landesgesetz geregelt werden. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung des Verfahrens der unabhängigen Verwaltungssenate nach Art. 129b Abs. 6 B-VG bleibt also ebenfalls unberührt.

Die in Art. 14b Abs. 3 und 6 verwendeten Begriffe „Nachprüfung“ bzw. „Nachprüfungsverfahren“ sind dem Gemeinschaftsrecht entlehnt (vgl. den Langtitel der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG). Zu den Angelegenheiten im Sinne des Art. 14b Abs. 3 gehören insbesondere die Behördenzuständigkeit (vgl. § 159 BVergG), die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten (vgl. die §§ 160 und 161 BVergG), – vom AVG abweichende oder dieses ergänzende – Vorschriften für das (Nachprüfungs- oder Feststellungs-)Verfahren einschließlich der Parteistellung (vgl. die §§ 162 bis 177 BVergG), nicht jedoch die außerstaatliche Kontrolle (vgl. die §§ 178 bis 180 BVergG).

Nach Art. 14b Abs. 4 erster Satz hat der Bund den Ländern Gelegenheit zu geben, bereits bei der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens mitzuwirken (vgl. § 3 Z 2 des Bundesministeriengesetzes 1986). Zweck dieser Bestimmung ist es, den Ländern Gelegenheit zu geben, ihre in der Vollziehungspraxis gemachten Erfahrungen bereits im Stadium der Erarbeitung von entsprechenden Gesetzentwürfen einzubringen. Die Mitwirkung soll dabei in der Form erfolgen, wie sie aus Anlass der Erarbeitung des BVergG (2002) von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Vereinheitlichung des Vergaberechtes bereits praktiziert worden ist. Art. 14b Abs. 4 zweiter Satz folgt Art. 102 Abs. 1 und 4 und Art. 129a Abs. 2 B-VG mit der Maßgabe, dass nach dieser Bestimmung immer die Zustimmung aller Länder erforderlich ist.

Die Kompetenz zur Erlassung von Durchführungsverordnungen zu den nach Art. 14b Abs. 1 ergehenden Bundesgesetzen soll gemäß Art. 14b Abs. 5 erster Satz grundsätzlich dem Bund zukommen (vgl. Art. 11 Abs. 3 erster Satz B-VG). Zu Art. 14b Abs. 5 zweiter Satz siehe sinngemäß die Erläuterungen zu Art. 14b Abs. 4 erster und zweiter Satz.

Art. 14b Abs. 6 ist eine Sonderbestimmung zu Art. 19 Abs. 1 B-VG (vgl. VfSlg. 15.578/1999) und Art. 118 Abs. 4 B-VG; sie gilt für den Bereich des Bundes und der Länder. Zur Notwendigkeit der Nennung „Privater“ siehe Thienel, Kontrolle Privater – Vergabeentscheidungen durch die UVS?, ecolx 1998, 76. Siehe im Übrigen die Erläuterungen zu Art. 4 dieses Bundesgesetzes.

#### **Zu Z 2 (Art. 102 Abs. 2):**

Soweit sie in Vollziehung Bundessache sind, sollen die Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, wie bisher, in unmittelbarer Bundesverwaltung besorgt werden können.

**Zu Z 3 (Art. 131 Abs. 3):**

Durch die vorgeschlagene Änderung des Art. 131 Abs. 3 B-VG soll dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit eröffnet werden, auch Beschwerden gegen Bescheide des Bundesvergabeamtes unter den in Art. 131 Abs. 3 B-VG genannten Voraussetzungen ablehnen zu können. Da das Bundesvergabeamt als „gerichtsäquivalente Kontrollbehörde“ eingerichtet wird, die mit anderen bereits bestehenden Kontrollbehörden (insbesondere daher mit den unabhängigen Verwaltungssenaten) vergleichbar ist, ist die Erweiterung der Ablehnungsmöglichkeit sachgerecht. Darüber hinaus verlangt die nunmehr vorgesehene Möglichkeit der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes auch im Hinblick auf die voraussichtliche zusätzliche Belastung des Gerichtshofes die Ausdehnung des Ablehnungsrechtes in der vorgeschlagenen Weise.

**Zu Z 4 (Art. 151 Abs. 27):**

Gemäß Abs. 27 erster Satz soll die Kompetenzbestimmung des Art. 14b gemeinsam mit den sonstigen Änderungen des B-VG erst mit 1. Jänner 2003 in Kraft treten (siehe aber die Übergangsbestimmung des Art. 4 dieses Bundesgesetzes). Der neuen Kompetenzrechtslage entsprechende Bundes- und Landesgesetze können allerdings, gestützt auf Art. 150 Abs. 2 B-VG, bereits vor diesem Zeitpunkt erlassen werden; der Bund macht von dieser Ermächtigung mit der Erlassung des Art. 2 dieses Bundesgesetzes – soweit die Erlassung der darin enthaltenen Bestimmungen nicht schon bisher in Gesetzgebung Bundessache war – Gebrauch.

Soweit am 1. Jänner 2003 in Geltung stehende Landes(vergabe)gesetze Angelegenheiten regeln, die nach der neuen Kompetenzrechtslage in Gesetzgebung Bundessache sind, werden sie gemäß Abs. 27 zweiter Satz mit diesem Zeitpunkt zu (partikulären) Bundesgesetzen. Gemäß Abs. 27 dritter Satz soll ein solches Bundesgesetz mit dem In-Kraft-Treten eines auf Grund des Art. 14b Abs. 3 ergehenden Landesgesetzes – welches also die erforderlichen Anpassungen an das BVergG enthält –, spätestens jedoch mit Ablauf des 30. Juni 2003 außer Kraft treten; gleichzeitig sollen die entsprechenden Bestimmungen des BVergG insoweit (also für den Vollziehungsbereich dieses Landes) in Kraft treten. Abs. 27 dritter Satz enthält nur eine Außer-Kraft-Tretens-Regelung und keine „Bestandsgarantie“; die Ermächtigung der Bundesgesetzgebung, solche Bundesgesetze zu ändern oder aufzuheben, bleibt unberührt.

**Zu Artikel 2:**

Allgemein wird hinsichtlich der mit dem BVergG 1993 und 1997 übereinstimmenden Bestimmungen zu deren Verständnis – sofern im nachfolgenden die Ausführungen nicht bereits übernommen wurden – auf die einschlägigen Erläuterungen des BVergG 1993 und 1997 verwiesen.

**Zum 1. Teil:****Zu § 1:**

§ 1 enthält eine allgemeine und programmatische Umschreibung des Geltungsbereiches des BVergG. Vergabeverfahren sind demnach alle Vorgänge (Verfahren) zur Beschaffung von Leistungen im weitesten Sinn. Wird daher im folgenden der Begriff Vergabe oder Beschaffung von „Leistungen“ im Gesetz verwendet, so bezieht sich dies auf die Vergabe aller in § 1 genannten Auftrags- und Vertragstypen.

**Zu § 2:**

§ 2 umschreibt Lieferaufträge entsprechend Art. 1 lit. a der Lieferrichtlinie 93/36/EWG. Zum Begriff der „Waren“ wird auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes verwiesen (vgl. dazu etwa Rs 7/68, Rs 215/87; zur Abgrenzung zum Begriff der Dienstleistung siehe ua. Rs 155/73). Strom ist daher eine Ware im Sinne von § 2 (vgl. Rs C-393/92 und C-158/94).

**Zu § 3:**

§ 3 umschreibt die dem Anwendungsbereich des vorliegenden Gesetzesentwurfes unterliegenden Bauaufträge entsprechend Art. 1 lit. a der Baurichtlinie 93/37/EWG.

In Anlehnung an die Diktion der Baurichtlinie verwendet § 3 neben dem Begriff „Bauftrag“ die Begriffe „Bauvorhaben“, „Bauwerk“ und „Bauleistung“. Das „Bauwerk“ ist nach seiner Definition (§ 20 Z 7) das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllt und umfasst daher die Herstellung eines (funktionsfähigen) Ganzen (zB ein Gebäude, eine Straße, ein Bauabschnitt einer Straße, eine Brücke), das bis zur letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist. Die zur Herstellung dieses Ganzen erforderlichen Leistungen sind die Bauleistungen. Demgegenüber ist der Begriff des „Bauvorhabens“ der umfassendere, der neben der Erstellung eines Bauwerkes auch andere Bauleistungen erfasst. So stellen etwa Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen Bauvorhaben, nicht aber Bauwerke dar. Somit ist jede Erstellung eines Bauwerkes ein Bauvorhaben, aber nicht jedes Bauvorhaben identisch mit der Erstel-

lung eines Bauwerkes. Mit der „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“ sind die Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträge angesprochen, bei denen der Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke (und nach seinen Vorgaben) bauen lässt.

Aus den bereits genannten Gründen wird bewusst die Wortwahl der Richtlinien wiedergegeben. Im Falle der Z 1 führt dies jedoch zu einer gewissen sprachlichen Ungenauigkeit. In der englischen Fassung der betreffenden Bestimmung (Art. 1 lit. a der Baurichtlinie) lautet die Definition: „public works contracts ‘ are contracts ... which have as their object either the execution, or both the execution and design, of works related to one of the activities referred to in Annex II“. Die französische Sprachversion stimmt mit der englischen überein. Die Begriffe „Ausführung“ bzw. „Ausführung und Planung“ beziehen sich daher nicht auf das „Bauvorhaben“ sondern auf Tätigkeiten (i.e. Bauleistungen). Z 1 ist daher wie folgt zu verstehen: Vertragsgegenstand des Bauauftrages ist die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten für ein Bauvorhaben.

#### **Zu § 4:**

Durch § 4 Abs. 1 wird Art. 1 lit. a der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG umgesetzt. Zum Begriff der Dienstleistung ist insbesondere auf die Judikatur des Gerichtshofes zu verweisen (vgl. ua. Rs 155/73, Rs C-279/80, C-352/85, C-275/92, C-109/92, C-159/90). Die Umsetzung orientiert sich am Wortlaut der genannten Richtlinie, es wurden jedoch geringfügige sprachliche Anpassungen vorgenommen.

Mangels einer korrekten und aktuellen Entsprechungstabelle zur gemeinschaftlichen Nomenklatur CPV wird in **Anhang III** und **IV**, ebenso wie in der Richtlinie, allein auf die CPC-Referenznummer verwiesen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die vorläufige Fassung der CPC-Nomenklatur die allein für die Abgrenzung des Geltungsbereiches der Richtlinie entscheidende Nomenklatur ist (vgl. dazu Rs C-76/97, Tögel).

Die in der Richtlinie 92/50/EWG nicht enthaltene Bestimmung des Abs. 2 wurde zur Klarstellung in das BVergG aufgenommen. Eine „öffentliche Dienstleistungskonzession“ ist ein „Vertrag anderer Art als eine öffentliche Baukonzession im Sinne der Baukoordinierungsrichtlinie, der zwischen einem Auftraggeber und einer anderen Stelle geschlossen wird, und auf Grund dessen der Auftraggeber die Ausführung einer Tätigkeit zugunsten der Öffentlichkeit, die seiner Verantwortung untersteht, einer anderen Stelle seiner Wahl überträgt, die die Tätigkeit gegen ein Nutzungsrecht, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung einer Vergütung ausführt“. Diese in den Richtlinienvorschlägen der Kommission noch enthaltene Definition, wurde in den endgültigen Text der Richtlinie jedoch nicht aufgenommen (zu den Merkmalen einer Dienstleistungskonzession vgl. ebenfalls die Schlussanträge von Generalanwalt Alber in der Rs C-108/98, R.I.SAN Srl gegen Comune di Ischia, Rz 50, sowie die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. Nr. C 121 vom 29. April 2000, S 2). Der EuGH hat bereits mehrfach festgehalten (vgl. zB C-324/98, Telaustria), dass Dienstleistungskonzessionsverträge nicht von der Dienstleistungsrichtlinie erfasst werden. Der Gerichtshof hat aber auch festgehalten, dass bei der Vergabe derartiger Verträge die Grundsätze des EGV und insbesondere das Transparenzgebot eingehalten werden müssen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher ein gewisser Mindeststandard für Regelungen betreffend die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen. Diese grundsätzlichen Transparenzregelungen sollen im BVergG selbst getroffen werden, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

#### **Zu § 5:**

§ 5 übernimmt die Abgrenzungsregelung des Art. 2 der Dienstleistungsrichtlinie.

#### **Zu § 6:**

Allgemein ist zu Abs. 1 festzuhalten, dass im Lichte der Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs C-318/94, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland) die Ausnahmenvorschriften jedenfalls eng auszulegen sind; die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will. Ausnahmetatbestände, welche die Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausschließen, sind insbesondere vor dem Hintergrund der dadurch bewirkten Einschränkung der Grundfreiheiten eng auszulegen. Der Ausschluss gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen muss daher durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt und geeignet sein, das gewünschte Ergebnis herbeizuführen, sowie die gelindeste

Maßnahme im Hinblick auf die Zielerreichung darstellen. Die in § 6 Abs. 1 angeführten Ausnahmetatbestände sind taxativ.

Die Z 1 wird in Anlehnung an die Ausnahmebestimmungen der Richtlinien formuliert.

Das Gesetz ist gemäß der Z 2 auch auf Liefer- oder Dienstleistungsaufträge im Bereich der Verteidigung anzuwenden, es sei denn Art. 296 EGV findet Anwendung. Gemäß Art. 296 Abs. 1 lit. b kann jeder Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen. Am 15. April 1958 hat der Rat eine Liste von Waren festgelegt, die unter diese Regelung fallen, wenn sie für militärische Zwecke bestimmt sind. Dementsprechend gilt die Ausnahmevorschrift auch für Dienstleistungsaufträge, wenn diese mit in der Liste aufgeführten Waren in Zusammenhang stehen, zB für Planung, Beförderung und Wartung usw. dieser Waren. Der Gerichtshof hat auf Grund des „begrenzten Charakters“ des Art. 296 eine extensive Auslegung dieser Bestimmung abgelehnt (vgl. Rs C-414/97).

Die Z 4 erfasst neben bilateralen Entwicklungshilfe-Abkommen im Sinne des Entwicklungshilfegesetzes, BGBl. Nr. 474/1974, in der geltenden Fassung ua. auch gemeinsame Projekte mit den derzeitigen Beitrittskandidaten. In Z 5 wird weiterhin auf Vertragsparteien des EWR-Abkommens Bezug genommen, da Österreich auch als Mitglied der Gemeinschaft seine Verpflichtungen auf Grund des EWR-Abkommens zu erfüllen hat.

Z 5 setzt die Ausnahmebestimmung des Art. 6 der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie um. Dies setzt voraus, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt, es sich um ein Leistungsverhältnis zwischen zwei Auftraggebern im Sinne des § 7 Abs. 1 handelt und die konkrete Dienstleistung auf Grund eines ausschließlichen Rechtes (dh. eines Dienstleistungsmonopols) von einem öffentlichen Auftraggeber an einen bestimmten anderen öffentlichen Auftraggeber vergeben werden muss. Dieses Exklusivrecht muss einerseits auf Grund publizierter Rechts- oder Verwaltungsvorschriften (Gesetz oder Verordnung) bestehen und andererseits gemeinschaftsrechtskonform sein (vgl. dazu die Art. 81ff EGV, insbesondere Art. 86 EGV).

§ 6 Z 6 enthält in Anlehnung an die von der Kommission in ihrer Mitteilung zum öffentlichen Auftragswesen (KOM(98)143 endg. Vom 11.3.1998) vertretene Ansicht betreffend sog. „in-house“-Aufträge eine Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG. Bereits auf Grund einer Anfrage der Republik Österreich, Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, vertrat die Kommission (Generaldirektion XV, nunmehr MARKT) die Auffassung, dass „eine Leistung nicht auszuschreiben ist, ... wenn die Leistung von einer Einrichtung durchgeführt wird, die zu 100% im Eigentum des Auftraggebers ist und von diesem vollständig kontrolliert wird, und sie darüber hinaus diese Leistung ausschließlich für den Auftraggeber erbringt. [In diesem] Fall sind die Richtlinien jedoch anwendbar, sobald die Einrichtung nicht mehr vollständig vom Auftraggeber kontrolliert wird oder nicht mehr vollständig in dessen Eigentum steht bzw. wenn die Einrichtung Leistungen auch an Dritte erbringt.“ (BKA-VD GZ 671.801/116-V/A/8/98)

Obwohl die Richtlinien eine derartige Ausnahme explizit nicht anführen, ergibt sich diese Ausnahme vom Geltungsbereich aus einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereiches. Der EuGH hat im Erkenntnis „Teckal“ (Rs C-107/98) diese Ansicht geteilt und folgendes in Rz 50 des Erkenntnisses festgehalten: *„Die Richtlinie 93/36 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge ist anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren mit einer Einrichtung zu schließen, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt. Dies ist nicht der Fall, wenn die Gebietskörperschaft über die rechtlich von ihr verschiedene Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.“* Da der Begriff „Dienststelle“ in der österreichischen Rechtsterminologie bereits mit einem spezifischen Begriffsverständnis besetzt ist, wurde einer neutraleren Formulierung, die jedoch im Lichte des Erkenntnisses zu interpretieren ist, der Vorzug gegeben. Für die Beurteilung, ob ein Fall der exklusiven Leistungsbeziehung gemäß Z 4 vorliegt, müssen die Umstände des Falles untersucht werden. Die Beurteilung hat anhand einer funktionellen Gesamtbetrachtungsweise zu erfolgen. Entscheidend ist, welchen Einfluss die öffentliche Hand auf das Unternehmen hat. Der Begriff „beherrscht“ wird dabei wohl im Sinne von „vollständig kontrolliert“ auszulegen sein, denn es kommt unter anderem darauf an, ob die öffentliche Hand das operative Geschäft bestimmen kann oder ob das „Überleben“ der Einrichtung, der die Aufgabe übertragen werden soll, von der Zuweisung ausreichender finanzieller Ressourcen durch die öffentliche Verwaltung abhängt. GA La Pergola in der Rs C-360/96 begründete ua. die „Beherrschung“ der ARA durch die Gemeinden damit, dass *„das Kernelement der Beziehung zwischen den Gemeinden*

*und ARA wirtschaftlich gesehen der Haushalt der Gemeinden selbst [ist]. ... Das wirtschaftliche Überlegen von ARA hängt im wesentlichen nicht so sehr vom Umfang der ... Müllabfuhr und -beseitigung oder von der Effizienz ab, mit der sie diese Dienstleistungen erbringt, sondern ausschließlich von der Bereitschaft der Gemeinden, ARA durch Zuweisung von Haushaltsmitteln ... angemessene Finanzmittel zukommen zu lassen. ... [D]ie Gemeinden ... [können] auf diese Weise wirklich über Leben oder Tod dieser Einrichtung entscheiden.“ (aaO Rz 35)*

Z 6 setzt nicht voraus, dass das Unternehmen 100% im Eigentum des oder der es beherrschenden Auftraggeber(s) steht. Eine Minderbeteiligung von Dritten an einem Rechtsträger schadet daher nicht, sofern das Unternehmen von der öffentlichen Hand beherrscht wird. Das solcherart von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen muss seine Leistungen „im wesentlichen“ für den oder die Auftraggeber erbringen, in dessen bzw. deren Eigentum es steht. Der Begriff „wesentlich“ wurde in der bisherigen Judikatur des Gerichtshofes noch nicht näher präzisiert. Da es sich um eine restriktiv zu interpretierende Ausnahmebestimmung handelt, ist von einem hohen Anteil der Leistungserbringung zugunsten des bzw. der Auftraggeber auszugehen. Ein gewisses Indiz für die Höhe des Prozentsatzes könnte aus der Bestimmung des Art. 13 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie (Ausnahmebestimmung zugunsten bestimmter verbundener Unternehmen) abgeleitet werden (80% des Umsatzes). Der Anteil der Erbringung der Leistungen für den/die beherrschenden Auftraggeber ergibt sich entweder aus einer de facto Betrachtung oder aus den für das Unternehmen geltenden Satzungen, Gesellschaftsverträgen oder sonstigen Rechtsakten, die die Unternehmenstätigkeit bestimmen.

Die Ausnahmebestimmungen der Z 7 bis 12 entsprechen den Ausnahmen des Art. 1 der Dienstleistungsrichtlinie.

Zur Klarstellung wird in Z 10 der einschlägige Text des 13. Erwägungsgrundes der Dienstleistungsrichtlinie in das Gesetz selbst aufgenommen. Mit der genannten Ausnahmebestimmung ist daher ua. das sogenannte „public debt management“ angesprochen.

Z 12 bezieht, ebenso wie die Richtlinie, vor dem Hintergrund des Art. 163 Abs. 2 EGV bestimmte Dienstleistungsaufträge im Bereich F&E in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein. Es muss sich bei den zu vergebenden Aufträgen um Dienstleistungsaufträge der Kategorie 8 des **Anhanges III** handeln. Nicht erfasst werden demgegenüber Forschungs- und Entwicklungsaufträge, die etwa im Bereich der Grundlagenforschung, aus allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen erfolgen und daher nicht konkret auftragsbezogen sind. Dies bedeutet, dass etwa Beiträge zur Finanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen nicht von Kategorie 8 des **Anhanges III** erfasst werden. Die Formulierung der Richtlinie und des Gesetzes drückt dies in einer etwas umständlichen Beschreibung aus: Danach fallen nur Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich des BVergG, wenn ihre Ergebnisse einerseits ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind und andererseits die Dienstleistungen vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet werden.

Dadurch wird der zweckgerichtete Ansatz bei der Vergabe im Forschungs- und Entwicklungsbereich unterstrichen. Erfasst wird damit die sogenannte „Auftragsforschung“, das ist die Vergabe eines F&E-Dienstleistungsauftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber, den dieser zur Erfüllung seiner ihm (zB gesetzlich) obliegenden Aufgaben benötigt oder benötigen kann, so dass auch nur der Auftraggeber ein Interesse daran hat, diese Dienstleistung vollständig zu vergüten.

Im Licht der zwischenzeitig stattgefundenen Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Österreich (vgl. dazu insbesondere die Mitteilung der Kommission gemäß Art. 8 der Richtlinie 93/38/EWG, ABl. Nr. C 156 vom 3. Juni 1999, S 3), wird dieser Sektor (in Entsprechung der von der Kommission vorgelegten Vorschläge zur Änderung der Vergaberichtlinien) aus dem Anwendungsbereich des BVergG entlassen. Vergabeverfahren zur Entfaltung der liberalisierten Sektorentätigkeit sollen vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen werden. Die entsprechenden Ausnahmevorschriften enthalten die Z 13 und 14. Hingegen werden ehemals ausgenommene Telekommunikationsdienstleistungen (zB Mobil- oder Festnetztelefonie) in den Anwendungsbereich des BVergG einbezogen.

Die Z 15 bis 17 beinhalten Ausnahmeregelungen der Sektorenrichtlinie (vgl. Art. 7 bis 9). Die klassischen Richtlinien sehen ebenfalls vor, dass unter die Art. 7 bis 9 der Sektorenrichtlinie fallende Aufträge auch von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind (vgl. Art. 1 lit. a ii 92/50/EWG, Art. 2 Abs. 1 lit. a 93/36/EWG und Art. 4 lit. a 93/37/EWG). Aus diesem Grund werden die Ausnahmeregelungen als allgemeine Ausnahmebestimmungen in § 6 Abs. 1 aufgenommen.

Betreffend Abs. 2 ist im gegebenen Zusammenhang ferner auf folgendes hinzuweisen: Die deutsche Übersetzung des Abkommens über das öffentliche Beschaffungsabkommen im Rahmen der WTO (GPA)

wurde bereits im ABl. publiziert (ABl. Nr. C 256 vom 3. September 1996, S 1). Es handelt sich bei dieser Publikation aber nur um eine gemeinschaftsinterne Übersetzung des Abkommens in alle Amtssprachen der Gemeinschaft. Verbindlich und authentisch sind lediglich die englische, französische und spanische Sprachversion des Abkommens, sodass im Gesetz selbst auf die englische Publikation im Amtsblatt, die anlässlich der Genehmigung des Abkommens durch den Rat publiziert wurde, zu verweisen ist.

Zur Verbesserung der Transparenz wird von WTO für den Bereich des GPA eine Loseblatt-Sammlung herausgegeben. Diese enthält einerseits den Text des plurilateralen Abkommens, andererseits aber auch alle Anhänge aus denen sich der Anwendungsbereich des Abkommens ergibt (Verpflichtungslisten der Vertragsparteien, General Notes and Derogations uam.). Der Text des Abkommens und die Anhänge sind in ihrer aktuellen Fassung auch im Internet unter der Adresse „[http://wto.org/english/tratop\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](http://wto.org/english/tratop_e/gp_gpa_e.htm)“ zugänglich.

#### **Zu den §§ 7 und 8:**

In der Literatur wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass die bisherige Formulierung des persönlichen Anwendungsbereiches nicht optimal gelungen ist. Insbesondere hat auch die Vergabekontrollpraxis erwiesen, dass Einrichtungen, die eindeutig als „öffentliche Auftraggeber“ im Sinne des Gemeinschaftsrechtes zu qualifizieren sind, vom Wortlaut der Regelung nicht erfasst wurden (vgl. dazu B-VKK S 18/99 und G 1/98). Aus diesem Grund wird eine Neuformulierung vorgeschlagen, deren Ziel eine gemeinschaftsrechtskonforme Umschreibung des persönlichen Anwendungsbereiches ist. Die Formulierung des persönlichen Anwendungsbereiches des BVergG ist auch vor dem Hintergrund des neuen Art. 14b B-VG zu sehen. Durch die Vereinheitlichung des materiellen Vergaberechtes entfällt die Notwendigkeit, die Gesetzgebungskompetenz im materiellen Bereich betreffend der dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unterliegenden Auftraggeber gemäß der (bisher in diesem Bereich geltenden) österreichischen Kompetenzordnung trennscharf den jeweils zuständigen Gesetzgebern Bund bzw. Land zuzuweisen. Das Konzept des BVergG iVm der Neuregelung des B-VG folgt folgendem Ansatz: im B-VG wird abstrakt festgelegt, welche Rechtsträger als Auftraggeber in den jeweiligen Vollzugsbereich der Gebietskörperschaften fallen können. Ob es sich hierbei jedoch um öffentliche Auftraggeber oder um Sektorenauftraggeber handelt, ergibt sich erst aus der Definition des BVergG. Deshalb differenziert § 7 Abs. 1 nicht zwischen den im Art. 14b B-VG angeführten Kompetenzbereichen, da das BVergG – mit Ausnahme der Bestimmungen betreffend die Nachprüfung – für alle Auftraggeber gleichermaßen gilt (dies war ja das erklärte Ziel der Vereinheitlichung des Vergaberechtes). Aus diesem Konzept folgt auch, dass der Umfang der durch das BVergG erfassten Auftraggeber gegenüber der offenen und auf Kompetenzebene gefassten Aufzählung der Auftraggeber in Art. 14b B-VG eingeschränkter ist. § 7 enthält nur einen Teil der von Art. 14b Abs. 2 B-VG erfassten Auftraggeber und zwar jene, deren Einbeziehung in das Regime des BVergG gemeinschaftsrechtlich geboten ist. Dies zeigt sich etwa daran, dass das Definitionsmerkmal „Gründung zur Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art“ des Auftraggeberbegriffes der Richtlinien (vgl. ua. Art. 1 lit. B) der Richtlinie 93/36/EWG) im Wortlaut des Kompetenztatbestandes des Art. 14b B-VG nicht aufscheint.

Abs. 1 beinhaltet den persönlichen Anwendungsbereich des vorliegenden Gesetzesentwurfes. Es handelt sich dabei um die Definition der vom Gesetz erfassten Auftraggeber (unabhängig davon, ob diese etwa nur im „klassischen“ Bereich oder ausschließlich oder teilweise im Sektorenbereich tätig sind). Der Auftraggeberbegriff und die genaue Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereiches ist von zentraler Bedeutung. Auf Grund der nunmehr erfolgten Vereinheitlichung des materiellen Vergaberechtes wird § 7 völlig neu gefasst. Die Definition entspricht nunmehr – abgesehen von marginalen sprachlichen Abweichungen – völlig der Definition der Richtlinien. Wie bereits ausgeführt, dient die Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Terminologie unter anderem verwaltungsökonomischen Zielen (Vermeidung häufiger Gesetzesnovellierungen auf Grund von Judikaten des EuGH) und soll einer lückenhaften Umsetzung der Vergaberichtlinien vorbeugen. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechtes wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG mit jenem der Richtlinien deckungsgleich zu gestalten. Daraus folgt ferner zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des § 7. Der EuGH hat insbesondere in seiner jüngsten Judikatur wesentliche Klarstellungen zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers getroffen, die demzufolge von unmittelbarer Relevanz für das BVergG sind.

Der Gerichtshof betont in seiner jüngsten Judikatur (vgl. ua. C-237/99), dass der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinien und somit auch des BVergG vor dem Hintergrund des Zieles und des Zweckes der Richtlinien und des Gesetzes auszulegen ist. Die Richtlinien sollen Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen

öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten (siehe auch Rs C-380/98, Cambridge, Rz 16). Folglich besteht der Zweck der Richtlinien darin, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (aaO, Rz 17). Im Licht dieser Ziele ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers einschließlich des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts daher funktionell zu verstehen (siehe Rs C-353/96, Slg. 1998, I-8565, Randnr. 36).

Ein Auftraggeber ist stets nur einer der Ziffern des Abs. 1 zuzuordnen, es handelt sich dabei um einander ausschließende Auftraggeberkategorien. Zu betonen ist, dass Z 3 nur Auffangfunktion hat (vgl. Rs C-360/96).

Die Richtlinien verwenden den Begriff „Staat“. Dieser umfasst alle Organe, die die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt ausüben (vgl. Rs C-323/96). Im Gesetz soll klargestellt werden, dass darunter der Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände (sowie allen diesen zuordenbare Entitäten ohne eigene Rechtspersönlichkeit) zu verstehen sind. Die gesetzgebenden Einrichtungen des Bundes und der Länder fallen daher unter die Z 1. Hat eine (wenn auch Auftraggebern gemäß Z 1 zuzurechnende) Entität eigene Rechtspersönlichkeit, so fällt sie nicht unter die Z 1, sondern allenfalls unter die Auftraggeberkategorie der Z 2 (vgl. Rs C-353/96 und Rs C-306/97). Eine eigenständige Umsetzung des Begriffes „Gebietskörperschaften“ erübrigt sich auf Grund der Formulierung der Z 1.

Durch § 7 Abs. 1 Z 2 soll insbesondere der Begriff „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ der Richtlinien (vgl. etwa Art. 1 lit. b der Lieferrichtlinie 93/36/EWG) umgesetzt werden. Die Gesetzesbestimmung lehnt sich an die deutsche Version der Richtlinien an. In der Literatur wurde darauf hingewiesen (vgl. dazu bereits HAILBRONNER, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Forum '95, Öffentliches Auftragswesen (1995) 127 ff mwN), dass die deutsche Sprachfassung der Richtlinien, bei der es sich nicht um die Originalfassung handelt, von der sprachlich unschärferen aber inhaltlich zutreffenderen französischen und englischen Fassung abweicht. Deren Wortlaut deckt sich im übrigen mit der Begriffsdefinition von Art. 1 Z 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG: „Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen“. Die Richtlinien – und somit auch das BVergG – gelten für alle Einrichtungen öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden und die dem Einfluss öffentlicher Auftraggeber unterliegen bzw. unterliegen können, das heißt wenn zu diesen Verbindungen im Sinne mindestens eines Punktes des dritten Kriteriums bestehen.

Die Richtlinien enthalten keine Definition des Begriffes „Allgemeininteresse“. Die Richtlinie verweist aber auch nicht auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, sodass dieser Begriff autonom, dh. gemeinschaftsrechtlich auszulegen ist. Unter „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ ist ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. Eine diesbezügliche Orientierung bietet etwa Art. 86 Abs. 2 EGV samt einschlägiger Judikatur des EuGH. Im allgemeinen kann man davon ausgehen, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Dass dabei wirtschaftliche Grundsätze zu beachten sind (vgl. etwa Art. 126b Abs. 5 B-VG), steht der Verpflichtung auf das Allgemeininteresse nicht entgegen. Handelt der Staat (im weitesten, funktionellen Sinne zu verstehen; vgl. EuGH Rs 31/87, „Gebroeders Beentjes“, Slg. 1988, 4635) hingegen in privatrechtlichen Formen (Privatwirtschaftsverwaltung; Art. 17 B-VG), so gilt diese Vermutung nicht. Dass der mit der Wirtschaftstätigkeit erzielte Gewinn letztendlich dem „Staat“ zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses alleine ebenfalls nicht aus. Hinzu treten muss eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann.

Die Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe führt allerdings noch nicht per se zu einer Freistellung von den Verpflichtungen der Vergaberichtlinien und des BVergG. Eine weitere, kumulative Voraussetzung für die Qualifikation als „öffentlicher Auftraggeber“ ist nämlich die Besorgung von „Aufgaben nicht gewerblicher Art“.

Die gemeinschaftliche Wortfolge „gewerbliche Art“ ist durch das BVergG in die österreichische Rechtsordnung eingefügt worden und muss daher „autonom“ ausgelegt werden. Eine Begriffsdefinition allein anhand des nationalen Rechts (vgl. etwa § 1 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idgF) ist daher unzulässig. Aus dem Wortlaut des Art. 1 lit. b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50/EWG in ihren verschiedenen

Sprachfassungen ergibt sich, dass das Kriterium der „nicht gewerblichen Art“ den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Sinne dieser Bestimmung präzisieren soll. Das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art ist objektiv zu beurteilen und die Rechtsform der Bestimmungen, in denen diese Aufgaben genannt sind, ist unerheblich. Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, schließt nicht Aufgaben aus, die auch von Privatunternehmen erfüllt werden. Es kommt also nicht darauf an, ob diese Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden können. Das gemeinschaftliche Vergaberecht kann daher auf eine bestimmte Stelle angewandt werden, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten (vgl. etwa EuGH Rs C-360/96 und C-223/99).

Das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbes und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, stellt ein Indiz dafür dar, dass es sich um eine Aufgabe gewerblicher Art handelt. Es handelt sich aber „nur“ um ein Indiz. Auf der anderen Seite ist, wie der Gerichtshof ausgeführt hat, aber auch das Fehlen von Wettbewerb keine notwendige Voraussetzung des Begriffes „Einrichtung des öffentlichen Rechts“.

Hinsichtlich der Beurteilungskriterien der Erfüllung von „Aufgaben nicht gewerblicher oder gewerblicher Art“ wird auf eine Gesamtbetrachtung abzustellen sein, bei der ua. folgende Aspekte zu berücksichtigen sind: Die Tatsache, dass keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird, ist ein Indiz für das Vorliegen einer „Aufgabe nicht gewerblicher Art“, da eine „gewerbliche Tätigkeit“ grundsätzlich auf die Erwirtschaftung eines unternehmerischen Gewinns ausgerichtet ist. Auch ist die Möglichkeit einer Liquidation aus Gründen des öffentlichen Interesses mit der Annahme einer Gründung zum Zweck der Wahrnehmung „gewerblicher Aufgaben“ schwer vereinbar. Bei einer Einrichtung, die Aufgaben mit gewerblichem Charakter wahrnimmt, erfolgt eine Liquidation entweder aus Gründen der Zahlungsunfähigkeit oder weil der Inhaber kein Interesse am Fortbestand des Unternehmens mehr hat. Der erste Fall ist rein wirtschaftlichen Erwägungen unterworfen, der zweite eine Folge der Dispositionsbefugnis des Privateigentümers. Auch kann aus der Tatsache, dass die fragliche Einrichtung auf einem privatrechtlichen Gründungsakt beruht, nicht auf den gewerblichen Charakter der von ihr wahrgenommenen Aufgabe geschlossen werden. Da der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im funktionellen Sinne zu verstehen ist, um dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs seine volle Wirksamkeit zu sichern, verbietet dies eine Differenzierung nach der Rechtsform jener Bestimmungen, durch die die Einrichtung geschaffen wird und in der die von ihr zu erfüllenden Aufgaben genannt sind. Der privatrechtliche Gründungsakt ist damit kein Grund, von einer Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art auszugehen.

Der EuGH hat bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals „Aufgaben gewerblicher Art“ auf die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt, die auf dem Markt angeboten wird. Für den Gerichtshof offenbar besonders bedeutsam ist der Umstand, ob die Einrichtung, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, doch gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet. Sofern kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, so spricht dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art.

Unter einer Einrichtung, die Aufgaben „gewerblicher Art“ besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (dh. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt. Eine Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ist wohl dann nicht anzunehmen, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgen kann, gleichgültig in welcher Art diese verwirklicht werden. Die Einflussnahme kann auch darin liegen, dass Einrichtungen „vom Staat“ bevorzugt oder Schranken für potenzielle Mitbewerber errichtet werden, die bewirken, dass – wenn auch nur in Teilbereichen – der freie Wirtschaftswettbewerb verhindert oder eingeschränkt wird. Dies kann etwa durch eine Verhinderung oder Beschränkung des Anbieterwettbewerbes oder durch die besondere (zB gesetzliche) Ausgestaltung von Rahmenbedingungen betreffend die Abwicklung von Aufträgen geschehen, die einen bestimmten Anbieter oder eine Gruppe von Anbietern bevorzugt.

Daraus folgt für die Frage, ob eine Einrichtung ein „öffentlicher Auftraggeber“ ist oder nicht, dass auf ihre Nähe zum originär staatlichen Tätigkeitsbereich sowie auf die Möglichkeit der Einflussnahme und Kontrolle durch den Staat abzustellen ist, wobei entscheidend ist, ob in den richtlinienrelevanten Sachverhalten eine – gegenwärtige oder zukünftige – Entscheidungsbeeinflussung (ex ante) nach spezifisch staatsbezogenen Kriterien möglich ist. „Gewerbliche Aufgaben“ würden demnach von einer Einrichtung dann besorgt werden, wenn sie sich in ihrem Tätigkeitsbereich (ungeachtet ihrer Rechtsform) nicht von anderen privaten Wettbewerbern unterscheidet, sie bei der Beschaffung wie ein gewöhnliches Unterneh-

men im privaten Wirtschaftsverkehr agiert und bei der Vergabe von Aufträgen kein staatlicher Einfluss stattfindet.

Wie der Gerichtshof in der Rs C-44/96, Mannesmann, festgestellt hat, kommt es nicht darauf an, ob eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art noch andere Tätigkeiten ausüben darf. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben tatsächlich nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeiten der Einrichtung ausmacht, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat (EuGH Rs C-360/96, Arnhem).

Z 2 lit. c enthält die gemeinschaftsrechtlich relevanten Beherrschungstatbestände, die weit auszulegen sind. Für das Vorliegen der Beherrschung im Sinne der lit. c reicht es aus, wenn ein Auftraggeber eine solche Kontrolle zumindest mittelbar ausüben kann. Die Kriterien der lit. c sind als alternative Tatbestände formuliert.

Nicht jede Zuwendung an eine Einrichtung ist als „Finanzierung“ im Sinne der Richtlinien bzw. des Gesetzes zu verstehen. Unter diesen Begriff fallen allein solche Zuwendungen, die nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb durch die Einrichtung erwirtschaftet wurden („Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung“; vgl. C-380/98). Ob dieser Mitteltransfer auf direktem oder indirektem Weg stattfindet ist irrelevant. Eine „überwiegende“ Finanzierung liegt dann vor, wenn mehr als 50% aller Mittel der Einrichtung das oben genannte Kriterium der „Finanzierung“ erfüllen. Ist das Ausmaß der staatlichen Finanzierung nicht gleich bleibend, so ist auf der Basis des Budgetjahres in dem der Vergabevorgang stattfindet zu eruieren, ob die Finanzzuwendungen 50% übersteigen oder nicht. Der Status als öffentlicher Auftraggeber besteht für das entsprechende Budgetjahr. Wird die Finanzierungsschwelle von 50% überschritten, so fallen alle Beschaffungen des betreffenden Budgetjahres in den Anwendungsbereich des gemeinschaftlichen Vergaberechtes. Bei Beschaffungsvorgängen, die sich über mehrere Budgetperioden (Jahre) erstrecken, hängt die Qualifikation als öffentlicher Auftrag davon ab, ob in der Zeitperiode (Budgetjahr) in dem das Vergabeverfahren eingeleitet wurde, der Auftrag unter das gemeinschaftliche Vergaberecht fiel oder nicht. Die Qualifikation als öffentlicher Auftrag bleibt bis zum Vertragsabschluss bestehen, selbst wenn sich der Status der Einrichtung ändern sollte (weil die Finanzzuwendungen nicht mehr als 50% ausmachen).

Das alternative Beherrschungskriterium „Aufsicht hinsichtlich der Leitung“ muss, da es eines der drei in der Definition jeweils genannten Merkmale darstellt, eine Verbindung mit der öffentlichen Hand schaffen, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der beiden anderen alternativen Merkmale erfüllt ist, nämlich die überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand oder Ernennung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Leitungsorgans durch die öffentliche Hand. Es ist eine Gesamtbetrachtung aller einschlägigen Regelungen vorzunehmen und falls sich daraus ergibt, dass die Leitung des Rechtsträgers einer Aufsicht durch die öffentliche Hand untersteht, die es dieser ermöglicht, die Entscheidungen des Rechtsträgers in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen, dann ist dieser Beherrschungstatbestand erfüllt (Rs C-237/99). Im Rahmen der Gesamtbetrachtung sind folgende Faktoren zu beachten: eigenständiger Entscheidungsspielraum des beaufsichtigten Rechtsträgers; Aufsichtsrechte durch die öffentliche Verwaltung; Befugnis der öffentlichen Hand, die Auflösung des Rechtsträgers zu verfügen und einen Abwickler zu bestellen; die Befugnis der öffentlichen Hand, die Leitungsorgane vorläufig ihres Amtes zu entheben; Möglichkeit der öffentlichen Hand, dem Rechtsträger ein bestimmtes Geschäftsführungsprofil vorzugeben; Kontroll- bzw. Untersuchungsbefugnis der öffentlichen Hand (insbesondere im Hinblick auf die laufende Gebarung); Möglichkeit Vorschläge dazu zu machen, was auf Untersuchungs- oder Kontrollberichte hin geschehen soll, inklusive Sicherstellung der Umsetzungsmaßnahmen durch den kontrollierten Rechtsträger. Hingegen dürfte eine bloße Richtigkeits- oder Rechtmäßigkeitskontrolle ex post (das heißt eine Überprüfung nach Abschluss eines Vergabeverfahrens) das Kriterium der Aufsicht nicht erfüllen.

Im Gegensatz zur bisherigen Formulierung wird darauf verzichtet, die „Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes und der Länder“ demonstrativ zu umschreiben. Es erübrigt sich somit, den Hauptverband der Sozialversicherungsträger und die Sozialversicherungsträger sowie die beruflichen Interessenvertretungen (Kammern) explizit zu nennen. Durch die Formulierung der Z 2 sollen alle Erscheinungsformen in der österreichischen Rechtsordnung, die die Kriterien der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ erfüllen und nicht unter die Z 3 subsumiert werden können, erfasst werden. Die Z 2 umfasst daher insbesondere auch Verwaltungsfonds, Bundesversuchsanstalten sowie die Universitäten und Hochschulen im Rahmen ihrer Rechtsfähigkeit.

Das Gesetz findet auch auf Auftragsvergaben öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 für Standorte im Ausland Anwendung (zB Errichtung eines Botschaftsgebäudes seitens des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten).

Abs. 2 erfasst alle im Bereich der Sektoren tätigen Unternehmen (soweit sie nicht schon unter Abs. 1 zu subsumieren sind) als private Auftraggeber und unterstellt diese dem Anwendungsbereich des vorliegenden Gesetzes. Es sind dies insbesondere zur Weiterleitung oder Verteilung von Gas befugte Unternehmer, zur Weiterleitung oder Verteilung von Wärme befugte Unternehmer, Unternehmer, die nach Öl, Gas, Kohle oder anderen festen Brennstoffen schürfen oder Öl, Gas, Kohle oder andere feste Brennstoffe gewinnen, Unternehmer im Bereich der Eisenbahndienste, Unternehmer im Bereich der Städtischen Eisenbahn, Straßenbahn, Oberleitungsbusse oder Busdienste und Unternehmer im Bereich der Flughafendienste.

Im Gegensatz zur Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie erfasst die Sektorenrichtlinie 93/38/EWG gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 lit. a iVm Art. 1 Z 1 und 2 neben den klassischen öffentlichen Auftraggebern auch öffentliche Unternehmen, diese jedoch ungeachtet der Frage, ob sie Aufgaben „gewerblicher Art“ verrichten oder nicht und ob dies auf Grund von ausschließlichen Rechten geschieht oder nicht. § 7 Abs. 2 setzt die diesbezüglichen Bestimmungen der Sektorenrichtlinie um. Eine Definition der „öffentlichen Unternehmen“ enthält § 20 Z 23.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine in Frage stehende Entität entweder unter Abs. 1 oder unter Abs. 2 zu subsumieren ist. Es handelt sich dabei um einander ausschließende Regelungen.

Hinzuweisen ist ferner auf die Sonderregelung des Art. 14b Abs. 2 B-VG betreffend „gemeinsame“ Auftragsvergaben von verschiedenen Vollzugsbereichen zuzuordnenden Rechtsträgern.

#### **Zu § 8:**

Abs. 1 setzt Art. 2 der Baurichtlinie 93/37/EWG und Art. 3 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG um. Diese Vorschrift gilt jedoch nur für subventionierte Tiefbauaufträge (entsprechend der NACE-Klasse 50, Gruppe 502) und für Bauaufträge, die sich auf den Bau von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen, Schul- und Hochschulgebäuden sowie Verwaltungsgebäuden bezieht. Zum besseren Verständnis wurde im Gesetz nicht der Richtlinienbegriff „subventioniert“ verwendet, sondern der Tatbestand mit „finanziert oder direkt fördert“ umschrieben (eine inhaltliche Abänderung wird dadurch nicht bewirkt). Darunter fallen jedenfalls „Beihilfen“ im Sinne der einschlägigen Judikatur des Gerichtshofes (vgl. etwa Rs C-200/97), somit einseitige, unter Umständen auch bloß mittelbare Leistungsgewährungen oder Belastungsverminderungen eines öffentlichen Auftraggebers, aber auch andere Formen der Mittelzuwendung (vgl. dazu ua. Rs C-380/98). Es sind alle Formen von Subventionen oder Finanzierungen, einschließlich der Gemeinschaftsmittel, zu berücksichtigen, die unmittelbar für den betreffenden Bauauftrag bestimmt sind.

Festzuhalten ist, dass durch die nunmehrige Formulierung des Abs. 1 („Wenn ... öffentliche Auftraggeber ... finanzieren oder direkt fördern“) auch alle jene Formen der Mittelzuwendung erfasst werden, die durch Auftraggeber in verschiedenen Vollzugsbereichen erfolgen (zB eine zu mehr als 50% erfolgende Finanzierung durch den Bund und ein oder mehrere Länder). Die Aufteilung der Vollzugszuständigkeit wird in Art. 14b B-VG vorgenommen.

Abs. 2 enthält eine Sonderbestimmung für Baukonzessionäre, die keine öffentlichen Auftraggeber sind.

Abs. 3 setzt die Transparenzregelung des Art. 2 Abs. 2 der Lieferrichtlinie um (vgl. dazu Rs C-275/98) und enthält eine zwingend vorzusehende Erweiterung des Diskriminierungsverbotes auf Einrichtungen, die diesem Verbot sonst nicht unterliegen würden, wenn sie eine Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs auf Grund von Sonder- oder Alleinrechten ausüben. Die betreffende Gleichbehandlungsverpflichtung ist in denselben Rechtsakt (insbesondere Bescheid oder Vertrag) aufzunehmen, der solche Sonder- oder Alleinrechte einräumt.

#### **Zu den §§ 9 und 10:**

Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Transparenz werden einerseits alle Schwellenwerte im sog. klassischen Bereich als auch im Sektorenbereich in jeweils einer Bestimmung ausgewiesen. Gleichzeitig wird dadurch der für die weiteren Bestimmungen des BVergG jeweils gültige Oberschwellen- bzw. Unterschwellenbereich definiert. Die Relevanz dieser Unterscheidung liegt in einem differenzierten Regime (vgl. zB die Bekanntmachungsbestimmungen).

Für den Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung ist zu beachten, dass gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 und 2, je nach Art des Lieferauftrages sofern bestimmte Vergaben nicht ohnehin vom Geltungsbereich des BVergG ausgenommen sind (vgl. § 6 Abs. 1 Z 2 und 3) gemäß Z 1 und 2 unterschiedliche Schwellenwerte zum Tragen kommen.

**Zu § 11:**

Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Lieferrichtlinie, Art. 6 Abs. 2 der Baurichtlinie, Art. 7 Abs. 8 der Dienstleistungsrichtlinie und Art. 38 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie wird der Gegenwert der SZR-Schwellenwerte in Euro und in der nationalen Währung, beginnend mit 1. Jänner 1996, alle zwei Jahre revidiert. Die Berechnung dieser Gegenwerte erfolgt auf der Grundlage der durchschnittlichen Tageskurse der beteiligten Währungen zueinander in den 24 Monaten. Diese Gegenwerte sollten jeweils Anfang November im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht werden.

Durch die Kundmachungsverpflichtung des Bundeskanzlers gemäß Abs. 1 soll innerstaatlich eine umfassende Publizität gewährleistet werden. Falls die Kommission den Gegenwert der SZR in Euro nicht rechtzeitig bekannt gibt, so kann der Bundeskanzler keine neuen Umrechnungswerte kundmachen, die bisherigen Gegenwerte bleiben in Geltung.

Durch die Verordnungsermächtigung des Abs. 2 soll gewährleistet werden, dass eine möglichst rasche Anpassung der Schwellenwerte des BVergG an jene der Richtlinien erfolgen kann.

**Zu § 12:**

Für die Anwendung des BVergG ist es von großer Bedeutung, ob der geschätzte Auftragswert die gemeinschaftlichen Schwellenwerte überschreitet oder nicht. Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß § 20 Z 38 die Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren).

Bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf hängt das Verfahren zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes von der Laufzeit des betreffenden Vertrages ab.

Regelmäßig wiederkehrende Aufträge im Sinne des Abs. 2 liegen vor, wenn ein Auftraggeber über mehrere aufeinanderfolgende Beschaffungszeiträume hinweg in jedem Beschaffungszeitraum eine in etwa gleichbleibende Menge von Gütern beschafft. Hierbei ist es ausreichend, dass es sich bei den durch die einzelnen Aufträge beschafften Gütern um gleichartige Lieferungen handelt. Die Wahl einer der Berechnungsmethoden gemäß Abs. 2 ist optional, dh. sie liegt im Ermessen der vergebenden Stelle, wobei freilich das Umgehungsverbot zu beachten ist.

Gleichartige Lieferungen im Sinne des Abs. 3 liegen vor, wenn von einem im wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im wesentlichen einheitlichen bzw. gleichen oder ähnlichen Verwendungszweck dienen. Als gleichartige Lieferungen gelten daher zB die Lieferung verschiedener Lebensmittel. Der geschätzte Gesamtwert einzelner Lieferungen ist zusammenzurechnen, falls die beabsichtigten Beschaffungen gleichartiger Lieferungen zu Aufträgen führen (kann), die gleichzeitig in Losen vergeben werden. Die gleichzeitige Vergabe muss lediglich möglich und zumutbar sein, auf die tatsächliche gleichzeitige Vergabe kommt es hingegen nicht an.

Das Umgehungsverbot des Abs. 6 wirkt in zweifacher Hinsicht: einerseits darf die Aufteilung eines Lieferauftrages nicht in der Absicht erfolgen, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, andererseits darf durch ein unzulässiges Splitting auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Diese zweifache Stoßrichtung wird durch den Begriff „insbesondere“ verdeutlicht. Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann.

**Zu § 13:**

Für die Anwendung des BVergG ist es von großer Bedeutung, ob der geschätzte Auftragswert die gemeinschaftlichen Schwellenwerte überschreitet oder nicht. Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß § 20 Z 38 die Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren).

Der in der Baurichtlinie, aber auch in den anderen einschlägigen EG-Vergaberichtlinien verwendete Begriff „Los“ stammt aus der bundesdeutschen Terminologie (vgl. etwa § 4.1 VOB/A) und bezeichnet dort Teile oder Abschnitte eines Vergabeverfahrens aber auch Teile einer Gesamtleistung (Teil- oder Fachlose). Es ist daher geboten, klarzustellen, dass „Lose“ im Sinne dieses Bundesgesetzes auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des **Anhangs I** des Bundesvergabegesetzes, also „Gewerke“ im Sinne der österreichischen Terminologie, umfassen.

Das Umgehungsverbot des Abs. 2 und Abs. 3 2. Satz wirkt in zweifacher Hinsicht: einerseits darf die Aufteilung eines Lieferauftrages nicht in der Absicht erfolgen, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen

tungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, andererseits darf durch ein unzulässiges Splitting auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Diese zweifache Stoßrichtung wird durch den Begriff „insbesondere“ verdeutlicht. Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann.

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Bauauftrages sind gemäß Abs. 3 alle Leistungen, Materialien usw. zu berücksichtigen, die Gegenstand des Vertrages sind. Unter Waren sind hierbei nicht nur die beim Bau verwendeten Materialien, sondern auch die zur Arbeitsausführung erforderlichen Ausrüstungen zu verstehen. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber dem Auftragnehmer etwa einen Kran oder Lastkraftwagen zur Verfügung, so ist entweder der Kaufpreis oder aber der marktübliche Mietpreis der Ausrüstung bei der Berechnung des Auftragswertes zu berücksichtigen. Welcher Wert anzusetzen ist, hängt von der Lebens- bzw. Nutzungsdauer des Gutes ab. Übersteigt die Nutzungsdauer die Dauer der Bereitstellung durch den Auftraggeber, so ist der Mietpreis anzusetzen. Übersteigt hingegen die Dauer der Bereitstellung die (mittlere) Nutzungs- oder Lebensdauer des Gutes, so ist bei der Schätzung des Auftragswertes der Kaufpreis zugrunde zu legen.

#### **Zu § 14:**

Für die Anwendung des BVergG ist es von großer Bedeutung, ob der geschätzte Auftragswert die gemeinschaftlichen Schwellenwerte überschreitet oder nicht. Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß § 20 Z 38 die Einleitung des Vergabeverfahrens (zB Absenden der Bekanntmachung oder Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren).

Die Schwellenwertregelung für Dienstleistungsaufträge entspricht Art. 7 der Dienstleistungskoordinierrichtlinie mit geringfügigen sprachlichen Modifikationen, die der Klarheit dienen sollen.

Es ist keine Zusammenrechnung des Auftragswertes mit den Auftragswerten allenfalls später ausgeschriebener Dienstleistungen gemäß Abs. 2 erforderlich, wenn im Zeitpunkt der Ausschreibung ungewiss ist, ob auf Grund des Ergebnisses der aktuell auszuschreibenden Dienstleistung weitere, gleichartige Dienstleistungen notwendig werden.

Die Wahl einer der Berechnungsmethoden gemäß Abs. 4 ist optional, dh. sie liegt im Ermessen der vergebenden Stelle, wobei freilich das Umgehungsverbot zu beachten ist.

Das Umgehungsverbot des Abs. 7 wirkt in zweifacher Hinsicht: einerseits darf die Aufteilung eines Lieferauftrages nicht in der Absicht erfolgen, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (zB Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, andererseits darf durch ein unzulässiges Splitting auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Diese zweifache Stoßrichtung wird durch den Begriff „insbesondere“ verdeutlicht. Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann.

#### **Zu § 15:**

Bei Rahmenvereinbarungen ergibt sich der geschätzte Auftragswert aus dem geschätzten Gesamtwert aller in der Laufzeit der Rahmenvereinbarung voraussichtlich zu vergebenden Aufträge. Die Berechnungsmethode ergibt sich aus der Art der Aufträge, die Gegenstand der Rahmenvereinbarung sind. Letzteres gilt auch für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei elektronischen Auktionen.

Maßgeblicher Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist gemäß § 20 Z 38 die Einleitung des Vergabeverfahrens für den Abschluss der Rahmenvereinbarung oder die Einleitung der elektronischen Auktion.

#### **Zu den §§ 16 bis 19:**

Im Lichte des Unterbrechungsbeschlusses des VfGH vom 28. Februar 2000, B 1061/98, als auch den Vorgaben des Europarechtes (vgl. dazu insbesondere die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. Nr. C 121 vom 29. April 2000, S 2) ist es geboten, Regelungen für die Vergabe von Leistungen, die Vergabe von Konzessionen und die Durchführung von Wettbewerben zu treffen.

Im Unterschwellenbereich, der bisher lediglich durch Verbindlicherklärung der ÖNORM einer materiellen vergaberechtlichen Regelung unterlag, aber auch außerhalb des gemeinschaftlich geregelten Vergaberechts (vgl. dazu etwa die nicht von der Richtlinie 92/50/EWG erfassten Dienstleistungskonzessionen) gelten nach ständiger Rechtsprechung die gemeinschaftlichen Grundsätze des EGK. Der EuGH (vgl. dazu zuletzt Rs C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, Erkenntnis vom 3. Dezember 2001, noch nicht in Samm-

lung, Rz 19 und 21; Rs C-324/98, Telaustria, Slg 2000, I-10745, Rz 57 und 60 bis 62 mit Hinweis auf die Rs C-275/98) hält dazu fest, dass die Grundsätze des EG-Vertrages und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Auch aus den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben im weiteren Sinne erforderlich, um den genannten gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen.

Im Oberschwellenbereich werden daher einerseits für die bereits bisher erfassten Leistungen jene Bestimmungen angeführt, die bei der Vergabe der jeweiligen Leistung zu beachten sind. Ferner wird für Leistungsvergaben im Oberschwellenbereich für die jeweils von den Richtlinien und demzufolge auch vom Gesetz bisher nicht erfassten Bereiche ein „verdünntes“ Regelungsregime vorgesehen. Dies führt bei (von den Vergaberichtlinien nicht erfassten) Dienstleistungskonzessionen dazu, dass für diese ein vereinfachtes und identes Regime sowohl für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich vorgesehen ist. In den §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 und 19 Abs. 2 werden überdies nur materielle Festlegungen getroffen, die bei der Vergabe dieser Verträge zu beachten sind. Das vergabespezifische Rechtsschutzsystem wird jedoch für diese Leistungsvergaben in toto nicht für anwendbar erklärt. Die Rechtsschutzfunktion soll hinsichtlich dieser Leistungen bei den ordentlichen Gerichten verbleiben. Diese gesamthafte Zuweisung der Nachprüfungszuständigkeit in Bezug auf Dienstleistungskonzessionsverträge begegnet im Hinblick auf die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in VfSlg. 15.106/1998 auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Im Unterschwellenbereich gilt bei sogenannten „klassischen“ Vergaben durch öffentliche Auftraggeber ein vereinfachtes Regime, das den Auftraggebern eine größere Flexibilität zugesteht. Vereinfachungen bestehen insbesondere in Form von kürzeren Fristen und vereinfachten Vergabeverfahren.

Da für den Sektorenbereich bereits in den EG-Richtlinien weniger strenge Regelungen vorgesehen sind, und darüber hinaus die Sektorentätigkeiten entweder bereits in einem liberalisierten Wettbewerbsumfeld erbracht werden oder die Liberalisierung bereits partiell erfolgte oder demnächst erfolgen wird, scheint es sachlich gerechtfertigt, diesen Bereich des Auftragswesens im Unterschwellenbereich keinen extensiven gesetzlich verbindlichen Regelungen zu unterwerfen. Dies auch im Hinblick auf die Tatsache, dass neben öffentlichen Unternehmen, die „gewerblich“ tätig sind (dh. sich in einer normalen Wettbewerbssituation befinden), auch Private dem Vergaberegime unterliegen. Diese Sektorenauftraggeber sollen, ebenso wie die öffentlichen Auftraggeber, die im Sektorenbereich tätig sind, im Sinne einer Minimalvariante lediglich an gewisse Grundregelungen gebunden werden. Im Sektorenbereich gelten daher im Unterschwellenbereich, neben den Bestimmungen des 1., 5. und 6. Teiles nur einige wenige, taxativ aufgezählte grundsätzliche Bestimmungen. Zu allfälligen Bedenken hinsichtlich Regelungen im Unterschwellenbereich ist – neben dem o.a. Argument der verfassungsgerichtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Judikatur – auszuführen, dass die Neufassung den Auftraggebern wie bereits betont wurde einen großzügigen Freiraum einräumt.

Die Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie sieht eine unterschiedliche Regelungsdichte für verschiedene Kategorien von Dienstleistungsaufträgen vor: Während auf die Vergabe von so genannten prioritären Dienstleistungen, die im **Anhang III** zu diesem Bundesgesetz genannt sind, das Bundesvergabegesetz grundsätzlich anzuwenden ist, sind bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen nach **Anhang IV** bloß bestimmte Regelungen zu beachten. Dieses Regime wird in den §§ 16 Abs. 3, 17 Abs. 4 und 18 Abs. 3 verankert. Ebenso wie bei der Unterscheidung zwischen verschiedenen Auftragsarten wird hinsichtlich von Dienstleistungsaufträgen, deren Gegenstand sowohl Dienstleistungen im Sinne des **Anhanges III** als auch des **Anhanges IV** sind, bei der Gesamtbeurteilung auf das wertmäßige Überwiegen abgestellt (vgl. die §§ 16 Abs. 4, 17 Abs. 5 und 18 Abs. 4).

Im Unterschwellenbereich steht ein besonders vereinfachtes Vergabeverfahren, die Direktvergabe, zur Verfügung. Die §§ 17 Abs. 3 und 19 Abs. 4 enthalten eine taxative Aufzählung jener Bestimmungen des Gesetzes, die bei diesem weitgehend formfreien Vergabeverfahren zu beachten sind. Bei Direktvergaben ist im übrigen nach Zuschlagserteilung lediglich die Feststellung gemäß § 164 Abs. 1 Z 1 möglich, dass die Wahl dieses Verfahrenstypus nicht zurecht erfolgte.

In den §§ 16 Abs. 6 und 7 sowie § 18 Abs. 6 werden die Losregelungen (vgl. dazu Art. 6 Abs. 3 Baurichtlinie, Art. 7 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 10 Sektorenrichtlinie) teilweise neu gefasst. Im Erkenntnis F-26/98-14 vom 15.4.1999 hielt das BVA zur Frage der Auswahl der unter die Ausnahmebestimmung fallenden

Lose Folgendes fest: *„Zur Zuständigkeit ist des Weiteren anzumerken, dass sich für eine – wie im gegenständlichen Antrag angedeutet – allfällige Wahlmöglichkeit des Auftraggebers, welche Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als eine Million ECU beträgt, er von der Kontrolle durch das Bundesvergabeamt ausgenommen sehen will, keinerlei Grundlage im BVergG findet. Sofern der kumulierte Auftragswert dieser Lose 20% des kumulierten Wertes aller Lose übersteigt, unterliegen sämtliche Lose der Kontrolle durch das Bundesvergabeamt.“* Im Lichte der einschlägigen Regelungen der Vergaberichtlinien besteht allerdings – unter Wahrung der allgemeinen Vergabegrundsätze – ein Wahlrecht des Auftraggebers, welche Lose er der Ausnahmeregelung unterwerfen will und welche nicht. Durch die Adaptierung des Wortlautes soll das BVergG dem Richtlinienrecht angepasst werden. Sinnvollerweise sollte der Auftraggeber, sofern möglich, jene Lose im Vorhinein festlegen, für die das Regime des Oberschwellenbereiches Anwendung finden soll. Die Restgröße bilden jene Lose, die unter das Regime des Unterschwellenbereiches fallen. In der Regel handelt es sich hierbei um eine Vielzahl oft sehr kleiner Aufträge, die im Vorhinein nicht immer feststehen.

#### **Zu § 20:**

Der Definitionskatalog des BVergG 1997 wird nunmehr um einige Definitionen der ÖNORM A 2050 ergänzt. Zur leichteren Auffindbarkeit der Definitionen wurde eine alphabetische Reihung vorgenommen. Die Neufassung des Gesetzes enthält eine wesentliche Ausweitung der Anzahl der Definitionen. Durch den umfassenden Definitionenkatalog wird eine möglichst exakte Begriffsbestimmung und damit ein möglichst genaues (und einheitliches) Begriffsverständnis und mittelbar dadurch ein einheitlicherer Vollzug durch die Auftraggeber (aber auch die Unternehmer) erzielt.

**Z 1:** Ein „Alternativangebot“ ist ein Vorschlag über eine alternative Leistungserbringung (zB Ausführung) oder Lieferung eines Bieters. Ein Alternativangebot ist ein vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt abweichendes Angebot. Dies kann alternative Leistungen, Zahlungsmodalitäten (zB Ratenzahlung) oder sonstige Konditionen (zB Leistungs- oder Gewährleistungsfristen) betreffen. Die Abgrenzung zum nicht genehmigungsfähigen aliud kann nur im Einzelfall an Hand der konkreten Festlegungen des Auftraggebers getroffen werden.

**Z 2:** Dem vergaberechtlichen Angebot entspricht in der Terminologie des Zivilrechtes der „Antrag“ gemäß § 862 ABGB. Ein „Antrag“ ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Auftraggeber gegenüber abzugeben ist. Kein Angebot – mangels Bindungswillens des Erklärenden – ist ein „freibleibend“ gestelltes Angebot.

**Z 3:** Arbeitsgemeinschaften sind Gelegenheitsgesellschaften, die nicht auf den Betrieb eines bestimmten Geschäftszweiges, sondern auf ein bestimmtes Geschäft gerichtet sind. In der gesetzlichen Typologie ist eine ARGE als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR) im Sinne des § 1175 ABGB zu qualifizieren. Die GesBR besitzt keine Rechtspersönlichkeit und ist nicht parteifähig (dh. sie kann nicht als Eigentümer auftreten, insbesondere auch nicht im Grundbuch, kann nicht klagen und nicht geklagt werden). Sind die Gesellschafter Handelsleute (Kaufmänner) – dies ist im Bereich des Vergaberechts regelmäßig der Fall – so haften sie kraft gesetzlicher Anordnung solidarisch, falls nicht anderes mit dem Vertragspartner vereinbart wird (vgl. § 1203 ABGB, Art. 8 N. 1 EVHGB; OGH 7. Februar 1989, 4 Ob 513/89, 13. Mai 1993, 2 Ob 608/92).

**Z 4:** Die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Tritt daher eine ausschreibende Stelle (zB die X-AG) „namens und auftrags“ bzw. „in Vertretung“ eines anderen Rechtsträgers (zB eines Landes) und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf, so wird der (vertretene) Rechtsträger gemäß § 1017 ABGB durch den von der ausschreibenden Stelle geschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet. Die Tätigkeit der ausschreibenden Stelle für den „dahinter stehenden“ Rechtsträger ist als rechtsgeschäftliche Stellvertretung zu qualifizieren und eben dieser Rechtsträger ist daher als Auftraggeber anzusehen. Deshalb wurde in das Gesetz zur Klarstellung und Unterscheidung auch eine Definition der „ausschreibenden“ oder „vergebenden Stelle“ aufgenommen (vgl. Z 36).

**Z 5:** Als Unternehmer und daher auch Auftragnehmer im Sinne des **Z 5** gelten auch EWIV (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigungen). Die rechtliche Basis für EWIV bilden die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 und das dazu in Österreich ergänzend erlassene EWIV-Ausführungsgesetz, BGBl. Nr. 521/1985. Vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission „Beteiligung von Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigungen (EWIV) an öffentlichen Aufträgen und öffentlich finanzierten Programmen“, ABl. Nr. C 285 vom 20. September 1997, 17. Die EWIV ist voll rechtsfähig. Zum Begriff des Unternehmers ist auf die Definition der Z 32 und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-389/92) hinzuweisen.

**Z 6:** Der Begriff „Ausschreibung“ entspricht demjenigen der ÖNORM A 2050 und umfasst neben der Bekanntmachung ua. auch die Ausschreibungsunterlagen.

**Z 8:** Zum Begriff der besonderen oder ausschließlichen Rechte ist auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-392/93) hinzuweisen.

**Z 9 und 10:** Zum Begriff des Unternehmers ist auf die Definition der Z 32 und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-389/92) hinzuweisen.

**Z 11:** Es ist darauf hinzuweisen, dass Bietergemeinschaften nach österreichischem Recht keine eigene Rechtspersönlichkeit haben.

**Z 13:** Für die Neugestaltung des Rechtsschutzsystems von besonderer Bedeutung ist die Definition der gesondert und der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen, die für die jeweiligen Verfahrenstypen gesondert aufgelistet werden.

Durch die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen (des Auftraggebers) soll eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Letzterem Ziel dienen auch die flankierenden Bestimmungen betreffend die Fristen und die Präklusionsregelung (zur Zulässigkeit derartiger Regelungen vgl. ua. die Ausführungen von Generalanwalt Alber in der Rs C-470/99, insbesondere Rz 69, 71 und 74). Durch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen wird ein Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt. Jeder Abschnitt endet mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, die vom Auftraggeber bekannt gegeben wird. Alle der gesondert anfechtbaren Entscheidung vorangegangenen (nicht gesondert anfechtbaren) Entscheidungen sind zusammen mit dieser anzufechten. So stellt etwa das Ausscheiden keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Diese Entscheidung des Auftraggebers ist zusammen mit der zeitlich nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers, der Zuschlagsentscheidung, bekämpfbar. Die Wahl des Vergabeverfahrenstypus kann gemäß diesem System daher, je nach Verfahrensart, entweder mit der Ausschreibung (zB die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung) oder bei der Bewerberauswahl bekämpft werden.

Dieses System entspricht dem derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechtes und den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinien nach einem effektiven Rechtsschutz.

**Z 17:** Diese Definition tritt an die Stelle der bisherigen über immaterielle Leistungen (vgl. ÖNORM A 2050 1993 Punkt 1.2.2). Der Begriff geistig-schöpferische Dienstleistungen ist allerdings enger und wurde schon bisher im BVergG verwendet. Die bisher in der Norm gebrauchte Begriffsbestimmung für „immaterielle Leistung“ war wesentlich weiter gefasst und verstand darunter alle immateriellen Leistungen, dh. auch solche, bei denen eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung und daher auch das offene oder das nicht offene Verfahren möglich war. Es ist zu betonen, dass diese Definition keinesfalls auf Ingenieurleistungen beschränkt werden darf, sondern insbesondere auch die Dienstleistungen der Kategorien 6 bis 13 des Anhanges IA der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG bzw. des **Anhanges III** zum BVergG betrifft. Wesentliches Element der geistig-schöpferischen Dienstleistung ist ihr originäres und kreatives Element des Lösungsansatzes. Geistig-schöpferische Leistungen können dahingehend umschrieben werden, dass wesentlicher Leistungsinhalt nicht die Herstellung oder Lieferung einer körperlichen Sache oder die Verrichtung von Arbeiten an einer solchen ist, ebensowenig das Setzen eines standardisierten Verhaltens. Leistungsinhalt ist vielmehr eine gedanklich konzeptive Tätigkeit, ungeachtet ob sie der geistig Schaffende in Form eines körperlichen Werkes zugänglich macht (zB in einem Plan, einem Forschungsbericht, in einem schriftlichen Gutachten). Als geistig-schöpferische Leistungen können daher gelten: Planungs- und Forschungsleistungen, Softwareentwicklung (IT-Lösungen), Werbekonzepte usw.

**Z 19:** Durch die Definition der Auswahlkriterien in lit. a ergibt sich, dass die Kriterien für das sogenannte short-listing in der ersten Stufe eines zweistufigen Vergabeverfahrens rein unternehmerbezogen sein müssen (und damit nicht auftragsbezogen sein dürfen). Auswahlkriterien sind, anders als Eignungskriterien, einer qualitativ-quantitativen Wertung zugänglich, mit anderen Worten: ein Unternehmer kann die vom Auftraggeber festgelegten Auswahlkriterien besser erfüllen, als ein Mitbewerber (und wäre daher in die zweite Stufe des Verfahrens einzubeziehen, vgl. etwa § 32 Abs. 6).

Durch den Wortlaut der Definitionen in lit. a und b wird auch eindeutig klargestellt, dass vom Gesetz keine Gewichtung der Auswahl- oder Beurteilungskriterien vorgeschrieben wird. Ein Vergleich mit der Diktion des § 67 Abs. 3 zeigt, dass eine bewusste Differenzierung bei der Verwendung der Wortfolgen „Gewichtung“ und „Reihenfolge ihrer Bedeutung“ erfolgte. Die „Reihenfolge ihrer Bedeutung“ beinhaltet daher eine (bloße) Reihung der Kriterien und nicht deren Gewichtung.

Im Gegensatz zu den Auswahlkriterien sind Eignungskriterien per definitionem sogenannte „K.O.“-Kriterien (vgl. dazu den Wortlaut „Mindestanforderungen“). Ein Bewerber oder Bieter kann sie nur erfüllen oder nicht erfüllen. Eignungskriterien sind darüber hinaus, anders als Zuschlagskriterien, unternehmer- und nicht auftragsbezogen.

Hinsichtlich der Zuschlagskriterien ist im Zusammenhang mit dem Zuschlagsprinzip auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot auf folgendes hinzuweisen: Zuschlagskriterien müssen zwei grundsätzlichen Anforderungen entsprechen. Sie müssen sich auf den zu vergebenden Auftrag beziehen und geeignet sein, das für den Auftraggeber wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, und die Kriterien müssen geeignet sein, das dem Auftraggeber zustehende Beurteilungsermessen nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten. Ferner müssen diese Kriterien auch dem Diskriminierungsverbot entsprechen. Wie vom EuGH ausgeführt, soll verhindert werden, dass nationalen Anbietern oder Bewerbern, wann immer auch der Vertrag durch Auftraggeber vergeben wird, nationale Präferenzen eingeräumt werden. Für alle Zuschlagskriterien gilt, dass sie die zu erbringende Leistung oder die Modalitäten ihrer Ausführung betreffen müssen. Die angewandten Kriterien sollen den Auftraggeber in die Lage versetzen, die einzelnen Angebote objektiv miteinander vergleichen zu können und das für ihn günstigste auf der Grundlage objektiver Kriterien auszuwählen. Anhand dieser Bewertung soll festgestellt werden, welches Angebot den Bedürfnissen des Auftraggebers am besten gerecht wird. Daher besteht die Aufgabe der Zuschlagskriterien darin, die Qualität der Angebote zu bewerten und folglich müssen sich die Zuschlagskriterien auf den Vertragsgegenstand beziehen. Hinsichtlich der Möglichkeiten, im Rahmen der Zuschlagskriterien ökologische oder soziale Zielsetzungen umzusetzen, wird auf die einschlägigen Mitteilungen der Europäischen Kommission (vgl. KOM(2001) 274 vom 4. Juli 2001 und KOM(2001) 256 vom 15. Oktober 2001) verwiesen. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können daher insbesondere Umweltschutzaspekte umfassen wie beispielsweise der Energieverbrauch eines Produkts.

**Z 27:** Die Rahmenvereinbarung ist der Option sehr ähnlich. Dies wird insbesondere durch die Definition deutlich, die klarstellt, dass der oder die Auftraggeber keine Abnahmeverpflichtung durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung eingehen. Der Grund liegt darin, dass Auftraggeber nicht durch eine Abnahmeverpflichtung an die Unternehmer gebunden sein sollen, wenn die Unternehmer unter Umständen ein (nicht nachweisbares aber doch vermutbares) Kartell schließen oder (ebenfalls nicht nachweisbare) Preisabsprachen treffen. Ferner kann keinem Unternehmer, der Partei einer Rahmenvereinbarung ist, ein Anspruch auf einen bestimmten Teil des Gesamtauftrages eingeräumt werden, da unklar ist, welcher Unternehmer nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde den Zuschlag erhalten wird. Auf der anderen Seite ist ein Auftraggeber nicht daran interessiert, eine Rahmenvereinbarung, zu deren Abschluss er erhebliche Aufwendungen getätigt hat und die ihm große Vorteile (Zeitgewinn, geringe Verfahrenskosten während der Laufzeit) bietet, einfach aufzukündigen. Der Auftraggeber hat vielmehr ein vitales Interesse daran, dass eine ungestörte Wettbewerbssituation für die Laufzeit der Rahmenvereinbarung bestehen bleibt. Sprachlich ist ferner klarzustellen, dass der Auftraggeber nicht eine einzige, sondern eine (im Sinne von inhaltlich idente) Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen abschließt, da die Parteien der Rahmenvereinbarung untereinander unbekannt bleiben müssen.

**Z 28:** Diese Definition betrifft die Darstellungsformen und nicht die Übermittlungsformen (vgl. dazu § 22). Durch die Definition wird klargestellt, dass die schriftliche und elektronische Darstellung im Geltungsbereich des BVergG gleichwertig sind.

**Z 29:** Die angeführten Sicherstellungsmittel dienen vornehmlich der Sicherung der Ansprüche des Auftraggebers, können aber auch – wie zB die Kautio – dem Auftragnehmer zur Verfügung stehen.

Das Vadium soll für zwei Fallkonstellationen eine Sicherstellung bilden: dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt und dass der Bieter bestimmte Mängel nicht behebt. Letztere Möglichkeit soll das Problem beseitigen, dass Bieter (ohne Verlust des Vadiums) aktiv nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob ihr Angebot im Wettbewerb verbleiben soll oder nicht. Durch Einbau behebbarer Mängel in ihr Angebot besaßen Bieter durch das bewusste Nichtbeheben des Mangels die Möglichkeit, je nach ihrer Interessenlage ihr Angebot ausscheiden zu lassen. Da Angebote, die mit unwesentlichen Mängeln behaftet sind, weiter im Verfahren verbleiben, erfolgte eine Einschränkung auf wesentliche Mängel.

**Z 32:** Zum Begriff des Unternehmers ist auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. Rs C-389/92) hinzuweisen.

**Z 35:** Der Begriff der Vergabekontrollbehörde umfasst sowohl die Vergabekontrollbehörde des Bundes (BVA) wie auch alle Vergabekontrollbehörden der Länder.

**Z 36:** Eine „vergebende Stelle“ kann sowohl ein unselbständiges Organ des Auftraggebers als auch ein selbständiger Rechtsträger sein, der als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers fungiert.

**Z 38:** Der Auftraggeber hat vor Durchführung eines Verfahrens zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren; zu den verschiedenen Arten vgl. § 23) jedenfalls den (geschätzten) Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB Direktvergabe) andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmung des Ober- oder Unterschwellenbereiches zu befolgen ist. Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen.

„Eingeleitet“ im Sinne der Definition ist ein Vergabeverfahren dann, wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt. Dies ist entweder die Absendung einer Vergabebekanntmachung gemäß den §§ 39 oder 44 Abs. 1 oder bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des Auftraggebers in Form der Kontaktaufnahme mit Unternehmern, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will. Hingegen sind erste informelle Erkundigungen des Auftraggebers bei Unternehmen, organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens udgln.) noch keine Handlungen, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind. Der Zeitpunkt der „Einleitung“ eines Verfahrens wird an den Eintritt von äußeren Ereignissen geknüpft, um die objektive Nachprüfbarkeit des Zeitpunktes sicherzustellen. Dieser Zeitpunkt ist auch deswegen von besonderer Relevanz, weil es sich auch um einen verfassungsrechtlich relevanten Zeitpunkt handelt (vgl. Art. 14b Abs. 2 B-VG).

**Z 41:** Dem vergaberechtlichen Begriff des „Zuschlages“ entspricht zivilrechtlich die „Annahme“ nach § 862 ABGB. Es handelt sich nicht um die Zuschlagsentscheidung, das ist jene (meist organisationsintern gefällte) Entscheidung, mit welchem Bieter (Unternehmer) der AG den Vertrag abzuschließen beabsichtigt, sondern um den Akt des Vertragsabschlusses selbst (=Auftragserteilung; vgl. dazu auch das Erkenntnis des EuGH in der Rs C-81/98, „Ökopunkte“). Die Praxis hat erwiesen, dass der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung im Nachprüfungsverfahren oft nicht genau ermittelbar ist. Dies ist nicht unproblematisch, da der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung von großer Bedeutung für das Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde ist. Das Erfordernis der Schriftlichkeit verhindert, dass der Auftraggeber eine informelle telefonische Mitteilung an den in Aussicht genommenen Bieter als Zuschlagserteilung deklariert, um im Zweifelsfall ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung zu umgehen. Eine Verzögerung des Verfahrens trat dadurch in der Praxis bislang nicht ein. Der Gewinn an Rechtssicherheit vor allem für das Nachprüfungsverfahren rechtfertigt diese von den §§ 861 ff ABGB abweichende Regel.

**Z 42:** Im Folge des Erkenntnisses in der Rs C-81/98 („Ökopunkte“) ist künftig zwischen der organisationsintern gefällten „Zuschlagsentscheidung“ der vergebenden Stelle, die einer Nachprüfung unterliegt, und dem davon zeitlich getrennten „Zuschlag“ (der „Zuschlagserteilung“), der zivilrechtlich auch weiterhin als Vertragsschluss zu werten ist, zu unterscheiden. Die Zuschlagsentscheidung ist eine nicht verbindliche Wissenserklärung des Auftraggebers. Wer diese Zuschlagsentscheidung trifft, hängt von den organisationsinternen Vorschriften ab; so könnte daher ein Auftraggeber diese Entscheidung einer vergebenden Stelle übertragen.

Im Erkenntnis des VfGH vom 10. Dezember 2001, B 546/00, B 609/00, erkannte der Gerichtshof, „*dass jener Bieter in einem Vergabeverfahren, der für den Zuschlag gemäß § 53 BVergG [1997] ausgewählt wird, im Nachprüfungsverfahren, das über Antrag eines anderen, nicht zum Zuge gekommenen Mitbieters eingeleitet wird, Parteistellung besitzt. Jedenfalls ab der (seit der BVergG-Novelle BGBl. I 125/2000 vorgesehenen) Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a BVergG, also ab der Mitteilung an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, ‚welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll‘, besteht für den begünstigten Bieter ein subjektives Recht auf Erteilung des Zuschlags und Abschluss des begehrten Vertrages.*“ Durch die Einfügung der Wortfolge „nicht verbindliche“ in die Definition der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu bereits den Wortlaut der RV 329 BlgNR XXI. GP) soll nunmehr verdeutlicht werden, dass die Zuschlagsentscheidung lediglich eine vorläufige Wissenserklärung, an welchen Bieter die Zuschlagserteilung vorgesehen ist, darstellt. Diese Wissenserklärung begründet zwar ein rechtliches Interesse (§ 8 AVG) und damit die Parteistellung des (vorläufig) erstgereihten Bieters im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt, da seine prozessuale Aussicht im Vergabeverfahren auf Erteilung des Zuschlages durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Sinne des § 165 Abs. 2 unmittelbar berührt werden kann, jedoch sind aus ihr keine zivilrechtlichen Ansprüche ableitbar. Würde man dem in

der Zuschlagsentscheidung vorläufig erstgereihten Bieter nämlich schon auf Grund der Zuschlagsentscheidung einen zivilrechtlichen Anspruch auf den Vertragsabschluss zugestehen, müsste der Auftraggeber (bzw. die vergebende Stelle) – zB wenn die Zuschlagsentscheidung nicht oder nicht rechtzeitig bekämpft wurde – jedenfalls dem Erstgereihten den Zuschlag erteilen, und zwar selbst dann, wenn sich (etwa im Zuge eines Verfahrens bei der B-VKK oder beim BVA) herausstellt, dass der betreffende Bieter nicht (mehr) geeignet (befugt, leistungsfähig und zuverlässig) ist oder sein Angebot aus anderen Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Eine Richtigstellung dieser zivilrechtlichen Wissenserkklärung ist daher bis zur Zuschlagserteilung (Vertragsabschluss) zulässig.

#### **Zum 2. und 3. Teil:**

Im nunmehrigen 2. und 3. Teil werden die bereits bisher geltenden Bestimmungen der Richtlinien (und damit auch des BVergG 1997) mit jenen der ÖNORM A 2050 zusammengefasst und harmonisiert. Anstatt der bisher üblichen Verweistechnik werden nunmehr die Bestimmungen der ÖNORM aus Gründen der Lesbarkeit und Verständlichkeit in das Gesetz selbst eingefügt. Das Grundkonzept des Gesetzes ist die weitestgehende Schaffung einheitlicher Bestimmungen sowohl für den Ober- als auch für den Unterschwellenbereich, wobei lediglich in einzelnen Bereichen Sonderbestimmungen (zB Sonderbestimmungen auf Grund der Bestimmungen im Oberschwellenbereich, flexiblere, einfachere Regelungen für den Unterschwellenbereich) geschaffen werden sollen.

#### **Zu § 21 Allgemein:**

Die allgemeinen Grundsätze finden auf sämtliche Verfahren nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf Anwendung. Die Bestimmungen des § 21 Abs. 1 enthalten den Zweck des Vergabeverfahrens, damit das Schutzobjekt der Schutznorm „BVergG“: es ist dies der freie, faire und lautere Wettbewerb unter Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber. Alle Handlungen und Unterlassungen von Auftraggebern, Bietern oder Bewerbern im Vergabeverfahren sind an diesem Maßstab zu messen.

B-VKK und BVA haben bereits bisher immer wieder Verletzungen von Bestimmungen des BVergG am Maßstab der Grundsätze des Abs. 1 geprüft und dabei vor allem darauf geachtet, ob durch ein bestimmtes Verhalten des Auftraggebers, das im Widerspruch zu Bestimmungen des BVergG steht, gegen das Wettbewerbsprinzip oder das Gleichbehandlungsgebot verstoßen wurde. Der Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs hat neben der innerstaatlichen auch eine gemeinschaftsrechtliche Grundlage. So stellte der EuGH in der Rs C-243/89 ua auch fest, dass die Richtlinie 71/305/EWG „nach ihrer neunten Begründungserwägung namentlich die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge bezweckt und in ihrem Abschnitt IV Selektions- und Zuschlagskriterien aufstellt, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen.“ Das Gleichbehandlungsgebot ist die logische Weiterentwicklung des Diskriminierungsverbotes. Der EuGH führte dazu im zitierten Erkenntnis aus: „Hierzu genügt die Feststellung, dass die Richtlinie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass aber die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen dieser Richtlinie selbst entspricht, ...“ Im innerstaatlichen Recht ist dieser Grundsatz ua. auch aus dem Verbotsbereich des UWG abzuleiten. Nach der neueren Rspr des OGH (4 Ob 10/96, Forstpflanzen) handelt der öffentliche Auftraggeber nicht nur im Rahmen des geschäftlichen Verkehrs, sondern bei bestimmten Verhaltensweisen, zB bei ungerechtfertigter Bevorzugung eines Unternehmens zu Lasten eines anderen, durchaus auch zu Wettbewerbszwecken, woraus sich die Anwendbarkeit des UWG auf derartige Sachverhalte ergibt. Nach der Rechtsprechung des OGH lässt sich ein Gleichbehandlungsgebot aber auch aus culpa in contrahendo ableiten (vgl. etwa 4 Ob 573/94).

#### **Zu § 21 Abs. 1:**

Abs. 1 enthält eine im wesentlichen Punkt 4.1.1. der ÖNORM A 2050 entsprechende Zusammenfassung allgemeiner Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen. Diese Grundsätze sind zur Auslegung der übrigen Bestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes heranzuziehen. Die Textierung der ÖNORM wurde zur Klarstellung um den Hinweis auf die ebenfalls zu beachtenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes sowie des Diskriminierungsverbotes ergänzt.

Zu den Begriffen freier, lauterer bzw. fairer Wettbewerb: der freie Wettbewerb ist der nicht behinderte, dh. zB keinen (Zugangs- oder Ausübungs)Beschränkungen unterliegende Wettbewerb; der faire Wettbewerb betrifft das Verhältnis Auftraggeber – Bewerber/Bieter und der lautere Wettbewerb betrifft das Verhältnis zwischen den Bewerbern/Bietern. Ein unlauterer Wettbewerb ist dann gegeben, wenn ein Unternehmer zB durch Bestechung, Preisabsprachen mit bestimmten Mitkonkurrenten oder Ausnützen seiner marktbeherrschenden Position einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen sucht.

Hinsichtlich der Beteiligung von geschützten Werkstätten am allgemeinen Wettbewerb ist auf § 11 Abs. 7 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 idgF, zu verweisen, wonach diese am allgemeinen Wettbewerb zu beteiligen sind. Im Zusammenhang mit dem Schutzobjekt „freier, fairer und lauterer Wettbewerb“ ist auf das Phänomen des „gemischten Wettbewerbes“ hinzuweisen. Das Stammgesetz des BVergG sah folgende Regelung vor: *„An Justizanstalten, Wohlfahrtsanstalten, Lehranstalten und ähnliche aus öffentlichen Mitteln erhaltene oder unterstützte Einrichtungen dürfen Aufträge im Wege des Wettbewerbes nur mit in gleicher Weise begünstigten Unternehmern vergeben werden.“* Die Kommission stellte dazu fest, dass diese Bestimmung mit den Prinzipien der Richtlinien nicht vereinbar sei. Die Vorschrift ließe sich in der Weise verstehen, dass der Auftraggeber zwei verschiedene Vergabewettbewerbe zu veranstalten hat: einen Wettbewerb, in dem nur „normale“ Unternehmen teilnehmen, und einen besonderen Wettbewerb mit begünstigten Unternehmen bzw. Anstalten, der schon dann durchzuführen sei, wenn auch nur ein einziges derart begünstigtes Unternehmen Interesse an einem bestimmten Auftrag zeigt. Dies beschränke jedoch den Wettbewerb in unzulässiger Weise. Die Regelung des Stammgesetzes übernahm Punkt 1.3.4 der ÖNORM A 2050 aus 1993 (vgl. ebenso bereits Punkt 1.3.1 der ÖNORM A 2050, Ausgabe März 1957), wobei diese Bestimmung ursprünglich dem deutschen Rechtsbereich entstammt (vgl. VOB/A § 8.6) und dort als Ausschlussklausel hinsichtlich der Teilnehmer am Wettbewerb konzipiert war.

Bei Betrieben der öffentlichen Hand, aus öffentlichen Geldern subventionierten Unternehmen (vgl. dazu die Definition des öffentlichen Unternehmens in § 20 Z 23 und die Bestimmung des Art. 86 EGV) und bei öffentlichen Auftraggebern (falls diese als Bewerber oder Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen) erfolgt eine Kalkulation der Kosten oft unter wettbewerbsverzerrenden Bedingungen. So werden wesentliche Kostenanteile nicht in Anschlag gebracht, da sie in deren allgemeinen Haushalt enthalten sind (vgl. Personalkosten) oder derartige Kosten nicht einmal entstehen (zB Steuerbefreiung). Unter diesen Bedingungen sind die genannten Unternehmen in der Lage, die (realistischen) Marktpreise ihrer Konkurrenten am freien Markt bei einer Auftragsvergabe jederzeit zu unterbieten. Grundsätzlich ist dies ein wettbewerbsrechtliches Problem, das etwa im Rahmen des Art. 86 EGV zu lösen wäre. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass öffentliche Unternehmen gemäß der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG, ABl. 1980 Nr. L 195, S 35, verpflichtet sind, ihre finanziellen Beziehungen zum jeweiligen Mitgliedstaat offenzulegen (vgl. dazu auch die Richtlinie 93/84/EWG).

Der EuGH hat im Erkenntnis C-94/99, ARGE Gewässerschutz, festgehalten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nicht schon dadurch verletzt ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber zu einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge Einrichtungen zulässt, die entweder von ihm selbst oder von anderen öffentlichen Auftraggebern Zuwendungen gleich welcher Art erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, die keine solche Zuwendungen erhalten. Der GH hielt aber auch fest, dass – auch wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter für sich genommen der Teilnahme öffentlicher Einrichtungen an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht entgegensteht – es nicht auszuschließen ist, dass die öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen im Einzelfall dazu verpflichtet sind oder das Gemeinschaftsrecht ihnen zumindest gestattet, Zuwendungen – insbesondere nicht vertragskonforme Beihilfen – zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen. Daraus folgt, dass ein Bieter im Rahmen eines Auswahlverfahrens ausgeschlossen werden könnte, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass der Bieter eine nicht vertragskonforme Beihilfe erhalten hat und die Verpflichtung zur Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfe seine finanzielle Leistungsfähigkeit gefährdet, so dass er als Bieter angesehen werden könnte, der nicht die notwendigen finanziellen und wirtschaftlichen Sicherheiten bietet. Flankierend dazu versuchen die Richtlinien das Problem auch dadurch zu lösen, dass bei Angeboten oder Einzelposten von Angeboten, die ungewöhnlich niedrig erscheinen, der Auftraggeber verpflichtet ist, schriftlich Aufklärung darüber zu verlangen. Sind die Erklärungen nicht ausreichend, so ist das Angebot auszuschneiden (vgl. dazu insbesondere die §§ 93 und 94).

Es ist ferner auf einen besonderen Aspekt im Zusammenhang mit der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen aufmerksam zu machen. Das Diskriminierungsverbot verbietet unter anderem auch, ohne sachliche Rechtfertigung die Durchführung von Wettbewerben auf einzelne Berufsstände zu beschränken, obwohl auch andere Unternehmen oder Personen die Berechtigung zur Erbringung der Leistung besitzen.

#### **Zu § 21 Abs. 2:**

Entsprechend den völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs aus dem GPA (vormals GATT-Beschaffungskodex) sowie aus der allgemeinen Regelung des Art. 6 EGV ergibt sich ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit von Bewerbern und Bieterern oder des Ursprungs von Waren im Rahmen der Vergabe von Aufträgen. Eine darüber hinausgehende unterschiedliche Behand-

lung, die völkerrechtlich zulässig ist, bleibt gemäß Abs. 2 vom Grundsatz des Abs. 1 unberührt. Damit wird das Gleichbehandlungsgebot auf das völkerrechtlich erforderliche Ausmaß beschränkt.

#### **Zu § 21 Abs. 3:**

Die Bestimmung betreffend die „Vorarbeitenproblematik“ wurde ebenso wie die parallele Regelung der ÖNORM (Punkt 4.1.2) neu gefasst. Im Gegensatz zum Wortlaut der bisherigen Regelung wird nunmehr explizit darauf abgestellt, ob durch die Beteiligung von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern der faire und lautere Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Es handelt sich daher um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, die dieser auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden Entscheidungsgrundlagen zu treffen hat. Ebenso wie die Richtlinie (vgl. den zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 97/52/EG) ist kein kategorischer Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern vorgesehen. Auch führt nicht jedwede Art der Beteiligung an Vorarbeiten zum Ausschluss gemäß dieser Bestimmung. Schutzobjekt ist der faire und lautere Wettbewerb. „Soweit“ dieser gefährdet sein könnte, ist das betreffende Unternehmen von der Teilnahme auszuschließen. Obwohl ein an Vorarbeiten beteiligtes Unternehmen immer einen – wenn auch unter Umständen geringen – Vorteil genießt (zB längere Kenntnis bestimmter Informationen; Vertrautheit mit dem Auftragsgegenstand oder Teilen desselben; nähere Kenntnis der Organisationsstruktur und der Bedürfnisse des Auftraggebers), soll nicht absolut jeder Wissensvorsprung durch die Beteiligung an den Vorarbeiten die strenge Sanktion des Abs. 3 nach sich ziehen. In diesem Sinn spricht auch die Richtlinie von einer „Ausschaltung des Wettbewerbes“. Marginale Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beteiligung an Vorarbeiten werden durch die Neuregelung toleriert. Es liegt am Auftraggeber, die durch die Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Wirtschaftsteilnehmern zukommen zu lassen. Werden daher geeignete Maßnahmen getroffen, um die im Rahmen von Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse publik zu machen und haben alle Teilnehmer den gleichen Informationsstand in Bezug auf das Vergabeverfahren, so kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen. Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis B 1560/00 vom 20. Juni 2001 völlig zutreffend ausgeführt hat, ist eine Einzelfallbeurteilung in jedem Fall absolut notwendig.

Es kann aus diesem Grundsatz gefolgert werden, dass dieser auch eine implizite Anweisung an den Auftraggeber enthält, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um derartige Wettbewerbsvorteile auszuschließen. Jener Auftraggeber, der die Teilnahme des Unternehmers, der an Vorarbeiten beteiligt war, am weiteren Verfahren gewährleisten will, ist daher gehalten, von sich aus alle Maßnahmen zu setzen, damit das betroffene Unternehmen keine uneinholbaren Wettbewerbsvorteile genießt. Vermag der Auftraggeber jedoch auch durch alle erdenklichen Vorkehrungen Wettbewerbsvorteile, die den Schutzzweck der Norm verletzen, nicht zu beheben, so ist das beteiligte Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung auszuschließen.

#### **Zu § 21 Abs. 4:**

Zur Vorsorge für die tatsächliche Durchführung gehört auch die Vorsorge für die technische und finanzielle Abwicklung. Das heißt, dass zB ausreichende budgetäre und personelle Ressourcen für die gesamte Projektdurchführung zur Verfügung stehen. Führt hingegen ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren im Wissen der mangelnden budgetären Bedeckung durch, so wird er schadenersatzpflichtig. Gleiches gilt, falls sich der Auftraggeber durch das Verfahren bloß Lösungsvorschläge beschaffen oder Preisvergleiche anstellen möchte (unverbindliche Markterkundung).

#### **Zu § 21 Abs. 5:**

Obwohl im BVergG an verschiedenen Stellen bereits Verschwiegenheitsverpflichtungen normiert sind, bestand die Kommission bereits bei der Prüfung des Stammgesetzes auf der Verankerung einer „horizontalen“ Bestimmung, die diesen Grundsatz des Vergabeverfahrens hervorhebt. Die Formulierung geht über den in Punkt 4.1.4. der ÖNORM A 2050 verankerten Grundsatz hinaus (letzterer beinhaltet lediglich eine Verpflichtung des Auftraggebers) und entspricht Punkt 4.1.4. der ÖNORM A 2051 (Ausgabe 2000). Auch in Vergabeverfahren involvierte Bewerber oder Bieter haben schutzwürdige Angaben des Auftraggebers zu wahren. Eine Berufung auf den vertraulichen Charakter scheidet jedoch gegenüber Kontrollinstanzen dann aus, wenn die Kontrollinstanz den Schutz der vertraulichen Unterlagen gewährleisten kann (vgl. dazu etwa § 7 AVG; im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten kann nach den Bestimmungen der ZPO die Akteneinsicht hingegen nicht beschränkt werden).

#### **Zu § 21 Abs. 6:**

§ 21 Abs. 6 enthält einen der wesentlichen Grundsätze des Gesetzes, jenen der ökologischen Beschaffung. In seiner Entschließung vom 24. November 2000, E 45-NR/XXI. GP, forderte der Nationalrat die Bundesregierung auf, bei der Ausarbeitung eines einheitlichen Vergabegesetzes für Bund, Länder und Ge-

meinden ua. umweltpolitische Belange zu prüfen. In Entsprechung dieser Entschließung sollen nunmehr im Gesetzestext selbst die Grundsätze für eine ökologische Beschaffung verdeutlicht und hervorgehoben werden. Abs. 6 zweiter Satz nennt jene Phasen des Vergabeverfahrens, in denen eine Verwirklichung der ökologischen Beschaffung am vielversprechendsten ist. Es ist jedoch hervorzuheben, dass eine umweltgerechte Beschaffung in erster Linie an der korrekten Festlegung des Auftragsgegenstandes anzuknüpfen hat. Werden bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes ökologische Aspekte nur unzureichend berücksichtigt, so wird dieser Fehler im nachfolgenden Prozess auch durch noch so gute ökologische Zuschlagskriterien nicht oder kaum mehr korrigiert werden können.

In diesem Zusammenhang ist ferner auf die ebenfalls relevanten §§ 74 Abs. 4 und 75 Abs. 7 hinzuweisen. Gemäß § 74 Abs. 4 sind in der Beschreibung der Leistung gegebenenfalls auch die Kriterien für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren, soweit dies nach dem jeweiligen Stand der Technik und dem jeweils aktuellen Marktangebot möglich ist, anzugeben. Wurden in einer Ausschreibung gemäß § 67 Abs. 3 dem Grundsatz des § 21 Abs. 6 entsprechend die Kriterien für die Umweltgerechtigkeit angegeben, welche bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden, so ist der Grundsatz der Umweltgerechtigkeit auch im Rahmen der Zuschlagserteilung zur Anwendung zu bringen. Die Festlegung solcher Kriterien für die Umweltgerechtigkeit von Produkten oder Leistungen im Rahmen der Ausschreibung hat in gemeinschaftsrechtskonformer Weise gegebenenfalls durch technische Spezifikationen zu erfolgen. Hierbei kann auch auf Umweltzeichen verwiesen werden (vgl. § 75 Abs. 7). Festzuhalten ist ferner, dass die Bedachtnahme auf etwaige Entsorgungskosten sich auf die Ausschreibung auszuwirken hat (vgl. § 74 Abs. 5; damit diese relevant werden müssen sie als Zuschlagskriterien formuliert werden).

#### **Zu § 21 Abs. 7:**

In Abs. 7 soll in allgemeiner Weise darauf hingewiesen werden, dass auch weitere, insbesondere soziale Zielsetzungen in Vergabeverfahren Berücksichtigung finden können. Es versteht sich von selbst, dass die Bedachtnahme dieser sekundären Ziele nur unter Berücksichtigung der vorangegangenen Grundsätze (insbesondere daher jener des Abs. 1) erfolgen kann. In diesem Zusammenhang ist auf die Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. Oktober 2001, KOM(2001) 566, hinzuweisen, in der die unterschiedlichen Möglichkeiten samt illustrativen Beispielen dargestellt werden.

#### **Zu § 22:**

§ 22 stellt eine der zentralen Bestimmungen für die Öffnung des Beschaffungswesen des Bundes in Bezug auf elektronische Medien dar. Durch Abs. 1 wird die Übermittlung jeder Art von Information auf elektronischem Weg der postalischen (schriftlichen) Übermittlung gleichgestellt. Es obliegt dem Auftraggeber, den Einsatz von e-mail für ein konkretes Vergabeverfahren auszuschließen. Ausnahmen von der allgemeinen Grundregel bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung. Durch die Formulierung „minder bedeutsam“ ist klargestellt, dass zB Anträge oder sonstige fristenauslösende Akte nicht telefonisch gestellt bzw. gesetzt werden können.

Abs. 2 legt fest, dass nur bei der Übermittlung bestimmter Unterlagen eine sichere elektronische Signatur zu verwenden ist. Für jeden anderen Informationsaustausch ist dieser hohe Sicherheitsstandard nicht erforderlich und kann daher über „einfache“ e-mail abgewickelt werden. Gemäß § 4 Abs. 1 Signaturgesetz ersetzt die sichere Signatur die eigenhändige Unterschrift. Eine explizite Gleichstellung der „elektronischen“ mit der „schriftlichen“ Übermittlung im BVergG selbst ist empfehlenswert, obwohl dies schon das Signaturgesetz vorsieht und im Übrigen auch durch Art. 5 Abs. 1 lit. a der Signatur-Richtlinie vorgegeben ist.

Nach Abs. 3 muss jedenfalls bei den qualifizierten Informationsübermittlungen gemäß Abs. 2 sichergestellt werden, dass bei der Übermittlung der Unterlagen den erwähnten Kriterien entsprochen wird.

Abs. 4 stellt eine spezifische Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes bei der elektronischen Informationsübermittlung dar. So wäre etwa das Vorschreiben bestimmter „exotischer“ Dateiformate udgln. unzulässig, weil damit die Zugangsmöglichkeiten von Unternehmern in unzulässiger Weise eingeschränkt würden.

Das zwingende Erfordernis der Bekanntgabe einer, dh. einer einzigen Faxnummer oder elektronischen Adresse soll die Abwicklung des Informationsaustausches erheblich vereinfachen und beschleunigen. Mit der Bekanntgabe einer elektronischen Adresse stimmt der Unternehmer zu, dass Dokumente an diese Adresse rechtsgültig übermittelt werden können. Bei Angabe einer personalisierten elektronischen Adres-

se wäre auf Seiten des Unternehmers, der der eigentliche Adressat ist, sicherzustellen, dass der Eingang von elektronischen Nachrichten unter dieser Adresse auch bei Abwesenheit der bekannt gegebenen Person kontrolliert werden kann, denn derartige Sendungen gelten als übermittelt, sobald sie in den Verfügungsbereich des Empfängers (= das Unternehmen) gelangt sind. Dies ist etwa mit dem Einlangen der elektronischen Nachricht beim Server des Unternehmens oder, bei Inanspruchnahme der Dienste eines Zustellservice, mit dem Einlangen der elektronischen Nachricht beim Server des für den Unternehmer arbeitenden Dienstleisters der Fall.

Abs. 6 beinhaltet grundsätzliche Regelungen für die Dokumentation bei elektronischem Informationsaustausch. Der Zeitpunkt des Verfassens ist zB bei Niederschriften, Protokollen, Aktenvermerken und anderen Arten der internen Dokumentationen relevant. Wenn derartige Unterlagen übermittelt werden, ist die übermittelte oder eingelangte Fassung (in jener Form und mit jenem Inhalt den sie zum Zeitpunkt des Absendens/Empfangens hat) in der beschriebenen Weise zu dokumentieren.

#### **Zu § 23:**

Die Regelung betreffend die Arten der Vergabeverfahren samt deren grundsätzlicher Definition ist hinsichtlich der Abs. 1 bis 7 der ÖNORM A 2050 nachgebildet. Abs. 8 bis 10 enthalten neue Vergabeverfahrensarten: die elektronische Auktion (in zwei Ausprägungen) und die Rahmenvereinbarung.

Im Zusammenhang mit den Vergabeverfahrensarten ist zu betonen, dass ein Auftraggeber, sofern er sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat. Ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens ist unzulässig (vgl. C-87/94).

#### **Zu § 24:**

Der vorliegende Gesetzesentwurf verankert in Anlehnung an die ÖNORM A 2050 (Punkt 4.2.2.1 iVm Punkt 4.2.2.2; arg „grundsätzlich“ und „insbesondere“) und die Vergaberichtlinien der Gemeinschaft die freie Wahlmöglichkeit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren mit Bekanntmachung. Die Aufgabe des bisher geltenden Primats des offenen Verfahrens erfolgte auf Grund folgender Überlegungen: das nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung ist ein transparentes Verfahren, das allerdings auf Grund seiner zweistufigen Struktur viel komplexer gestaltet ist als das offene Verfahren (die Durchführung des Auswahlverfahrens erfordert vom Auftraggeber eine genaue Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens sowie eine genaue Kenntnis des betreffenden Marktes der auszuschreibenden Leistung). Im Oberschwellenbereich sind darüber hinaus längere Fristen als beim offenen Verfahren einzuhalten und Unternehmen können die Bewerberauswahl gesondert anfechten. Daher wird ein fachkundiger Auftraggeber nur in jenen Fällen ein nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung durchführen, wenn die Umstände des Einzelfalles die Inanspruchnahme dieses Verfahrenstypus als vorteilhafter gegenüber dem offenen Verfahren erscheinen lassen.

Das nicht offene Verfahren ist etwa in folgenden Fallkonstellationen vorteilhafter: wenn die Beurteilung der Leistungsqualität über die Eignung hinausgehende Anforderungen an den zukünftigen Auftragnehmer stellt; wenn die Durchführung eines offenen Verfahrens im Hinblick auf die Eigenart oder den Wert der Leistung wirtschaftlich nicht vertretbar scheint (zB zu viele Angebote würden eingehen und der Prüfaufwand stünde in keiner Relation zum Wert des Auftragsgegenstandes oder durch zusätzliche Angebote ist ab einer gewisser Marge an Teilnehmern keine inhaltliche oder preisliche Verbesserung der Angebote zu erwarten); wenn das offene Verfahren Interessen der Allgemeinheit, insbesondere an der Geheimhaltung (die jedoch nicht die Erheblichkeitsgrenze des § 6 Abs. 1 Z 2 erreicht) oder Vertraulichkeit gefährden würde (Sicherheitskriterien können als Auswahlkriterien eingesetzt werden) oder aus Gründen der Dringlichkeit die Einhaltung der Fristen für die Durchführung eines offenen Verfahrens nicht möglich ist (vgl. dazu die Möglichkeit der Fristverkürzung gemäß § 49 Abs. 1 für nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich).

Die Ausnahmen vom Grundsatz, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung durchzuführen ist und die sich zum Teil aus den EG-Richtlinien ergeben, sind in den §§ 25 bis 29 des vorliegenden Gesetzesentwurfes geregelt.

#### **Zu § 25:**

§ 25 enthält nunmehr alle Regelungen betreffend die Wahl des Verhandlungsverfahrens (mit und ohne vorherige Bekanntmachung) im Oberschwellenbereich. Die Regelung entspricht den einschlägigen Bestimmungen der Vergaberichtlinien mit kleineren Abweichungen sprachlicher Natur. So dient etwa die vom Wortlaut der Richtlinie abweichende Formulierung des zweiten Satzes des Abs. 1 lediglich dem besseren Verständnis, bewirkt aber keine materielle Abweichung zum Regelungsgehalt der Richtlinie.

Das Verhandlungsverfahren stellt ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (vgl. ua. Rs 199/85, Rs C-24/91, Rs C-107/92).

Als „kein nach diesem Bundesgesetz geeignetes Angebot“ gemäß den Abs. 1, Abs. 2 Z 1, Abs. 3 Z 1, Abs. 4 Z 1, Abs. 5 Z 1 und Abs. 6 Z 1 ist insbesondere ein Angebot zu qualifizieren, das nach den Vorschriften des BVergG (zB betreffend die Teilnahme, Eignungskriterien) auszuschneiden ist (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend) oder zwar alle Ausschreibungskriterien erfüllt aber verspätet eingereicht wurde oder unwirtschaftlich ist. Ebenso fällt darunter auch jenes Angebot, hinsichtlich dem die gesetzliche Fiktion des § 105 Abs. 3 zum Tragen kommt. Im letztgenannten Fall wird überdies die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Bekanntmachung allein mit dem Angebotsleger zulässig sein, wenn das Angebot die Kriterien der §§ 81 bis 85 erfüllt und der Unternehmer geeignet und nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen ist. Als grundlegende Änderung gelten die Änderung von Bedingungen wie Finanzierungsmodalitäten, Ausführungsfristen und Abnahme der Leistung, Technische Bestimmungen usw.

Abs. 2 Z 2 und Abs. 3 Z 2 treffen Vorkehrung für den Fall, dass bei Forschungsarbeiten mit besonders vertraulichen Daten diesem Umstand durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens Rechnung getragen können werden soll. Unter die Forschungs- und Entwicklungskosten sind auch die Kosten für Forschungs- und Versuchslaboratorien zu subsumieren.

Technische oder künstlerische Gründe im Sinne der Abs. 2 Z 3, Abs. 4 Z 2 und Abs. 6 Z 2 liegen etwa vor, wenn eine Einrichtung ein Kunstwerk in Auftrag gegeben hat, später jedoch ein zweites Kunstwerk in Auftrag geben will, um gewissermaßen ein „Paar“ zu erhalten. In diesem Fall wäre darzulegen, aus welchen Gründen das zweite Kunstwerk nicht bei einem anderen Künstler in Auftrag gegeben werden kann.

Unter den Tatbestand „Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes“ (Abs. 2 Z 3, Abs. 4 Z 2 und Abs. 6 Z 2) sind auch jene Fälle zu subsumieren, in denen ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht besitzt. In der Rs C-328/92 hat der GH betont, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. Es ist auch erforderlich, dass sie nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem GH nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt. Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder in angemessener Weise erlangen können.

Wenn die Arbeiten aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes des Ausschließlichkeitsrechtes nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können, so muss der Auftraggeber zur Rechtfertigung der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht nur das Vorliegen technischer Gründe im Sinne dieser Vorschrift dartun, sondern auch beweisen, dass diese technischen Gründe es unbedingt erforderlich machen, den streitigen Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben (vgl. C-57/94).

Im Falle der Abs. 2 Z 4, Abs. 4 Z 3 und Abs. 6 Z 3 handelt es sich um drei kumulative Voraussetzungen (vgl. Rs C-318/94). Unvorhersehbare Ereignisse im Sinne dieser Bestimmungen sind solche Ereignisse, die den Rahmen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sprengen (zB Naturkatastrophen, die dringende Lieferungen für Hilfsleistungen und zum Schutz der Opfer erfordern). Die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist nur dann zulässig, wenn zB die Arten und Mengen von Waren beschafft werden sollen, die angesichts der Notsituation unmittelbar erforderlich sind. Für Waren, Bauarbeiten und Dienstleistungen, die nach diesem Zeitpunkt benötigt werden, hat der Auftraggeber den Auftrag nach den entsprechenden Vorschriften auszuschreiben. Die Tatbestände sind daher nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Auftraggeber über ausreichende Zeit verfügen, um ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen (vgl. C-24/91, C-107/92).

Eine globale Preisgestaltung im Sinne der Abs. 3 Z 3 und Abs. 5 Z 2 ist dann nicht möglich, wenn Bieter keinen festen Preis für ihre Leistung angeben können, sondern Eventualitäten berücksichtigen müssen, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen (zB Reparaturleistungen, bei denen das erforderliche Ausmaß der notwendigen Reparaturen erst nach Beginn der Arbeiten eingeschätzt werden kann).

Das Verhandlungsverfahren gemäß Abs. 5 Z 3 ist nur dann vorgesehen, wenn es sich um Dienstleistungen handelt, deren vertragliche Spezifikationen zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht in allen Einzelheiten

determiniert werden können. Dies wird insbesondere für den Bereich der „geistigen Leistungen“ durch den 24. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50/EWG unterstrichen. Die Verwendung des Verhandlungsverfahrens ist daher nur dann zulässig, wenn die vertraglichen Spezifikationen a priori nicht hinreichend genau festgelegt werden können. Dies ist das entscheidende Kriterium. Als Beispiele von Dienstleistungen bei denen dies der Fall sein kann, nennt die Richtlinie lediglich geistig-schöpferische Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber führt in diesem Zusammenhang jedoch keine bestimmten Kategorien von Dienstleistungen an (vgl. dazu **Anhang III** und **IV**), so dass die Beurteilung, ob eine Dienstleistung diese Voraussetzung erfüllt, dem Auftraggeber obliegt. Ist die geforderte Leistung zB ein Plan, eine Planung oder Beratung, so wird das Kriterium, dass die vertraglichen Spezifikationen a priori nicht hinreichend genau festgelegt werden können, in der Regel erfüllt sein bzw. könnte die Dienstleistung als geistig schöpferisch qualifiziert werden. Bei Leistungen insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens (vgl. dazu etwa auch Art. 1 lit. g der Dienstleistungsrichtlinie), die einem Wettbewerbsverfahren unterzogen werden können und im Anschluss an dieses im Verhandlungsverfahren zu vergeben sind, könnten die Voraussetzungen für die Vergabe im Verhandlungsverfahren gemäß Abs. 5 Z 3 (Art. 11 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 92/50/EWG) daher auch dann zutreffen, wenn kein Wettbewerbsverfahren durchgeführt wird. Das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß der zitierten Vorschrift ist jedoch bei jedem konkreten Vergabeverfahren im einzelnen durch die ausschreibende Stelle zu prüfen. Es empfiehlt sich, das Ergebnis dieser Prüfung durch den Auftraggeber schriftlich für ein etwaiges Nachprüfungsverfahren festzuhalten.

In Anlehnung an die Bestimmungen der Vergaberichtlinien wird in § 25 die bereits bisher geltende Formulierung „Aufträge können ... vergeben werden“ für die Wahl des Verhandlungsverfahrens beibehalten. Klarstellender Weise ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Fall der „geistig-schöpferischen Dienstleistungen“ der Begriff „kann“ als „muss“ zu lesen ist. Diese Dienstleistungen sind gemäß ihrer Definition (vgl. § 20 Z 17) einer a priori Festlegung des Leistungsgegenstandes nicht zugänglich. Dies bezieht sich insbesondere auf die Qualität der Leistung. Die Konsequenz sind Angebote, die im folgenden Verfahren erst durch Verhandlungen miteinander vergleichbar gemacht werden können. Aus der Eigenart der Leistung folgt somit unmittelbar das Erfordernis des Verhandlungsverfahrens um eine ordnungsgemäße Angebotsbewertung überhaupt durchführen zu können.

Der Terminus „bestehender Dienstleistungsauftrag“ in Abs. 6 Z 4 lit. a entspricht dem Ausdruck „zuerst geschlossener Vertrag“ des Art. 11 Abs. 3 lit. e der Richtlinie.

Ferner ist klarzustellen, dass in einigen Fällen das Gebot der §§ 34 Abs. 5 bzw. 35 Abs. 2 – Minimalteilnehmeranzahl drei – nicht zum Tragen kommen kann. So ergibt sich bereits aus den Tatbeständen zB des § 25 Abs. 2 Z 3 und 5, Abs. 4 Z 2, 4 und 5 bzw. Abs. 6 Z 2, 4 und 5 dass nur ein bestimmter Leistungserbringer in Frage kommen kann.

#### **Zu § 26:**

§ 26 enthält neben § 27 jene Tatbestände bei deren Vorliegen im Unterschwellenbereich zusätzlich zu den in § 25 genannten Situationen besondere Verfahrensarten zur Anwendung kommen können.

Zur Sachlichkeit der in Abs. 1 und 3 vorgesehenen Wertgrenzen für die Wahl bestimmter Verfahrensarten ist festzuhalten: Die genannten Wertgrenzen werden im Hinblick darauf gewählt, dass unterhalb dieser Betragsgrenzen die Durchführung von Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Hinblick auf den Wert der Leistung ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten bewirken würde. Die Sonderregel für geistig-schöpferische Dienstleistungen ergibt sich aus dem Ausnahmecharakter der Leistung (vgl. dazu deren Definition in § 20 Z 17), die im Vergleich zu anderen Leistungen tendenziell höhere Beschaffungskosten verursacht. Im Gesetz selbst wird lediglich eine Obergrenze festgelegt, bis zu der Auftraggeber bestimmte Verfahrensarten in Anspruch nehmen können (aber nicht müssen). Es bleibt daher Auftraggebern unbenommen, intern niedrigere Werte als jene in Abs. 1 oder 3 genannten festzulegen, bis zu denen die Inanspruchnahme des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig wäre.

Beim nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung handelt es sich zwar um ein nicht besonders transparentes Vergabeverfahren, bis zu den genannten Wertgrenzen ist es jedoch aus oben angeführten Gründen sachlich rechtfertigbar. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber einerseits genügend geeignete Unternehmer kennen muss (dh. er muss über eine gewisse Marktübersicht verfügen), denn die Mindestanzahl der Unternehmer darf keinesfalls unterschritten werden. Außerdem ist (sofern dies auf Grund der Eigenart der Leistung bzw. des Anbieterkreises möglich ist) der einzuladende Unternehmerkreis zwingend „so häufig wie möglich zu wechseln“.

Abs. 2 hat als Vorbild § 25 Abs. 5 Z 3 und eröffnet in horizontaler Weise für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, unter den genannten Bedingungen das Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung in Anspruch zu nehmen.

In Abs. 3 Z 4 bis 6 werden Verhandlungsverfahrenstatbestände der Sektorenrichtlinie im Unterschwellenbereich den öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung gestellt.

Während in den Fällen des Abs. 3 Z 4 bis 6 jedenfalls nur ein Unternehmer für die Leistungserbringung in Betracht kommt, hat der Auftraggeber in den Fällen der Z 1 bis 3 Vergleichsangebote einzuholen.

**Zu § 27:**

§ 27 regelt die formfreie Direktvergabe, ein Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungsvergaben. Hinsichtlich der Sachlichkeit der in Abs. 1 vorgesehenen Wertgrenzen geht das Gesetz davon aus, dass unterhalb dieser Betragsgrenzen die Durchführung von Vergabeverfahren generell im Hinblick auf den Wert der Leistung ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten bewirken würde. Die Sonderregel für geistig-schöpferische Dienstleistungen ergibt sich aus dem Ausnahmecharakter der Leistung (vgl. dazu deren Definition in § 20 Z 17), die im Vergleich zu anderen Leistungen tendenziell höhere Beschaffungskosten verursacht.

§ 27 ist als Ermächtigung an Auftraggeber zu verstehen, bis zu den angegebenen Werten die Direktvergabe in Anspruch nehmen zu können (aber nicht zu müssen). Es bleibt daher Auftraggebern unbenommen, intern niedrigere Werte als jene in Abs. 1 genannten festzulegen, bis zu denen die Inanspruchnahme der Direktvergabe zulässig wäre. Ein Auftraggeber könnte darüber hinaus aber auch intern andere (niedrigere) Werte festlegen, ab denen eine bestimmte Anzahl von Vergleichsangeboten einzuholen sind. Dies wird im Übrigen auch durch den letzten Satz des Abs. 2 klargestellt.

Zu § 27 Abs. 1 Z 3 ist klarzustellen, dass nicht alle Dienstleistungen des **Anhangs IV** die im Gesetz genannten Kriterien erfüllen. Ein wirtschaftlicher Wettbewerb wäre aber etwa bei kulturellen Dienstleistungen (Engagement von bestimmten Sängern oder Orchestern) ebenso wie bei bestimmten Dienstleistungen im Sozialbereich nicht zweckmäßig im Sinne des Gesetzes. Als weitere Dienstleistungen, die im Wege einer Direktvergabe vergeben werden können, sind ferner bestimmte Anwaltsleistungen (**Anhang IV**, Kategorie 21) anzuführen, wenn auf Grund der Umstände des Einzelfalles ein besonderes, über das sonst übliche Maß hinausgehende Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Auftraggeber erforderlich ist.

Zu § 27 Abs. 1 Z 4 ist hinzuzufügen, dass es bei der Auswahl der Projekte regelmäßig nicht auf eine Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des § 7 ankommt, sondern auf die Entscheidung der jeweils relevanten Gremien (Kommission, transnationale Lenkungsgruppen) ankommt.

**Zu den §§ 28 und 29:**

Die §§ 28 und 29 enthalten besondere Verfahrensarten für den Unterschwellenbereich.

Elektronische Auktionen werden in zwei verschiedenen Varianten vom Gesetz zur Verfügung gestellt: die „einfache“ Auktion bei der einziges Auktionselement der Preis ist und die „sonstige“ Auktion bei der neben dem Preis auch andere Elemente der Auktion unterzogen werden. Innerhalb dieser Varianten sind des weiteren zwei Typen (mit und ohne Teilnehmerbeschränkung) zugelassen (vgl. dazu § 23 Abs. 8 und 9).

Zu betonen ist, dass elektronische Auktionen zur Erprobung dieser neuen technischen Möglichkeit vorerst nur bis zu einem Schwellenwert von 40 000 Euro sowie ausschließlich im Liefer- und Dienstleistungsbereich zulässig sind und darüber hinaus eine Auktion zwingend nur über „standardisierte Leistungen“ durchgeführt werden kann. „Standardisierte Leistungen“ sind einheitliche Leistungen (Dienstleistungen oder Waren) bei denen der Auftragsgegenstand so exakt festgelegt wird, dass die angebotenen Leistungen im wesentlichen idente Charakteristika aufweisen. Als Beispiel für solcherart beschreibbare Produktgruppen können Büroartikel (Papier, Schreibgeräte) oder Computer angeführt werden.

**Zu § 30 Abs. 1:**

Bereits in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1996 wurde klargestellt, dass eine Beschränkung des Teilnehmerkreises auf bestimmte Berufsstände eine Diskriminierung darstellen würde, sofern auch andere Unternehmer oder Personen die Berechtigung zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung besitzen.

**Zu § 30 Abs. 2:**

In der Ausschreibung sind Festlegungen über die Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften oder Bietergemeinschaften zu treffen. Der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit gemäß § 55 ist im Falle der Zulässigkeit einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft für alle dergestalt am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer zu erbringen. Für in Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften zusammengeschlossene Unternehmer ist die Eignung hinsichtlich des Gesamtauftrages erforderlich. Die vorgesehene Mitteilungspflicht hat den Sinn, dass der Auftraggeber rechtzeitig von der Verkleinerung des Bieterkreises informiert wird und erforderlichenfalls weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe einladen kann. Die Verletzung der Mitteilungspflicht stellt weder einen Ausscheidungsgrund dar noch zieht sie sonstige Konsequenzen nach sich.

**Zu §§ 30 Abs. 4, 38 Abs. 2, 39, 79 Abs. 3 sowie 98 Z 12:**

Bislang bestand das Problem, dass das in den Anerkennungsrichtlinien der Gemeinschaft vorgesehene Verfahren und das Vergabeverfahren nicht aufeinander abgestimmt waren. So kam es vor, dass ein Nachsichtsverfahren vor der Gewerbebehörde länger dauerte als das Vergabeverfahren wodurch ausländische Bieter diskriminiert werden konnten. Durch die vorgesehene, mit den Dienststellen der Kommission akkordierte Regelung wird der Versuch der Harmonisierung beider Verfahrensabläufe unternommen. Durch die frühzeitige (verpflichtende) Information potenzieller Bieter wird sichergestellt, dass jeder Interessierte von der allfälligen Notwendigkeit eines Nachsichts- oder Gleichhaltungsverfahrens oder dem Erfordernis einer Bestätigung gemäß EWR-Arch-VO bzw. EWR-Ing-KonsVO erfährt. Durch die Verlängerung der Zuschlagsfrist – die im Übrigen auch durch das neu eingeführte Verfahren zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erforderlich wurde – ist sichergestellt, dass, selbst wenn der Antrag erst am letzten Tag der Angebotsfrist oder vor Beginn der Verhandlungen gestellt wird, die Gewerbebehörde in der Lage ist, innerhalb der Zuschlagsfrist zu entscheiden. Eine Fristverlängerung ist ebenfalls möglich. Falls trotzdem kein Antrag gestellt wurde, sind derartige Angebote auszuschneiden.

**Zu § 31:**

Abs. 2 sieht die Möglichkeit vor, sofern die Ausschreibungsunterlagen nicht vollständig aus dem Internet abgerufen werden können und daher ein unbeschränkter und sofortiger Zugang zu diesen möglich ist, einen Termin festzusetzen, bis zu dem die Ausschreibungsunterlagen anzufordern sind. Die Festlegung dieses letzten Anforderungstages hat unter Beachtung der Umstände der konkreten Ausschreibung und unter Beachtung der Grundsätze des Diskriminierungsverbotes und der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen. Eine zu kurze Frist kann diese Grundsätze verletzen und zu einer Bekämpfung der Ausschreibung führen. Bis zu diesem Zeitpunkt gilt, dass der Auftraggeber gemäß § 47 Abs. 6 die Unterlagen binnen einer bestimmten Frist abzugeben hat. Die Wortwahl „anzufordern sind“ soll verdeutlichen, dass die Möglichkeit, die dem Auftraggeber zur Verfügung steht, als reine Ordnungsvorschrift (ohne Sanktion) zu verstehen ist um einen reibungslosen und raschen Ablauf des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Der Auftraggeber hat auf Grund des Wortlautes dieser Bestimmung nicht die Möglichkeit, nach dem von ihm festgesetzten spätesten Termin für die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen Unternehmen die Herausgabe derselben zu verweigern.

**Zu § 31 Abs. 2 letzter Satz, § 32 Abs. 9, § 33 Abs. 5, § 34 Abs. 7 und § 35 Abs. 4:**

Diese Bestimmungen gehen unter anderem auf die Empfehlung des Berichtes der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung von Korruption im Vergabewesen (1999) Punkt 2.7 zurück, wonach die „vergebende Stelle ... alle denkbaren organisatorischen und sonstigen Sicherungsmaßnahmen zu treffen [hat], um die Bieter- bzw. Interessentenliste geheim zu halten“.

**Zu §§ 32 Abs. 5 und 34 Abs. 5:**

Obwohl in den Vergaberichtlinien selbst nicht explizit gefordert ist, dass Auswahlkriterien im Vorhinein bekannt zu machen sind, ist dies aus Gründen der Transparenz und Nachvollziehbarkeit geboten.

In den Vergaberichtlinien ist vorgesehen, dass die Marge der am nicht offenen Verfahren teilnehmenden Unternehmer zwischen 5 und 20 liegen „kann“. Es sollte jedoch dem Auftraggeber überlassen bleiben, ob er die Anzahl der in der Folge einzuladenden Unternehmer nach oben hin begrenzen möchte oder nicht. Deshalb soll allein die Minimalanzahl verbindlich festgelegt werden.

Es wird davon abgesehen, eine Höchstzahl der einzuladenden Unternehmer festzulegen. Dies ist Sache des Auftraggebers und es liegt allein in dessen Ermessen, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht oder nicht. Die Zahl der Unternehmer, die zur Angebotslegung aufgefordert werden, hat aber jedenfalls so groß zu sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sie darf keinesfalls im Falle des § 32 Abs. 5 nicht unter fünf, im Falle des § 34 Abs. 5 nicht unter drei liegen. Dass Auswahlkriterien nicht zu gewichten sind, ergibt sich bereits aus der Definition in § 20 Z 19 lit. a.

**Zu § 32 Abs. 6:**

Während Abs. 6 zweiter Satz das Festhalten der Begründung für die Bewerberauswahl betrifft, werden in der Niederschrift gemäß Abs. 4 auch die Gründe für den Ausschluss von Teilnahmeanträgen zu dokumentieren sein. Abs. 6 soll allein die Nachvollziehbarkeit der Auswahl gewährleisten. Ob dies ebenfalls in einer Niederschrift erfolgt, lässt das Gesetz offen (dh. dies ist einer Entscheidung des Auftraggebers vorbehalten).

**Zu den §§ 33 Abs. 1 und 35 Abs. 1:**

Das „Festhalten“ kann zB in einer Niederschrift oder in Form eines Aktenvermerkes im Vergabeakt erfolgen.

**Zu § 35 Abs. 2:**

Der Klarstellung halber ist festzuhalten, dass die minimale Anzahl von drei Teilnehmern im Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung in bestimmten Fällen nicht schlagend werden kann. So bestimmt beispielsweise § 25 Abs. 2 Z 5, Abs. 4 Z 4 und Abs. 6 Z 5 dass das Verhandlungsverfahren in Anspruch genommen werden kann, wenn allein ein Unternehmer für die Auftragserteilung in Betracht kommt. In diesen Fällen kann das Verhandlungsverfahren naturgemäß nur mit dem allein in Frage kommenden Unternehmer abgewickelt werden.

**Zu § 36:**

Wann die Voraussetzungen (Befugnis ua.) zu prüfen sind, überlässt das Gesetz dem Auftraggeber. Sie müssen gemäß § 52 Abs. 5 Z 7 spätestens zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung vorliegen. Bei der Direktvergabe (zB Kauf von Produkten bei Händler) wird eine Leistung unmittelbar von einem Unternehmer bezogen und das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt. Da es sich um ein sehr formfreies Verfahren handelt, werden für die Prüfung der Voraussetzungen keine näheren Regelungen getroffen.

**Zum 1. Abschnitt des 2. Hauptstückes des 2. Teiles:**

Der 1. Abschnitt des 2. Hauptstückes enthält im 1. Unterabschnitt Regelungen zur Umsetzung der EG-rechtlichen Bekanntmachungsvorschriften. Bekanntmachungen sind dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften unter Verwendung der Standardformulare zu übermitteln. Im 2. Unterabschnitt sind die Bekanntmachungsregelungen des Unterschwellenbereiches enthalten. Der 1. Abschnitt enthält die der Einhaltung der Transparenzregelungen des EGV (vgl. dazu insbesondere Rs C-324/98) dienenden Bestimmungen. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass der Ausdruck „Bekanntmachung“ lediglich die Bekanntgabe von Informationen an das Publikationsorgan erfasst und vom Begriff „Veröffentlichung“ zu unterscheiden ist.

Es handelt sich um zwingende und unbedingte Angaben. Diese Informationen sollen den potenziellen Unternehmern ermöglichen, in Erfahrung zu bringen, wer ihre Mitbewerber sind, und zu prüfen, ob sie die vorgesehenen Eignungskriterien erfüllen. Das Unterbleiben jeglicher Bekanntmachung bewirkt, dass potenziell interessierten Bietern von vorne herein die Teilnahme am Vergabeverfahren verwehrt wird, wodurch der Wettbewerb unwiederbringlich und fundamental beeinträchtigt wird. Die durch das Unterbleiben jeglicher Form von Publizität bewirkte Beseitigung der Transparenz verursacht eine inhärente Ungleichbehandlung zwischen den potenziell interessierten Bietern. Erfolgt die Auftragsvergabe unter Außerachtlassung jeglicher Bekanntmachungsvorschriften ohne dass ein entsprechender Ausnahmetatbestand erfüllt ist, stellt dies eine wesentliche Verletzung der Vergabevorschriften dar (vgl. etwa Rs C-359/93).

**Zu § 37:**

Abs. 1 enthält die bereits gemeinschaftsrechtlich festgelegte Verpflichtung zur Bekanntmachung im Oberschwellenbereich für die genannten Verfahrensarten. Dadurch wird das zwingend geforderte Mindestmaß an Transparenz gewährleistet. Der EuGH misst in seiner Judikatur dem Aspekt der Transparenz besondere Bedeutung zu. Es ist darauf hinzuweisen, dass nur der Wortlaut der Bekanntmachung in der Originalsprache verbindlich ist. Sämtliche Kosten der Veröffentlichung von Bekanntmachungen werden von der Gemeinschaft getragen. Die Übersendung der Bekanntmachungen „grundsätzlich“ in deutscher Sprache soll den Unternehmern die Möglichkeit eröffnen, falls sie dies wünschen, auch in anderen Sprachen die Bekanntmachungen publizieren zu lassen (zB im Anwendungsbereich des GPA).

§ 37 Abs. 2 enthält die gesetzliche Grundlage für eine rasche Umsetzung der Richtlinie der Kommission betreffend die Standardformulare (ABl. Nr. L 285 vom 29. Oktober 2001, S 1). Bei der Umsetzung werden sowohl die Berichtigung der deutschen Fassung, als auch spezifische Adaptionen (Verwendung der

österreichischen Terminologie usw.) zu beachten sein. Durch diese Richtlinie erübrigen sich die meisten Anhänge des BVergG.

Es ist festzuhalten, dass die innerstaatlich vorgesehenen zusätzlichen Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich keine andere Informationen enthalten dürfen als die Bekanntmachungen im Amtsblatt (vgl. dazu auch Abs. 4).

Aus praktischen Erwägungen und aus Gründen der innerstaatlichen Transparenz wird eine grundsätzliche Verpflichtung zur (nationalen) Publikation der Bekanntmachungen für alle Auftraggeber beibehalten (vgl. dazu bereits § 10 des Submissionsregulativs, RGBL. Nr. 61/1909). Dadurch soll verhindert werden, dass Bekanntmachungen lediglich im Amtsblatt der EG nicht aber in einem österreichischen Publikationsorgan veröffentlicht werden. Es steht den Auftraggebern frei, ihre Bekanntmachungen in weiteren Publikationsorganen zu veröffentlichen. Um den Überblick über öffentliche Ausschreibungen zu erleichtern empfiehlt es sich, einen zentralen Zugang zu den Informationen zu ermöglichen.

In den Verordnungen gemäß Abs. 3 sind jene Publikationsmedien anzuführen, in denen aus Gründen der innerstaatlichen Transparenz jedenfalls eine Bekanntmachung zu erfolgen hat. Der Bundeskanzler sowie die Landesregierungen haben im Verordnungsweg die Festlegung zu treffen. Es können sowohl für den Bund wie auch die Länder ein oder mehrere Publikationsmedien festgelegt werden. Auf Grund des Abs. 3 ist es nicht zwingend, dass das Publikationsmedium ein amtliches Medium sein muss, es könnten daher zB auch Tageszeitungen als Publikationsmedien vorgesehen werden. Für den Bundesbereich ist im Interesse einer möglichst raschen Publikation vorgesehen, dass die Bekanntmachungstexte grundsätzlich elektronisch an das oder die festgelegten Publikationsmedien zu übermitteln sind. Die Ausnahmeregelung für Fax soll auch bei technischen Problemen (Ausfall des Servers usw.) eine rasche Übermittlung gewährleisten. Im Landesbereich ist derartiges nicht vorgesehen. Hier könnten die Länder aber zB organisationsintern festlegen, auf welche Weise (außer via Fax) Bekanntmachungstexte an das oder die festgelegten Publikationsmedien zu übermitteln sind.

Für den Bundesbereich ist ferner neben der traditionellen Veröffentlichung der Ausschreibungen auch eine unentgeltliche Bereitstellung der Bekanntmachungstexte im Internet vorgesehen. Alle Auftraggeber müssen Bekanntmachungstexte elektronisch übermitteln und das Publikationsmedium oder die Publikationsmedien hat/haben alle vergaberelevanten Bekanntmachungen zentral im Internet unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Auftraggeber können aber bereits derzeit (sofern sie über die technischen Möglichkeiten verfügen) von der elektronischen Übermittlung der Bekanntmachungen Gebrauch machen.

Hinzuweisen ist darauf, dass – wie bereits bisher – die Veröffentlichung etwa im Amtlichen Lieferungsanzeiger unentgeltlich erfolgen wird. Der vom BMWA herausgegebene Amtliche Lieferungsanzeiger erscheint ab 1. Jänner 2002 als regelmäßig erscheinende Rubrik im Amtsblatt zur Wiener Zeitung. Seit diesem Zeitpunkt erfolgen Einschaltungen von Ausschreibungsbekanntmachungen im Amtlichen Lieferungsanzeiger ausschließlich über das Internetportal [www.lieferanzeiger.at](http://www.lieferanzeiger.at). Veröffentlichte Ausschreibungsbekanntmachungen im Amtlichen Lieferungsanzeiger der letzten sieben Tage können kostenlos über die Homepage der Wiener Zeitung [www.wienerzeitung.at](http://www.wienerzeitung.at) unter der URL <http://lieferungsanzeiger.wzo.at/> eingesehen werden.

#### **Zu § 38:**

§ 38 begründet eine Verpflichtung zu einer (unverbindlichen) Vorinformation über alle Aufträge, die in den folgenden zwölf Monaten zur Vergabe gebracht werden sollen. Dies bedeutet, dass die Veröffentlichung der Vorinformation als solche zwingend vorgeschrieben ist. Lediglich die in der Vorinformation enthaltenen Angaben (zB über beabsichtigte Beschaffungsvolumina) sind für den Auftraggeber „nicht verbindlich“, denn der Auftraggeber hat nach dem klaren Wortlaut nur die „beabsichtigten“ bzw. „geplanten“ Beschaffungen bei der Schätzung zu berücksichtigen.

Ausgenommen von dieser Verpflichtung sind etwa die Baukonzessionsaufträge, da Art. 11 Abs. 1 der Baurichtlinie eine einschlägige Regelung nur für „Baufträge“ trifft. Der Wortlaut der Richtlinien wurde nicht exakt übernommen, da der telos der Bestimmung durch die vorgeschlagene Regelung besser verwirklicht wird. Ein Vergleich mit der Sektorenrichtlinie (Art. 22 Abs. 1) ergibt nämlich, dass offensichtlich auf Grund eines Redaktionsversehens das Erfordernis der Bekanntmachung „mindestens einmal jährlich“ im klassischen Bereich nicht verankert wurde. Im Sinne einer möglichst frühen Information der beteiligten Unternehmerkreise wird eine gleichlautende Regelung für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge getroffen.

**Zu § 40:**

Hinsichtlich der Baukonzessionsaufträge bleibt festzuhalten, dass eine Verpflichtung zur Publikation der vergebenen Aufträge nicht besteht, da die Regelung des Art. 11 Abs. 3 und 6 gemäß Art. 3 Abs. 1 der Baurichtlinie bezüglich der Baukonzessionsverträge nicht anwendbar ist und Art. 11 Abs. 5 der Richtlinie nicht die Vergabe von Aufträgen gemäß Art. 11 Abs. 4 (Vergabe von Bauaufträgen durch Baukonzessionäre) erfasst.

Die Sonderregelung des Abs. 2 für Dienstleistungsaufträge gestattet es den Auftraggebern, die Publikation von bestimmten Informationen zu untersagen. Aus dem Wortlaut der Richtlinie und des Gesetzes („anzugeben, ob sie mit der Veröffentlichung einverstanden sind“) folgt, dass die Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen aber jedenfalls alle Informationen enthalten muss. Der Auftraggeber kann lediglich dem Amt die Publikation untersagen. *Lege non distinguente* („haben anzugeben, ob sie mit der Veröffentlichung“) kann der Auftraggeber sowohl die Veröffentlichung der gesamten Bekanntmachung oder aber auch bloß einzelner Punkte derselben untersagen.

**Zu § 41:**

In den Vergaberichtlinien der Gemeinschaft sind verschiedene Bekanntmachungsverpflichtungen für öffentliche Auftraggeber normiert, die allerdings auf verschiedenste Nomenklaturen (zB CPC, CPA oder NACE) Bezug nehmen. Wie die Kommission bereits in ihrer Empfehlung vom 30. Juli 1996 feststellte, führt die Verwendung einer vereinheitlichten Nomenklatur zu einer größeren Transparenz im Bereich der öffentlichen Aufträge. Durch § 41 wird für Österreich eine vereinheitlichte Beschreibung des Auftragsgegenstandes durch eine Bezugnahme auf das CPV vorgeschrieben. Schon bisher erfolgte bei Bekanntmachungen im Amtsblatt der EG eine „Übersetzung“ zB des CPC in das CPV, wobei die Codes des CPV eine automatische Übersetzung der Beschreibung des Auftragsgegenstandes im Amtsblatt in die anderen Amtssprachen der Gemeinschaft generieren. Bezugnahmen auf andere Nomenklaturen im BVergG (zB **Anhang I, III, und IV**) erklären sich daraus, dass zum Teil keine verbindlichen Korrespondenztabelle zwischen den Nomenklaturen existieren bzw. die Anführung anderer Nomenklaturen als das CPV zur Abgrenzung des Anwendungsbereiches notwendig ist (zur Verbindlichkeit der vorläufigen CPC-Nomenklatur bei der Klassifikation von Dienstleistungen vgl. C-76/97).

Es wird darauf hingewiesen, dass eine Neufassung des CPV im Frühjahr 2002 erfolgen soll (vgl. dazu den Vorschlag der Kommission, KOM(2001) 449 vom 3. August 2001). Das CPV soll ferner im Wege einer Verordnung als für die Beschreibung des Auftragsgegenstandes verbindliche Nomenklatur eingeführt werden. Für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches (Anhang III und IV) ist aber auch gemäß diesem Vorschlag weiterhin die vorläufige Version des CPC ausschlaggebend.

**Zu § 42:**

Durch § 42 wird festgehalten, dass der Verkehr sowohl mit Organen bzw. Instanzen der Gemeinschaft (vornehmlich mit der Kommission) als auch mit EWR-Organen im Wege über den Bundesminister für auswärtige Angelegenheiten zu erfolgen hat. Die angesprochenen Mitteilungen und Berichte betreffen hauptsächlich die statistischen Ergebnisse der Anwendung der Richtlinien (vgl. Art. 39 der Dienstleistungsrichtlinie). Nur im Fall eines Verfahrens nach Art. 3 bzw. Art. 8 der Rechtsmittelrichtlinien soll ein anderes Übermittlungsverfahren zur Anwendung gelangen.

**Zu § 43:**

Auf Grund der Richtlinie 97/52/EG (vgl. die Art. 31 Richtlinie 93/36/EWG, Art. 34 Richtlinie 93/37/EWG und Art. 39 Richtlinie 92/50/EWG) wurden in Anlehnung an das GPA statistische Verpflichtungen eingeführt, die an entsprechender Stelle im Gesetz zu verankern sind. Die Komplexität des Statistikregimes ergibt sich auf Grund der detaillierten Regelungen der Richtlinien, die ihrerseits auf den Vorgaben des GPA basieren. Die vergebenden Stellen haben (gegebenenfalls im Wege der Landesregierung) demnach einmal jährlich dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die entsprechenden Unterlagen zu übermitteln, der die Gesamtstatistik für Österreich zu erstellen hat. Die Nichtvorlage der Statistiken stellt eine Verwaltungsübertretung dar (vgl. § 187) und kann mit einer Geldstrafe bis zu 8 000 Euro bestraft werden.

Die Richtlinien enthalten zwar nähere Angaben über die Statistikdaten, detaillierte Angaben über die Art der statistischen Information (genaue Aufgliederung der Daten, allenfalls Entwurf eines Formblattes uäm.) sind jedoch noch – gemäß den einschlägigen Richtlinienbestimmungen – von der Kommission in Zusammenarbeit mit dem Beratenden Ausschuss für öffentliche Aufträge zu erarbeiten. Aus diesem Grund wurde zwar eine grundsätzliche gesetzliche Verpflichtung verankert; diese bedarf jedoch einer näheren

Ausführung, die auf Verordnungsweg nach Erlassung der entsprechenden Akte auf Gemeinschaftsebene durch die Bundesregierung getroffen werden soll.

Die Kommission hat nunmehr eine informelle Vorversion der Formblätter für die Aufbereitung der statistischen Daten zur Verfügung gestellt. Gemäß diesen werden die Rückmeldungen zu erfolgen haben.

Die in Abs. 2 Z 3 angesprochenen „Ausnahmetatbestände“ beziehen sich auf die in § 25 enthaltenen Verhandlungsverfahrenstatbestände.

Die in Abs. 2 Z 5 erwähnten Ausnahmeregelungen des GPA betreffen zB Art. V (Special and Differential Treatment for Developing Countries), XI (Time-limits for Tendering and Delivery), XIV (Negotiation), XV (Limited Tendering) und XXIII (Exceptions to the Agreement). Eine nähere Spezifikation der angesprochenen Ausnahmeregelungen wird von der Kommission in Zusammenarbeit mit dem Beratenden Ausschuss bei der genauen Festlegung der statistischen Informationsverpflichtungen vorzunehmen sein.

Die in Abs. 2 Z 6 angeführten „sonstigen statistischen Angaben“ erklären sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die die Möglichkeit „sonstiger statistischer Angaben“ in Betracht ziehen. Diese werden von der Kommission in Zusammenarbeit mit dem Beratenden Ausschuss festgelegt werden.

Nur der Klarstellung halber sei erwähnt, dass die 200 000 Euro Grenze in Abs. 3 sich auf alle dort genannten Dienstleistungen bezieht.

#### **Zu § 44:**

Abs. 1 enthält die Verpflichtung zur Bekanntmachung im Unterschwellenbereich für die genannten Verfahrensarten. Dadurch soll das vom EuGH geforderte Mindestmaß an Transparenz gewährleistet werden.

Abs. 2 enthält eine ähnliche Regelung wie § 37 Abs. 3. In den Verordnungen sind jene Publikationsmedien anzuführen, in denen aus Gründen der innerstaatlichen Transparenz jedenfalls eine Bekanntmachung zu erfolgen hat. Es können sowohl für den Bund wie auch die Länder ein oder mehrere Publikationsmedien festgelegt werden. Auf Grund des Abs. 2 ist es nicht zwingend, dass das Publikationsmedium ein amtliches Medium sein muss, es könnten daher zB auch Tageszeitungen als Publikationsmedien vorgesehen werden. Ebenso wie auch im Oberschwellenbereich ist für den „Bundesbereich“ vorgesehen, dass die Bekanntmachungstexte grundsätzlich elektronisch an das oder die festgelegten Publikationsmedien zu übermitteln und unentgeltlich im Internet bereitzustellen sind. Im „Landesbereich“ ist derartiges nicht vorgesehen. Hier könnten die Länder aber zB organisationsintern festlegen, auf welche Weise (außer via Fax) Bekanntmachungstexte an das oder die festgelegten Publikationsmedien zu übermitteln sind.

Bekanntmachungen von Auftraggebern, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, sind unentgeltlich im Internet bereitzustellen. Ob eine unentgeltliche Publikation auch im „Landesbereich“ vorhanden sein wird, hängt unter anderem auch davon ab, welches Publikationsmedium festgelegt wird. Das Gesetz trifft diesbezüglich keine Festlegungen.

Bei einer Bekanntmachung durch Aushang an der Amtstafel oder auf elektronischem Weg muss aus Gründen der Transparenz und zur Verhinderung von Missbrauch die Verfügbarkeit der Inhalte zumindest bis zum Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist gewährleistet sein.

Im Zusammenhang mit dem einzuhaltenden adäquaten Grad an Transparenz, der bereits primärrechtlich geboten ist, ist auch auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. Nr. C 121 vom 29. April 2000, S 2 (insbesondere S 7 Punkt 3.1.2 „Transparenz“ Fußnote 50) hinzuweisen. Als weitere geeignete Medien kommen daher Printmedien aber auch elektronische Medien in Betracht.

#### **Zu § 46:**

Anders als bei der Berechnung verfahrensrechtlicher Fristen, wofür Abs. 1 die entsprechenden Bestimmungen des AVG für anwendbar erklärt, enthalten die folgenden Absätze die sich aus der Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71 vom 3. Juni 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine (ABl. Nr. L 124 vom 8. Juni 1971, S 1) ergebenden, notwendigen Festlegungen bei der Berechnung der materiell-rechtlichen Fristen im Vergabeverfahren.

Zu den verfahrensrechtlichen Fristen und deren Berechnung wird auf die §§ 32 und 33 AVG verwiesen.

Ohne inhaltliche Änderungen vorzunehmen, sollen die Bestimmungen betreffend die Fristenberechnung, klarer gefasst werden. Bei materiellrechtlichen Fristen (vgl. zB die Frist des § 100), die in Tagen, Wochen, Monaten oder Jahren bemessen sind, wird jener Tag in dem das fristenauslösende Ereignis fällt nicht mitgerechnet. Wird daher die Zuschlagsentscheidung an einem Montag einem Bieter bekannt gege-

ben, so beginnt die Frist des § 100 am Dienstag um 0.00 Uhr zu laufen und endet gemäß den allgemeinen Regeln des Abs. 4.

Eine Rechtsschutzlücke bis zum Beginn des Fristenlaufes gemäß Abs. 3 braucht im oben genannten Beispiel nicht befürchtet zu werden, da etwa gemäß § 100 Abs. 2 der Zuschlag „bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen ... erteilt werden darf“. Der Begriff „innerhalb einer Frist“ kann nicht dahin ausgelegt werden, dass zwischen der tatsächlich erfolgten Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und dem Beginn des Fristenlaufes um 0.00 Uhr keine Nichtigkeitssanktion bestehen sollte.

**Vor § 47:**

§§ 47 bis 49 enthalten die sich aus den Vergaberichtlinien ergebenden gemeinsamen, im Vergabeverfahren zu beachtenden materiell-rechtlichen Fristen. Besondere Fristbestimmungen enthält überdies § 110 des vorliegenden Gesetzesentwurfes.

**Zu § 47:**

Rechtzeitig angefordert im Sinne des Abs. 6 sind Ausschreibungsunterlagen dann, wenn, falls der Auftraggeber davon Gebrauch gemacht hat, die Interessenbekundung vor Ablauf der gemäß § 31 Abs. 2 gesetzten Frist erfolgte. Das „Abgeben“ der Unterlagen kann zB durch Übermittlung via Post, Boten oder elektronisch erfolgen bzw. kann dem Interessenten auch (telefonisch) mitgeteilt werden, unter welcher elektronischen Adresse die Unterlagen abgerufen werden können. Die Frist zur Abgabe der Ausschreibungsunterlagen läuft ab dem Tag des Einlangens des Antrages beim Auftraggeber unabhängig davon, ob dieser Antrag durch ein Schreiben zu bestätigen ist oder nicht.

„Zeitgerecht“ im Sinne des Abs. 7 wurde das Ersuchen dann gestellt, wenn es so rechtzeitig gestellt wurde, dass die zusätzlichen Auskünfte sechs Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilt werden können. Werden zusätzliche Auskünfte über Ausschreibungsunterlagen kürzer als sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist angefordert, so sind die Auskünfte unverzüglich zu erteilen. Die Auskunftserteilung kann durch Zusenden oder elektronisch (oder via Website) erfolgen.

**Zu § 48:**

In allen Richtlinien besteht die Möglichkeit, ein beschleunigtes Verfahren bei Bekanntmachung einer Vorinformation durchzuführen. Auf Grund des Wortlautes der Richtlinien (vgl. Art. 10 Abs. 1a der Richtlinie 93/36/EWG idF der Richtlinie 97/52/EG: „Frist ... die generell mindestens 36 Tage, auf jeden Fall aber mindestens 22 Tage“) besteht die Möglichkeit, die Frist jedenfalls mit der jeweils genannten kürzesten Frist (id est 22 Tage beim offenen Verfahren bzw. 26 Tage beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung) festzusetzen.

**Zu § 49:**

Abs. 1 stellt klar, dass gemäß den einschlägigen Richtlinien eine Verkürzung der in § 47 Abs. 1 und 5 vorgesehenen Fristen aus Gründen der Dringlichkeit ausschließlich im nicht offenen und im Verhandlungsverfahren (beide mit vorheriger Bekanntmachung) in Frage kommt.

In Abs. 1 Z 2 wird präzisiert, dass die Mindestfrist von zehn Tagen für den Eingang der Angebote, gerechnet vom Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, für das nicht offene und das Verhandlungsverfahren gilt.

**Zu § 50:**

Die in Abs. 4 und 5 vorgesehene Verkürzung ist auch möglich, wenn es sich um Aufträge mit kleinen Auftragswerten handelt und das Zuwarten mit der vollen Frist mit Nachteilen auf Grund der Verzögerung verbunden wäre.

Hinsichtlich Abs. 6 wird auf die Ausführungen zu § 47 Abs. 6, zu Abs. 7 auf § 47 Abs. 7 verwiesen.

**Allgemein zu den Bestimmungen der §§ 51 bis 57:**

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Nachweise anlässlich der konkreten Bewerbungen und Angebote zu erbringen sind. Eine Vereinfachung des Nachweissystems kann zB die Inanspruchnahme der Dienste eines einschlägigen Verzeichnisses (zB Katasters) mit sich bringen. Das Gesetz selbst gibt außer bei den §§ 53 bis 55 nicht vor, welche Nachweise der Auftraggeber für den Auftrag vorzuschreiben hat. Es ist nicht Inhalt des Gesetzes Auftraggeber in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit dargetan werden kann. Bei kleineren Auftragswerten ist es daher selbstverständlich nicht geboten, aufwendige Nachweismittel

für die Eignung anführen zu müssen. Im Gegenteil: wie sich aus § 52 Abs. 2 1. Satz ergibt, müssen die geforderten Nachweise in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen.

Die §§ 53, 54, 56 und 57 enthalten abschließend alle zulässigen Nachweise, welche von einem Unternehmer hinsichtlich seiner Eignung verlangt werden können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dazu zu bemerken, dass damit eine eigenständige Datenermittlung durch den Auftraggeber weitgehend hinfällig erscheint. Die Zurverfügungstellung entsprechender Daten durch die Bewerber oder Bieter selbst ist hingegen aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich. Sämtliche vorgesehenen Nachweise können grundsätzlich kumulativ verlangt werden. Besonders zu beachten ist freilich § 52 Abs. 2, wonach Nachweise von Unternehmern nur soweit gefordert werden dürfen, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei muss der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers zum Schutz seiner technischen Betriebsgeheimnisse berücksichtigen.

Es wird bei der Anwendung dieses Hauptstückes des vorliegenden Gesetzesentwurfes insbesondere auch die einschlägige Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (vgl. etwa Rs 27 bis 29/86, 31/87, 103/88, C-272/91, C-76/81, C-71/92, C-389/92 und C-5/97) zu berücksichtigen sein.

#### **Zu § 51:**

§ 51 enthält abschließend all jene nach den Vergaberichtlinien zulässigen Ausschlusskriterien hinsichtlich der Eignung von am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmern. Insofern präzisiert § 51 den gemäß § 21 Abs. 1 bestehenden Vergabegrundsatz, wonach Aufträge über Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben sind.

Einer Anregung des Datenschutzrates folgend, ist bei Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit von juristischen Personen, handelsrechtlichen Personengesellschaften, eingetragenen Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften gemäß Abs. 1 Z 3 auf jene physischen Personen abzustellen, die in der Geschäftsführung tätig sind.

Zu Abs. 1 Z 4 ist festzuhalten, dass hinsichtlich schwerer Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit gemäß den EG-rechtlichen Vorgaben die Nachweiserbringung durch den Unternehmer unzulässig, die schwere Verfehlung vielmehr vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festzustellen ist. Eine gewisse Erleichterung für den Auftraggeber bietet dabei die Regelung des § 55. Wie der Nachweis der Verfehlung im Sinne der Z 4 zu erfolgen hat, regelt das Bundesvergabegesetz nicht explizit. Aus der systematischen Interpretation mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des § 52 ergibt sich, dass das Gesetz an diesen Nachweis strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit legt. Der Nachweis muss daher objektiven Kriterien genügen und damit jenen Formen des Nachweises des Vorliegens eines Ausschließungsgrundes gleichzuehalten sein, die in den anderen Tatbeständen des § 51 BVergG geregelt sind. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liegt, als schwere Verfehlung wertet, stellt keinen, objektiven Kriterien genügenden Nachweis dar. Die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber gründet, müssen wesentlich von objektiven, nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegenden Umständen abhängen. Der Auftraggeber hat dem Bieter Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, falls er ihn auf Grund des Tatbestandes der Z 4 ausschließen will.

Nichtsdestoweniger enthält die Z 4 eine zentrale Bestimmung für die Berücksichtigung arbeits- und sozialrechtlicher Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Angebote von Bietern, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich – wie vorhin ausgeführt – festgestellt wurde, sind zwingend auszuschließen. Eine Verletzung zwingend einzuhaltender Bestimmungen kann daher mittelbar dazu führen, dass der betreffende Bieter nicht mehr berechtigt ist, am Vergabeverfahren teilzunehmen. So ist etwa gemäß § 87 Abs. 1 Z 3 Gewerbeordnung (GewO) die Gewerbeberechtigung zwingend zu entziehen, wenn „der Gewerbeinhaber infolge schwer wiegender Verstöße gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen ... die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt.“ Als derartige Schutzinteressen sind gemäß § 87 Abs. 1 letzter Unterabsatz „insbesondere die Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung ... sowie der Diskriminierung von Personen allein auf Grund ihrer Rasse, Hautfarbe, ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft, ihres religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung“ anzusehen. In Österreich stellen Verletzungen arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen zumeist zwingendes Recht dar und sind in der Regel mit Verwaltungssanktionen bewehrt (vgl. zB: § 28 ArbeitszeitG, § 130 ArbeitnehmerInnenschutzG, § 21 BehinderteneinstellungsgG, § 22 ArbeitskräfteüberlassungsgG, § 160 ArbVG und das Bundesgesetz über die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen, BGBl.

Nr. 599/1987). Die Übertretung dieser Vorschriften, die verwaltungsstrafrechtlich geahndet wird, stellt jedenfalls gleichzeitig auch eine Verletzung von Berufspflichten und damit insbesondere der Übertretung von zum Schutz der Arbeitnehmer erlassenen Regeln dar und kann somit auch zum Ausschluss von einem Vergabeverfahren führen. Als einschlägiges Beispiel der Judikatur zur Verpflichtung der Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen kann jene Entscheidung des Bundesvergabeamtes (Bescheid Nr. 1/98 vom 19. Jänner 1998) genannt werden, worin ein Unternehmen auf Grund seines Angebotes, das zu schlechteren Bedingungen als den geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen erstellt und eingereicht worden war, von der Auftragsvergabe ausgeschlossen wurde.

Zu Z 5 ist festzuhalten, dass der Ausschluss bei „Nicht-Erfüllung“ der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge vorgesehen ist. Wann dies der Fall ist, wird der Auftraggeber unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen haben. Wenn daher Sozialversicherungsbeiträge zB nicht sofort bezahlt wurden (etwa aus Versehen der Buchhaltung) und der Unternehmer deshalb bereits gemahnt wurde, so wird der Auftraggeber die Umstände des Falles näher prüfen müssen (ob dies ein Einzelfall war oder dies bereits häufig und systematisch passiert ist – vgl. dazu auch Prüfungsschema des § 55). Im Rahmen dieser Prüfung wird auch zu beachten sein, ob die Außenstände nur eine geringe Summe betreffen oder ob dies signifikante Beträge ausmacht (uU mit Gefahr für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers, falls alle Außenstände zwangsweise eingetrieben werden).

In Z 6 wurde § 55 nicht genannt, weil dieser Tatbestand in den einschlägigen Richtlinienbestimmungen nicht angeführt ist. Falsche Auskünfte gemäß § 55 Abs. 3 könne jedoch mit Ausschluss gemäß der Z 4 geahndet werden.

#### **Zu § 52:**

Die im Zuge des Vergabeverfahrens vorzulegenden Nachweise können entweder – wie bisher – in Papierform oder aber auch in elektronischer Form (unter Beachtung der entsprechenden Erfordernisse wie zB in Bezug auf Echtheit und Richtigkeit) vorgelegt werden. Die Formulierung des § 52 wurde bewusst insofern neutral gewählt als nicht auf die Papierform der Nachweise Bezug genommen wurde.

Nachweise hinsichtlich der beruflichen Befugnis ausländischer Unternehmer können gemäß Abs. 1 Z 1 bei den in Anhang VII zu dem vorliegenden Gesetz genannten Berufsregistern angefordert werden.

Der Nachweis des Besitzes einer Berechtigung oder der Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation im Herkunftsland gemäß Abs. 1 Z 5 kann durch die Vorlage einer im Herkunftsland vorgesehenen Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung erfolgen.

Sämtliche im 3. Hauptstück vorgesehenen Nachweise können grundsätzlich kumulativ verlangt werden. Besonders zu beachten ist freilich Abs. 2 wonach Nachweise von Unternehmern nur soweit gefordert werden dürfen, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei muss der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers zum Schutz seiner technischen Betriebsgeheimnisse berücksichtigen (vgl. dazu im Übrigen auch den Grundsatz des § 21 Abs. 5). Eine entsprechende Berücksichtigung dieses Grundsatzes wird auch im Schlichtungsverfahren sowie gemäß dem im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt anzuwendenden § 17 Abs. 3 AVG zu erfolgen haben. Abs. 2 impliziert, dass der Auftraggeber jedenfalls alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise, die im Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmers verlangen darf. Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen, kann der Auftraggeber vom Unternehmer allerdings nicht verlangen.

Die Dauer der vom Auftraggeber gemäß Abs. 3 festzusetzenden Frist zur Vervollständigung oder Erläuterung der Unterlagen oder Bescheinigungen hat sich etwa daran zu orientieren, ob bestimmte zusätzliche Unterlagen leicht beigeschafft werden können oder ob die Erläuterungen komplexer oder simpler Natur sind. Die Frist darf jedenfalls nicht so kurz bemessen werden, dass eine Reaktion des Unternehmers nicht oder nur unter äußersten Anstrengungen möglich ist.

Abs. 4 regelt, auf welche Weise außer durch die Vorlage der vom Auftraggeber geforderten Unterlagen selbst der Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit geführt werden kann. Der erste Satz ermöglicht den Nachweis durch die Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten, wie es derzeit beispielsweise der Österreichische Auftragnehmerkataster eines bildet. Voraussetzung für diese Art des Nachweises ist jedoch, dass die vom Auftraggeber geforderten Nachweismittel beim Diensteanbieter verfügbar sind und dass der Auftraggeber auf diese Nachweise unmittelbar (zB etwa online) zugreifen kann. Der zweite und dritte Satz bieten die Möglichkeit, andere Urkunden mit gleicher Aussagekraft beizubringen, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können.

Abs. 5 enthält nunmehr differenzierte Regelungen zu welchem Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den verschiedenen Verfahren vorliegen muss. In Z 4 bedeutet „grundsätzlich“, dass die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bezogen auf jenen Leistungsgegenstand vorliegen muss, soweit er zum Zeitpunkt der Z 4 bekannt war; damit wird den im Verhandlungsverfahren typischen Änderungen des Leistungsgegenstandes bei der Verpflichtung zum Nachweis Rechnung getragen.

Durch die Formulierung „muss ... spätestens ... vorliegen“ wird verdeutlicht, dass ab den in Z 1 bis 8 genannten Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen muss und in der Folge nicht mehr verloren gehen darf.

Bei Direktvergabe gemäß Abs. 5 Z 7 bestimmt der Auftraggeber den Zeitpunkt an dem er die Prüfung vornimmt; unabdingbar ist jedenfalls, dass bei Direktvergaben im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung alle Elemente vorliegen müssen.

#### **Zu § 53:**

Zur Klarstellung ist hervorzuheben, dass der Nachweis der Befugnis für in Österreich niedergelassene Unternehmer nach den in Österreich vorgesehenen Bescheinigungen zu erfolgen hat. Die Vorlage eines Firmenbuchsatzes reicht demnach nicht hin, die Gewerbeberechtigung nachzuweisen, weil bei der Eintragung ins Firmenbuch diese Angabe des Anmeldenden ungeprüft eingetragen wird.

§ 53 enthält keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Aktualität der Nachweise. Es obliegt daher dem Auftraggeber bekannt zu geben, wie alt derartige Nachweise maximal sein dürfen. Diese Frist darf aber jedenfalls nicht zu kurz bemessen sein, da dies zu einer Diskriminierung führen könnte.

#### **Zu § 54:**

§ 54 enthält abschließend alle zulässigen Nachweise, welche von einem Unternehmer hinsichtlich seiner allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit verlangt werden können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dazu zu bemerken, dass damit eine eigenständige Datenermittlung durch den Auftraggeber weitgehend hinfällig erscheint. Die Zurverfügungstellung entsprechender Daten durch die Bewerber oder Bieter selbst ist hingegen aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich.

Das Gesetz enthält keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Aktualität der Nachweise gemäß Abs. 2 Z 1. Es obliegt daher dem Auftraggeber bekannt zu geben, wie alt derartige Nachweise maximal sein dürfen. Diese Frist darf aber jedenfalls nicht zu kurz bemessen sein, da dies zu einer Diskriminierung führen könnte.

In Abs. 2 Z 2 wird verdeutlicht, dass auch äquivalente Dokumente eines Bewerbers oder Bieters einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens anzuerkennen sind.

Die Notifikationsverpflichtung des Abs. 4 dient der Transparenz.

#### **Zu § 55:**

Der Katalog der Ausschlussgründe der Richtlinien ist nach der Judikatur des EuGH (vgl. Urteil vom 17. November 1993, Rs C-71/92, Kommission gegen Spanien) taxativ. Daher wurde das vorgesehene Auskunftssystem dahingehend gestaltet, als die nachweisliche Feststellung durch den Auftraggeber und nicht durch den Bewerber oder Bieter verlangt wird. Der Inhalt der Auskunft beschränkt sich auf die Angabe, ob dem in der Anfrage genannten Unternehmen eine wesentliche Verletzung des AuslBG zuzurechnen ist oder nicht. Da der Inhalt der Auskunft nur die absolut erforderliche Mindestinformation für den öffentlichen Auftraggeber enthält, bestehen auch keine Bedenken aus datenschutzrechtlicher Sicht, zumal es das Unternehmen selbst in der Hand hat, durch Unterlassung der Bewerbung die Übermittlung der betreffenden Information an den öffentlichen Auftraggeber zu verhindern. Die dem Auftraggeber erteilte Auskunft ist kein Bescheid, sondern ein Realakt. Im Fall der automationsunterstützten Verarbeitung stehen die Rechtsbehelfe nach dem Datenschutzgesetz (insbesondere §§ 11, 12) zur Verfügung, im Fall der nicht automationsunterstützten Verarbeitung gilt das Auskunftspflichtgesetz.

Die Auskunft, ob ein Bewerber, Bieter oder deren Subunternehmer beruflich zuverlässig ist, bezieht sich auf den Zeitpunkt der Auskunftserteilung durch das BMWA. Aus praktischen Überlegungen soll die Auskunft nicht nur für ein Vergabeverfahren Gültigkeit besitzen. Falls der Auftraggeber den Zuschlag an ein Unternehmen erteilen will, hat er vorher eine diesbezügliche Auskunft einzuholen. Die Einschränkung auf „in Betracht kommende Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer“ soll überflüssige Auskunftserhebungen betreffend aussichtslose Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer vermeiden helfen und der Arbeitsüberlastung der auskunftserteilenden Stelle vorbeugen.

Es bleibt im gegebenen Zusammenhang festzustellen, dass die Beschäftigung von Inländern unter Verstoß gegen die innerstaatlichen Rechtsvorschriften im Rahmen des § 51 (Ausschluss vom Vergabeverfahren) zu ahnden ist.

Mit Erkenntnis vom 24. Juni 1998, G 462/97, hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Wortfolge „im Falle des § 9 Abs. 1 VStG ein zur Vertretung eines Unternehmens des Antragstellers nach außen berufenes Organ“ verfassungswidrig war. In der Begründung des Erkenntnisses führte der Verfassungsgerichtshof aus, dass § 28b AuslBG in Verbindung mit § 10 Abs. 3 und § 39 des BVergG in dessen Stammfassung bei zweimaliger Bestrafung nach dem AuslBG, „quasi automatisch die vergaberechtliche Zuverlässigkeit“ ausschließe und die Versagung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 28b AuslBG zwingend zum Ausscheiden des Bieters im Verfahren der Zuschlagserteilung führe. Der Verfassungsgerichtshof hielt es für unsachlich, Bestrafungen nach dem AuslBG zwingend mit der vergaberechtlichen Konsequenz zu verknüpfen, ohne dass dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt ist, darzutun, weshalb er trotz vorliegender Bestrafung nicht als unzuverlässig anzusehen ist.

In Abs. 2 wird die Vermutung aufgestellt, dass – für den Fall, dass die Auskunft gemäß § 28b Abs. 1 AuslBG rechtskräftige Bestrafungen aufweist – die Zuverlässigkeit des Bieters nicht gegeben ist. Dieser hat jedoch – im Sinne des genannten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes – die Möglichkeit der vergebenden Stelle darzulegen, dass seine Zuverlässigkeit dennoch gegeben ist, da er Maßnahmen gesetzt hat, die eine nochmalige Bestrafung nach dem AuslBG verhindern sollen.

Abs. 4 enthält einen Katalog von Maßnahmen, deren Nachweis die Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit bewirkt; dafür kommen vor allem innerbetriebliche Organisationsmaßnahmen und personelle Konsequenzen in Frage. Es versteht sich von selbst, dass die vom Bieter zu ergreifenden Maßnahmen sich in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen müssen (dies spielt besonders bei KMU eine Rolle). So wäre es etwa unverhältnismäßig, von einem Kleinunternehmen die Einführung eines kostspieligen Revisionswesens zu verlangen.

Ob die vom Unternehmen ergriffenen Maßnahmen als ausreichend erachtet werden, ist von der vergebenden Stelle gemäß Abs. 5 abschließend zu beurteilen. Die vergebende Stelle hat eine Abwägung zwischen der Schwere des Vergehens nach dem AuslBG, der Konsequenz des Ausschlusses vom Vergabeverfahren und der Eignung der getroffenen Maßnahmen vorzunehmen, wobei davon auszugehen ist, dass je schwerer das Vergehen war, ein strengerer Maßstab hinsichtlich der vom Unternehmen gesetzten Maßnahmen anzulegen ist. Um den vergebenden Stellen eine Hilfestellung bei der Beurteilung zu geben, werden beispielhaft zwei Kriterien, die bei der Beurteilung der Schwere der Bestrafung herangezogen werden können, genannt. Bei der Berücksichtigung der Zahl der illegal Beschäftigten kann man diese Zahl zur Anzahl der in dem betroffenen Unternehmen (legal) Beschäftigten in Relation setzen, um die Schwere des Vergehens beurteilen zu können. Zur Beurteilung der Schwere des Vergehens wird insbesondere auf die Zahl der rechtskräftigen Bestrafungen abzustellen sein.

#### **Zu § 56:**

Unter Bankerklärung gemäß Abs. 1 ist die üblicherweise als „Bankauskunft“ bezeichnete Bonitätserklärung zu verstehen. Auch Auskünfte von Kreditschutzverbänden oder Auskunftsteilen kämen hier in Frage. Wesentlich erscheint die Kenntnis über das haftende Eigenkapital, ob dieses in Relation zur Größe des Auftrages steht und ob allenfalls eine Überschuldung vorliegt.

#### **Zu § 57:**

§ 57 enthält eine abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel in Bezug auf die technische Eignung. Welche Nachweise der Auftraggeber verlangt, liegt in seinem, lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot (vgl. § 52 Abs. 2) determinierten Ermessen.

Hinzuweisen ist auch auf die Zulässigkeit des Erfordernisses der „spezifischen Erfahrung“ als Eignungskriterium: Das Kriterium der „für die ausführenden Arbeiten erforderlichen spezifischen Erfahrung“ ist im Hinblick auf die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer ein zulässiges Kriterium für die Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit. Ist ein solches Kriterium in einer Rechtsvorschrift vorgesehen, auf die die Bekanntmachung der Ausschreibung verweist, so ist es besonderen Anforderungen betreffend die Veröffentlichung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht unterworfen (vgl. dazu Rs 31/87).

Im Gesetz wird in Abs. 2 Z 1 der allgemeinere Ausdruck „Ausbildungsnachweise“ anstelle der Diktion der Richtlinie („Studiennachweis“) analog zur ÖNORM A 2050 verwendet.

Da eine Kontrolle nach Abs. 3 Z 7 natürlich nicht gegen den Willen der amtlichen Stelle durchgeführt werden kann, bzw. das BVergG eine derartige Stelle auch nicht zur Kontrolle verpflichten kann, erscheint

die Verankerung des „Einverständnisses“ dieser Stelle im Gesetz entbehrlich (vgl. demgegenüber den Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 lit. g der Dienstleistungsrichtlinie).

Durch die in Abs. 4 erwähnten ÖNORMEN sind die in der Dienstleistungsrichtlinie genannten Europäischen Normen aus der Serie EN 29 000 und EN 45 000 umgesetzt. Es versteht sich von selbst, dass der Nachweis von Qualitätssicherungsmaßnahmen in anderer Form (Abs. 4 letzter Satz) vom Auftraggeber nur dann anerkannt werden muss, wenn es sich um gleichwertige Maßnahmen handelt.

**Zu § 58:**

In Anlehnung an die ÖNORM A 2050 wird nunmehr auch im BVergG der bisher geltende strenge Grundsatz der ungeteilten Vergabe aufgegeben. Aus dem Wortlaut des Abs. 1 kann nunmehr aber auch nicht der Gegenschluss gezogen werden, dass weniger umfangreiche Leistungen nicht in Teilen ausgeschrieben werden dürfen. Das Gesetz nennt als Beurteilungsmaßstab für die Entscheidung Gesamt- oder Teilvergabe wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte. Hinsichtlich der Auftragsvergabe durch Bundesorgane wird zudem der Vorhabensbegriff des § 23 BHG zu berücksichtigen sein. Abs. 2 kann auf Grund seines Wortlautes („kann“) auch nicht als unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zugunsten einer gewerksweisen Vergabe herangezogen werden. Ein öffentlicher Auftrag kann daher zB dann gewerksweise vergeben werden, wenn er nach Art und Größe besonders umfangreich ist und trotz Teilung eine notwendige einheitliche Ausführung und eine eindeutige Gewährleistung sichergestellt sind. Bei Einhaltung des Ermessensspielraumes durch den Auftraggeber lässt sich daher weder ein Anspruch auf gewerksweise Vergabe noch auf Gesamtvergabe eines Auftrages ableiten. Dieser Ermessensspielraum des Auftraggebers könnte jedoch intern dahingehend determiniert werden, dass im Rahmen des Abs. 3 eine Präferenzierung der gewerksweisen Vergabe erfolgt.

**Zu § 59:**

Der Teilung der Ausschreibung werden nur dadurch Grenzen gesetzt, dass einerseits wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte wie die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung der Leistung oder eine eindeutige Gewährleistung, die für eine Gesamtausschreibung sprechen, durch die Teilung nicht gefährdet werden dürfen und andererseits die Teilung nicht zu einer nicht mehr neutralen, bestimmten Bietern Wettbewerbsvorteile sichernden Leistungsbeschreibung führen darf (§ 74 Abs. 1 und 3).

**Zu § 62 Abs. 2:**

Obwohl eine Präferenz für feste Preise besteht, wird insbesondere bei börsennotierten Rohstoffen oder Rohstoffen, deren Preis weltmarktbedingt stark schwankt, aus Gründen des fairen Wettbewerbes die Kostenberechnung auf der Basis veränderlicher Preise vorzunehmen sein. Mit der vorgeschlagenen Regelung des letzten Satzes soll die Geltungsdauer einer Festpreisregelung grundsätzlich mit zwölf Monaten beschränkt werden. Durch die Textierung des letzten Satzes ist aber auch klargestellt, dass in Ausnahmefällen mit besonderer sachlicher Rechtfertigung der Zeitraum für die Geltung fester Preise durchaus auch zwölf Monate übersteigen kann (arg. „grundsätzlich“).

**Zu § 64:**

§ 64 eröffnet den Auftraggebern die Heranziehung von Sachverständigen und Gutachten, soweit eine sachgerechte Durchführung des Vergabeverfahrens ohne entsprechendes Spezialwissen nicht möglich scheint und die vergebende Stelle nicht über das erforderliche Fachpersonal verfügt. In besonders gelagerten Fällen kann mangelndes Spezialwissen des Auftraggebers sogar eine Verpflichtung zum Beiziehen von Sachverständigen auslösen, falls nicht durch andere Vorkehrungen die Abwicklung eines korrekten Vergabeverfahrens gewährleistet werden kann (zB Beiziehen von Sachverständigen zur Ausarbeitung von Ausschreibungsunterlagen oder Bewertung von Angeboten). Selbstverständlich dürfen nur solche Personen herangezogen werden, deren Unbefangenheit außer Zweifel steht. Ein Recht auf Ablehnung wegen Befangenheit soll den Teilnehmern am Vergabeverfahren indes nicht zukommen.

**Zu § 65:**

Die Geheimhaltungspflicht gemäß Abs. 1 wird auch in einem allfälligen Schlichtungs- bzw. Nachprüfungsverfahren zu beachten sein. Der Begriff „Ausarbeitungen“ umfasst nicht Standardprodukte (zB Standardsoftware). Durch die Zustimmungsverpflichtung soll ein Know-How-Abfluss ohne Entgelt verhindert werden.

**Zum 3. Teil:**

**Allgemein zum 1. Abschnitt des 1. Hauptstückes:**

Wenn der Auftraggeber entgegen den Bestimmungen des 1. Hauptstückes Angaben in den Ausschreibungsunterlagen unterlässt, so darf dies nicht zu Lasten des Bewerbers oder Bieters gehen.

**Zu § 66:**

Aus Abs. 3 folgt, dass grundsätzlich – als Ausnahme kann die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 25 Abs. 5 Z 3 oder die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit funktionaler Leistungsbeschreibung angeführt werden – alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung so weit klar sein müssen, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen kann und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden können.

§ 66 enthält die Grundsätze für die Ausschreibung entsprechend der ÖNORM A 2050. Die Ausschreibung soll die Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren. Sie soll daher so präzise sein, dass sie unmittelbar Inhalt des Leistungsvertrages werden kann und nur mehr durch jene Vertragsbestandteile ergänzt werden muss, die im Angebot enthalten sind. Dem entspricht insbesondere Abs. 4.

Abs. 5 und 6 sind Gestaltungs(Form)vorschriften für die Ausschreibung. Aus der Form der Ausschreibung folgt bei entsprechender Gestaltung, dass der Bieter Teilangebotspreise und Variantenangebotspreise auch zu bilden hat, anderenfalls ein nicht formgemäßes Angebot vorliegt.

Es versteht sich von selbst, dass Varianten-Ausschreibungen gemäß Abs. 6 dem Gebot des Abs. 3 entsprechen müssen.

Die Bestimmung des Abs. 8 kommt vor dem Hintergrund des § 21 Abs. 3 besondere Bedeutung zu.

**Zu § 67:**

Aus den Ausschreibungsunterlagen muss im Sinne der Transparenz klar und unmissverständlich hervorgehen, welchem Regelungsregime die konkrete Leistungsvergabe folgt.

Das Gesetz geht, wie bisher, von einer Präferenz zugunsten des Zuschlages auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Nur unter der Voraussetzung, dass der Qualitätsstandard einer Leistung klar beschreibbar ist und deswegen qualitativ gleichwertige Angebote sichergestellt sind, kann der Auftraggeber zwischen dem Vergabeprinzip des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes oder des Angebotes mit dem niedrigsten Preis wählen. In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist eindeutig festzulegen, nach welchem Prinzip der Zuschlag erteilt werden soll. Die Wahl des Zuschlagsprinzips ist zusammen mit der Ausschreibung als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen.

Die Festlegungen in der Ausschreibung müssen einen klaren und eindeutigen Qualitätsstandard (zB in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht) auf definiertem Niveau gewährleisten, damit der Auftraggeber das Zuschlagsprinzip „niedrigster Preis“ zulässiger Weise wählen kann. Als Beispiel für Leistungen, hinsichtlich denen der Zuschlag auf ein Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden könnte, können etwa bestimmte Arten von Rohbauarbeiten, standardisierte Leistungen im Straßenbau, Lieferungen von Waren mit einem hohen Standardisierungsgrad und standardisierte Dienstleistungen angeführt werden. Sofern hingegen bei Leistungen Folgekosten (wie Betriebs- und Erhaltungskosten sowie kostenmäßige Auswirkungen auf andere, in inhaltlichem Zusammenhang stehende Leistungen) ein Zuschlagskriterium darstellen sollen, so kann ebenso wie etwa bei Leistungen mit komplexer Aufgabenstellung oder bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen dieses Zuschlagsprinzip nicht zum Tragen kommen. Die zuletzt genannten geistig-schöpferischen Dienstleistungen sind vielmehr typischer Weise allein einer Zuschlagsermittlung auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zugänglich. Bei diesen im Verhandlungsverfahren zu vergebenden Leistungen ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien jenes Angebot zu wählen, welche im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserbringung bietet.

Grundsätzlich sind nunmehr die Zuschlagskriterien gewichtet anzugeben, wobei die Gewichtung auch in Form einer Marge (Bandbreite der gewichteten Kriterien innerhalb der sich der Wert eines Kriteriums befinden muss) möglich ist, um dem Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen einen gewissen Spielraum zu ermöglichen. Die Festsetzung der Größe der Marge wird abhängig von der Art der auszusprechenden Leistung festzusetzen sein, wird in der Regel jedoch sehr klein sein. Die Ausnahmebestimmung, wonach der Auftraggeber alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung angeben kann, wenn auf Grund der Eigenart der ausgeschriebenen Leistung eine Gewichtung nicht möglich ist, bezieht sich etwa auf die Fälle des § 25 Abs. 5 Z 3, wenn vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können.

Aus Transparenzgründen ist es unbedingt erforderlich, dass der Auftraggeber gemäß Abs. 5 in den Ausschreibungsunterlagen explizit angibt, ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers

zulässig ist (vgl. dazu auch § 94 Abs. 4). Bei einem Angebot mit Rechenfehler handelt es sich um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt). Hingegen ist darunter nicht jener Irrtum zu verstehen, wenn ein Bieter zB die Höhe der von ihm zu tragenden Kosten oder den von ihm zu tätigen Aufwand falsch einschätzt. Trifft der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Festlegung betreffend Rechenfehler, so führt daher einerseits ein Rechenfehler des Bieters nicht zum Ausscheiden des vom Rechenfehler betroffenen Angebotes, es kann aber auch keine Vorreihung infolge der vom Auftraggeber vorgenommenen Berichtigung erfolgen.

Die allgemeine Verständigungspflicht des Abs. 6 könnte zB wie bei der Berichtigung einer Ausschreibung festgelegt werden (gleicher Bekanntmachungsmodus wie bei Ausschreibung) oder es könnte eine Website des Auftraggebers angeführt werden, auf der diese Verständigung erfolgen würde.

#### **Zu § 68:**

Als technische und sonstige Voraussetzungen im Sinne des Abs. 1 sind eine adäquate Ressourcenausstattung des Auftraggebers anzuführen. Das heißt es müssen die entsprechende Hard- und Software vorhanden sein und dem Auftraggeber auch das erforderliche (geschulte) Personal zur Verfügung stehen.

Hinsichtlich der Angebotsbestandteile gemäß Abs. 3 wird auf § 83 verwiesen.

#### **Zu § 69:**

Die Klarstellung, dass Alternativangebote nur beim Zuschlagsprinzip auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zulässig sind, folgt dem geltenden Richtlinien text. Auf Grund der österreichischen Vergabetradition ist das BVergG grundsätzlich „alternativangebotefreundlich“ gestaltet. Oft möchte jedoch der Auftraggeber wirtschaftliche oder rechtliche Alternativen ausschließen, da deren Prüfung zB einen unverhältnismäßigen Aufwand mit sich bringen würde oder eine Abgrenzung derartiger Alternativen zu ausschreibungswidrigen Angeboten oftmals sehr schwer möglich ist. In diesem Sinne ist nunmehr vorgesehen, dass der Ausschluss von anderen als technischen Alternativen nicht mehr begründungsbedürftig sein soll. Die Begründungspflicht der Nichtzulassung von Alternativen soll allein auf den technischen Bereich beschränkt werden.

Der Rechnungshof stellte fest, dass sich vielfach Alternativangebote einer seriösen Überprüfung auf ihre Vergleichbarkeit mit den übrigen Angeboten entziehen und dadurch die Bestbieterermittlung erschwert würde. Er empfahl deshalb, die Kriterien exakt festzulegen, nach denen Alternativangebote bei einer Angebotsprüfung zu bewerten sind. Mit der vorliegenden Bestimmung soll dieser Empfehlung des Rechnungshofes nachgekommen werden.

#### **Zu § 70:**

In den Ausschreibungsunterlagen sind Festlegungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Wenn der Auftraggeber entgegen den Bestimmungen des § 70 Angaben in den Ausschreibungsunterlagen unterlässt, so darf dies nicht zu Lasten des Bewerbers oder Bieters gehen. Der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit ist hinsichtlich eines Subunternehmers insoweit beschränkt, als dieser die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis und Eignung besitzen muss. Festzuhalten ist, dass der Ausschluss von Subvergaben europarechtlich grundsätzlich als zulässig angesehen wird. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass ein einschlägiges Vorabentscheidungsverfahren des Bundesvergabeamtes zur Klärung dieser Frage beim EuGH anhängig ist (Rs C-314/01). Gleich lautend wie in der ÖNORM und angelehnt an die Formulierung des § 83 Abs. 1 Z 2 soll – auf Grund der Probleme, die in der Anwendungspraxis aufgetaucht sind – in der ersten „Stufe“ der Subvergabe die Weitergabe des „wesentlichen“ Teiles der Bauleistung (bisher: „überwiegend“, dh. mehr als 50%) untersagt sein. Gleichzeitig ist es angebracht, den bisher verwendeten Begriff der „erforderlichen Eignung“ näher zu präzisieren und damit gleichzeitig den Umfang der vom Auftraggeber vorzunehmenden Prüfung der Eignung des Subunternehmers exakt zu umschreiben. In diesem Zusammenhang ist auch auf die diesbezüglich einschlägigen Erkenntnisse des EuGH (Ballast Nedam Groep NV I und II, Slg 1994, I-1289 und Slg 1997, I-7549) hinzuweisen. Zulieferer sind keine Subunternehmer im Sinne des § 70.

Der Bestimmung des Abs. 2 korrespondiert die Verpflichtung des Bieters gemäß § 83 Abs. 1 Z 2.

#### **Zu § 71:**

Im Einklang mit den einschlägigen EG-Vorschriften ist von allen Auftragnehmern die Einhaltung sämtlicher arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften zu verlangen, die für innerhalb Österreichs durchzuführende Arbeiten maßgeblich sind. Andernfalls wären bei Außerachtlassung der maßgeblichen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften grobe Wettbewerbsverzerrungen möglich. Insbesondere ist im gegebenen Zusammenhang die Beachtung der einschlägigen arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften sowie der

kollektivvertragsrechtlichen Regelungen als feste Bestandteile des Vergabevertrages vorzusehen. Im Wege der Ausschreibung sind die künftigen Auftragnehmer zu verhalten, sich den Verpflichtungen, die sich aus den einschlägigen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation ergeben, zu unterwerfen. Diese Verpflichtungen beziehen sich im wesentlichen auf arbeitsrechtliche, insbesondere lohnrechtliche, Bestimmungen und dienen dem Schutz der Arbeitnehmer in den Betrieben der Auftragnehmer. Die bis zur Beschlussfassung des Gesetzes bereits ratifizierten und in Kraft getretenen ILO-Abkommen sollen ebenfalls in das Gesetz aufgenommen werden. Diese Abkommen betreffen die Vereinigungsfreiheit, die Abschaffung der Zwangsarbeit, die Abschaffung der Kinderarbeit und die Diskriminierung am Arbeitsplatz. Es ergeben sich daraus keine neuen Verpflichtungen, da alle Verpflichtungen bereits in die einschlägigen österreichischen Gesetze aufgenommen wurden.

Nach Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer daher erforderlichenfalls die Einhaltung der genannten Regelungen auf Grund des Leistungsvertrages im Klagewege durchsetzen.

Zur Gewährleistung der dabei erforderlichen Transparenz ist in Abs. 2 vorgesehen, dass in der Ausschreibung jeweils anzugeben ist, bei welchen Stellen Auskünfte über die für die Durchführung des Auftrages maßgeblichen arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen erhältlich sind.

Die Kommission hat in ihrer Mitteilung über die Berücksichtigung von sozialen Aspekten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge betont, dass die Ausführungsphase in den Richtlinien derzeit nicht geregelt ist. Auftraggeber können daher Vertragsklauseln über die Auftragsausführung festlegen. Abs. 2 sieht demzufolge vor, dass bei der Durchführung eines Auftrages in Österreich die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten sind. Zu betonen ist, dass die solcher Art verbindlichen Vorschriften zu keiner unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung von ausländischen Bieter führen dürfen.

Die Kommission wies unter Berufung auf das Erkenntnis „Beentjes“ darauf hin, dass derartige Klauseln oder Bedingungen nur unter Beachtung aller Verfahrensvorschriften der Richtlinien, insbesondere der Publizitätsvorschriften, zur Anwendung gelangen dürfen. Außerdem muss die Transparenz durch Erwähnung dieser Bedingungen in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen sichergestellt werden, damit alle Bewerber oder Bieter sie zur Kenntnis nehmen können. Diesem Erfordernis tragen insbesondere die letzten beiden Sätze des Abs. 2 Rechnung. Vertragsklauseln über die Auftragsausführung dürfen keine offene oder versteckte technische Spezifikation enthalten. Sie dürfen auch weder die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter auf der Grundlage ihrer wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit noch die Zuschlagskriterien betreffen. Angebote von Bietern, die solche Auftragsbedingungen nicht akzeptieren, entsprechen nicht den Ausschreibungsbestimmungen und sind gemäß § 98 Z 8 auszuschneiden. Dagegen kann nicht verlangt werden, dass diese Auftragsausführungsbedingungen schon bei der Angebotsabgabe eingehalten werden.

Auf die einschlägige Judikatur des EuGH in diesem Bereich (vgl. C-164/99 sowie C-165/98) wird verwiesen.

#### **Zu § 72:**

Falls ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen keinen Nachweis über den Erlag des Vadiums vorschreibt, dann wäre ein Ausscheiden des Angebotes gemäß § 98 Z 6 wegen des mangelnden Nachweises des Erlages des Vadiums unzulässig. Weitergehende Schadenersatzansprüche des Auftraggebers werden vom Verfall des Vadiums nicht berührt.

#### **Zu § 73:**

§ 73 verfolgt das Ziel, die behindertengerechte Ausgestaltung von Bauwerken zu gewährleisten (vgl. dazu auch die Entschließung des Nationalrates E 172-NR/XX. GP vom 21. April 1999; StenProtNR XX. GP 165. Sitzung, S 151ff). Viele Bauordnungen der Länder enthalten weit gehende Vorschriften betreffend das barrierefreie Bauen (vgl. ua. § 106a Wr. BauO). Durch § 73 wird festgelegt, dass die Ausschreibungsunterlagen zwingend auf diese Vorschriften Bezug zu nehmen haben und nur falls solche Regelungen fehlen die im Abs. 1 Z 1 bis 4 vorgesehenen Mindestanforderungen barrierefreien Bauens vorzusehen sind. Von der Verpflichtung des Abs. 1 kann nur unter den engen Voraussetzungen der Abs. 2 und 3 abgesehen werden.

Falls ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen von den Grundsätzen des barrierefreien Bauens abzuweichen beabsichtigt, so ist dies gemäß Abs. 2 nur dann zulässig, wenn er – nach vorherigem Einholen einer Stellungnahme einer Vertretungsorganisation für behinderte Menschen – davon ausgehen kann, dass aus der Sicht von behinderten Menschen für dieses spezifische Bauobjekt oder Teile davon keine

Notwendigkeit des Zutrittes besteht. Ob behinderte Menschen als Benutzer oder Besucher Zutritt suchen ist dabei unerheblich.

Bei Zu- und Umbauten kommt eine Anwendung der Grundregeln des barrierefreien Bauens gemäß Abs. 3 nur soweit in Betracht, als dies einerseits dem bestehenden Bedarf entspricht und andererseits kostenmäßig vertretbar erscheint.

**Zu § 74:**

Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die auf Grund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung soweit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können.

Die Präzisierung der Beschreibung der Leistung darf aber nicht soweit gehen, dass in der Ausschreibung, sofern nicht besondere Umstände dies rechtfertigen (vgl. § 75 Abs. 8 und 9), von vornherein Erzeugnisse eines bestimmten Unternehmers namentlich angeführt werden. Soweit nicht besondere Umstände wie die Wahrung der technischen Einheit bei der Erweiterung oder Instandhaltung von Systemen dies notwendig macht, würde die Ausrichtung der Leistungsbeschreibung nach bestimmten Firmenerzeugnissen den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletzen.

Abs. 5 bezieht sich auf die Beschreibung der Leistung. Zur Klarstellung soll – im Gegensatz zum Wortlaut der ÖNORM (vgl. Punkt 5.2.1.2) – nicht auf „Folgekosten“ oder „Tätigkeiten“ Bezug genommen werden, sondern auf die „kostenwirksamen Faktoren“, die beim Auftraggeber durch die nachgefragte Leistung anfallen bzw. wirksam werden. Bilden daher zukünftige Folgekosten ein Zuschlagskriterium, so sind die damit in Verbindung stehenden Leistungen in der Leistungsbeschreibung anzuführen.

**Zu § 75:**

Allgemein wird einleitend zu dieser Bestimmung auf die Judikatur des EuGH (vgl. Rs 45/87, C-359/93) und die bereits zitierten Mitteilungen der Kommission betreffend die Möglichkeiten der Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Aspekten im Vergabeverfahren (vgl. KOM(2001) 274 vom 4. Juli 2001 und KOM(2001) 256 vom 15. Oktober 2001) verwiesen.

Im Hinblick auf die Definition der Europäischen Spezifikation in § 20 Z 16 wird der Wortlaut des § 75 vereinheitlicht (Ersetzen der Wortfolge „innerstaatliche Norm, die eine europäische Norm umsetzt, europäische technische Zulassung oder gemeinsame technische Spezifikation“ durch „Europäische Spezifikation“).

Im Gegensatz zum bisherigen Ansatz – Beschreibung der Leistung durch technische Normen – soll nunmehr auch die Möglichkeit für funktionale Leistungsbeschreibungen sowie jedwede Kombination von Normen mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung eröffnet werden. Diese in Österreich bisher vereinzelt durchgeführte Ausschreibungsmethode bietet sich an, wenn der Auftraggeber lediglich das zu realisierende Ziel exakt definieren kann, die Wege zu dessen Realisierung jedoch nicht kennt oder von Unternehmern innovative Lösungsmöglichkeiten angeboten bekommen möchte. Hervorzuheben ist, dass jede (!) Bezugnahme auf Normen, dh. zB auch eine Bezugnahme auf Europäische Normen, mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen ist.

Abs. 7 enthält eine Spezialvorschrift für die Verwendung von Umweltzeichen als Referenzgröße für technische Spezifikationen. Als „anerkannte Stellen“ sind die Prüf- und Eichlaboratorien sowie die Inspektions- und Zertifizierungsstellen anzusehen, die den einschlägigen anzuwendenden europäischen Normen entsprechen. Dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung entsprechend müssen daher auch Bescheinigungen von in anderen MS ansässigen anerkannten Stellen akzeptiert werden.

Auf die Bestimmung in Abs. 8, wonach eine Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sowie eines bestimmten Ursprungs mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ dann zulässig ist, wenn der Auftragsgegenstand nicht auf andere Weise durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschrieben werden kann, wird besonders hingewiesen.

Zu Abs. 8 ist festzuhalten, dass durch diese Bestimmung die Vorschreibung einer bestimmten Produktionsmethode in bestimmten Grenzen für zulässig erklärt wird. So kann etwa auf Grund dieser Bestimmung beim Einkauf der Ware „Strom“ vorgeschrieben werden, dass der nachgefragte Strom auf bestimmte Weise produziert wird (wiederernerneuerbare Energieträger).

**Zu § 77:**

Abs. 1 und Abs. 2 enthalten entsprechend der ÖNORM A 2050 eine aus der Sicht des Datenschutzes bedeutsame Regelung bezüglich des Informationsaustausches. Die in Abs. 2 enthaltenen Geheimhaltungspflichten werden auch in allfälligen Schlichtungs- bzw. Nachprüfungsverfahren zu beachten sein.

Durch den Klammerausdruck in Abs. 3 soll klargestellt werden, dass unter die Herstellungskosten auch die Vervielfältigungskosten zu subsumieren sind.

**Zu § 78:**

Diese im wesentlichen der ÖNORM A 2050 entsprechende Bestimmung dient vor allem dem Schutz der Bieter. Jede Veränderung der Ausschreibungsbedingungen ohne Benachrichtigung der Bieter ist geeignet, einerseits beim Bieter „vergebliche“ Aufwendungen zu erzeugen, andererseits zu einer Mangelhaftigkeit der Angebote mit den sich daran knüpfenden Folgen zu führen. Auch die Benachrichtigung der Bieter von Berichtigungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden.

Dieser Verpflichtung des Auftraggebers entspricht die Obliegenheit des Unternehmers gemäß § 81 Abs. 5 allfällige aus der Sicht des Unternehmers erforderliche Berichtigungen dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen. Auf die Verpflichtung zur Verlängerung der Angebotsfrist gemäß den §§ 47 Abs. 3 und 50 Abs. 3 ist ebenfalls hinzuweisen.

**Zu § 79:**

§ 79 Abs. 1 orientiert sich an der ÖNORM A 2050. In der Praxis hat sich erwiesen, dass bei komplizierten Auftragsvergaben die reguläre Frist von fünf Monaten zu kurz sein kann. Im Sinne des Grundsatzes, dass die Zuschlagsfrist kurz zu halten ist, wird die maximale Dauer derselben auf sieben Monate verlängert, wobei dies nur aus zwingenden Gründen erfolgen darf.

Abs. 2 enthält eine Klarstellung dahingehend, dass ein Bieter während der Zuschlagsfrist sein Angebot weder verändern noch zurückziehen darf.

Die vergebende Stelle wird bei Bemessung der angemessenen Nachfrist gemäß Abs. 3 zur Beibringung der Anerkennung, Gleichhaltung oder Bestätigung die Stillhaltefrist gemäß § 100 Abs. 2 und ein allfälliges bereits anhängiges Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen haben. Eine Verlängerung der Zuschlagsfrist unter gleichzeitiger Fristsetzung für die Beibringung der genannten Bescheinigungen kommt bei besonders dringlichen Verfahren nicht in Betracht und ist deshalb auszuschließen.

In Abs. 4 wird eine Fortlaufshemmung vorgesehen, damit der vergebenden Stelle nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens die erforderliche Zeit für die Erteilung des Zuschlages verbleibt. Dies gilt, wie sich aus § 17 ergibt nicht für Direktvergaben.

**Zu § 80:**

Abs. 1 enthält eine Aufzählung jener Punkte für die erforderlichenfalls im Leistungsvertrag Festlegungen zu treffen sind und erfüllt die Funktion einer „Checkliste“. Anders als in der ÖNORM werden im Gesetz selbst keine detaillierten Regelungen angeführt. Auf die Relevanz der ÖNORM A 2050 wurde bereits hingewiesen.

Zu Abs. 1 Z 14 ist auf die Ausführungen der Kommission in ihrer Mitteilung betreffend die Berücksichtigung sozialer Aspekte und ferner auf die Judikatur des GH (vgl. etwa C-164/99) hinzuweisen. Auf die allgemeinen Ausführungen zu § 71 Abs. 2 wird verwiesen. Der Auftraggeber verfügt über vielfältige Möglichkeiten, um Vertragsklauseln im sozialen Bereich festzulegen. Als Beispiel seien hier einige Zusatzbedingungen genannt, die ein Auftraggeber dem Auftragnehmer unter Einhaltung der oben genannten Bedingungen auferlegen könnte und die die Berücksichtigung sozialer Belange ermöglichen: die Verpflichtung, Arbeitsuchende, insbesondere Langzeitarbeitslose, einzustellen oder bei der Ausführung des Auftrags Schulungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche durchzuführen; die Verpflichtung, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Mann und Frau oder der ethnischen und rassischen Vielfalt durchzuführen; die Verpflichtung, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) bei der Ausführung des Auftrags einzuhalten, falls diese nicht bereits im nationalen Recht verankert sind; die Verpflichtung, zur Auftragsausführung eine größere Zahl von Behinderten einzustellen, als von der nationalen Gesetzgebung des Mitgliedstaates, in dem der Auftrag ausgeführt wird oder der Auftragnehmer ansässig ist, verlangt wird.

Vertragsklauseln, die mit der Ausführung von Lieferaufträgen zusammenhängen, erweisen sich als problematisch, denn Klauseln, die die Anpassung der Organisation, der Struktur oder der Politik eines Unter-

nehmens erforderlich machen würden, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, könnten sich als diskriminierend erweisen oder als ungerechtfertigtes Handelshemmnis darstellen. Von der Erwähnung dieser Leistung wird daher Abstand genommen.

Im Gegensatz zu Punkt 5.3 der ÖNORM A 2050, Ausgabe 2000, sollen im Anwendungsbereich des Gesetzes die allfällig zur Verfügung stehenden Leitlinien (Richtlinien, Muster udglm.) nicht bloß „zu Bestandteilen des Vertrages“ erklärt werden können. Ausländische Unternehmen, die diese Unterlagen nicht kennen, könnten unter Umständen nur mühsam vom genauen Inhalt Kenntnis erlangen und würden gegenüber inländischen Unternehmen benachteiligt werden. Unter Aufrechterhaltung des Grundsatzes, dass prinzipiell derartige Unterlagen zur Ausarbeitung der sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages herangezogen werden sollen, wären anstatt eines Verweises die entsprechenden Bestimmungen explizit anzuführen.

Der Wortlaut der Bestimmung steht daher auch nicht der Praxis entgegen, allgemeine Vertragsbedingungen auftraggeberintern für verbindlich zu erklären oder Muster für bestimmte Leistungsvergaben zu entwerfen.

**Zu § 81:**

Der Grundsatz des Abs. 1 wonach der Bieter sich bei der Erstellung des Angebotes strikt an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat, gilt im Verhandlungsverfahren nicht, da bei dieser Verfahrensart über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden darf und daher auch die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen verändert werden können.

Hinsichtlich Abs. 4 wird auf die Ausführungen zu § 69 Abs. 1 verwiesen.

Abs. 5 enthält eine *lex imperfecta*, da keine unmittelbare Konsequenz aus der Mitteilungspflicht folgt. Eine nicht umgehende diesbezügliche Mitteilung wird jedoch als Obliegenheitsverletzung anzusehen sein, die bei einer allfälligen Nachprüfung vor dem BVA von diesem zu bewerten sein wird.

**Zu § 82:**

Die vorgeschriebene Form gemäß Abs. 1 kann die Papierform oder die elektronische Form sein. Ein Datenträgeraustausch ist nur bei Abgabe eines Angebotes in Papierform möglich.

**Zu § 83:**

Gemäß § 80 Abs. 1 Z 4 sind erforderlichenfalls bei veränderlichen Preisen Regeln und Voraussetzungen festzulegen, die eine einwandfreie Preisumrechnung ermöglichen. Diese Angaben sind im Angebot aber nur dann erforderlich, wenn – wie allerdings üblich – kein Index-gebundener Preis verwendet wird.

**Zu § 84:**

Durch die Verwendung des Begriffes „tunlichst“ in Abs. 1 Satz 2 wird klargestellt, dass, falls beigelegte Umschläge nicht verwendet werden, dies keinen Ausscheidungsgrund gemäß § 98 Abs. 1 Z 8 darstellt.

Abs. 2 enthält Spezialvorschriften für elektronisch übermittelte Angebote.

**Zu § 85:**

Die Einführung von Bestimmungen betreffend elektronisch übermittelte Angebote ist – ebenso wie die Bestimmungen betreffend elektronische Auktionen – vor dem Hintergrund diverser nationaler österreichischer aber auch europäischer Initiativen zu sehen, die die Abwicklung von mindestens 25% der Vergabeverfahren unter Rückgriff auf elektronische Medien (Internet) anvisieren. Erforderlich ist jedenfalls, wie durch Abs. 1 klargestellt, dass der Auftraggeber alle Voraussetzungen haben muss (sowohl technisch betreffend Hard und Software als auch personell in Form von ausreichend geschultem Personal), damit Angebote elektronisch übermittelt werden können. Falls der Auftraggeber keine diesbezüglichen Festlegungen trifft, können Angebote nicht elektronisch eingereicht werden. Bei der Übermittlung von Angeboten auf elektronischem Weg ist sicherzustellen, dass der Auftraggeber nicht vor dem vorgesehenen Zeitpunkt der Angebotsöffnung Kenntnis vom Inhalt des Angebotes nehmen kann. Dies kann zB dadurch erzielt werden, dass dem Auftraggeber der Zugriff auf das Angebot erst nach Ablauf der Angebotsfrist ermöglicht wird.

Gemäß Abs. 2 obliegt es dem Auftraggeber dafür Sorge zu tragen, dass er keine Kenntnis erlangt; dies kann zB durch Einschalten einer vertrauenswürdigen Stelle passieren.

Die in Abs. 4 genannten Unterlagen, Urkunden, Bescheinigungen und Erklärungen können allenfalls auch in elektronischer Form übermittelt werden, sofern deren Beweiskraft jener der geforderten Unterlagen (Urkunden usw.) in Papierform gleichkommt.

Durch die Verordnungsermächtigung in Abs. 5 soll ein rasches Reagieren auf die laufenden Entwicklungen und Möglichkeiten auf dem Gebiet der Informationstechnologie sowie auf die diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ermöglicht werden.

**Zu § 88:**

Anwesenheitsberechtigt gemäß Abs. 1 sind Bieter oder deren Bevollmächtigte.

**Zu § 89:**

Die Methode der Kennzeichnung bei der Öffnung von elektronisch eingereichten Angeboten wird im Gesetz (Abs. 4) offen geregelt. Es obliegt dem Auftraggeber festzulegen, wie das Hintanhalten von nachträglichen Veränderungen gewährleistet wird (zB durch digitale Kennzeichnung oder Ausdrucken im Beisein der Kommission mit Lochen).

**Zu § 91:**

Der Wortlaut des Abs. 3 wurde der Bestimmung des § 70 Abs. 1 angeglichen. Zur Vereinfachung der Überprüfung empfiehlt sich die Inanspruchnahme der Dienste einschlägiger Kataster (vgl. etwa den Auftragnehmerkataster Österreich).

**Zu § 92:**

Die Regelung des Abs. 1 betreffend Einheitspreise ist auch vor dem Hintergrund der 2%-Klausel des § 94 Abs. 4 zu sehen. Es handelt sich nicht um eine *lex specialis* zur letztgenannten Bestimmung, dh. auch hinsichtlich der Einheitspreise gilt – sofern dies ausdrücklich festgelegt wurde – die Rechenfehlerregelung.

**Zu § 93:**

Zu Abs. 5 wird auf die Erkenntnisse des EuGH in der Rs C-164/99 sowie C—165/98 hingewiesen (vgl. dazu auch die Ausführungen bei § 80).

**Zu § 98:**

Das Ausscheiden stellt einen eigenen Verfahrensabschnitt des Vergabeverfahrens dar, der jedoch nicht mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beendet wird. Dieser Verfahrensabschnitt unterliegt eigenen Regelungen und sollte nicht, auch wenn dies in der Praxis zeitlich zusammenfällt, mit der Angebotsbewertungs-/Zuschlagsphase vermergt werden. Der Charakter als eigener Verfahrensabschnitt wird durch die einleitende Wortfolge „vor der Wahl“ hervorgehoben.

**Zu § 99:**

Abschnitt 7.6 der ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag – Verfahrensnorm“ lautet: *„Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden gemäß 7.5 übrig bleiben, ist der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den nach 5.1.6 festgelegten Zuschlagskriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip). Die Gründe für die Vergabeentscheidung sind schriftlich, allenfalls in der Niederschrift gemäß 7.3.7, festzuhalten.“*

Auf Grund einer Anfrage des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst stellte das für die authentische Interpretation der ÖNORM zuständige Österreichische Normungsinstitut (ON) fest, „dass unter bestimmten Voraussetzungen (wenn in der Ausschreibung ausreichende Festlegungen getroffen wurden, die gleichwertige Angebote sicherstellen) der Preis als einziges Zuschlagskriterium nicht dem Bestbieterprinzip widerspricht. Es ist dem Auftraggeber nicht frei gestellt, ob er weitere Zuschlagskriterien vorsieht. Die Vorgangsweise richtet sich ausschließlich nach der Art der Leistung, die ausgeschrieben wird. Dem Bestbieterprinzip entspricht eine Ausschreibung, in der nur der Preis als einziges Zuschlagskriterium angegeben ist, ausschließlich dann, wenn nur gleichwertige Leistungen anzubieten sind, und gleichzeitig sichergestellt ist, dass die angebotenen Leistungen zB gleiche Qualität, gleiche Lebensdauer, aber auch gleiche Erhaltungs- und Betriebskosten haben. Eine Differenzierung nach Leistungsarten ist somit nicht möglich, sondern es ist der jeweilige Einzelfall zu betrachten.“ Der Fachnormenausschuss (FNA) 018 stellte daher weiter fest, „dass das Bestbieterprinzip den Auftraggeber **nicht in jedem Fall** dazu zwingt, neben dem Preis andere Zuschlagskriterien anzugeben.“ Im Lichte dieser Auslegung wird nunmehr das bisher allein im Gesetz vorgesehene Zuschlagsprinzip auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (ehedem unzutreffender Weise auch als „Bestbieterprinzip“ bezeichnet) insofern klargestellt, als unter den in § 67 Abs. 3 genannten Bedingungen der Zuschlag auch dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden kann (ehedem unzutreffender Weise auch als „Billigstbieterprinzip“ bezeichnet).

**Zu § 100:**

Im Lichte des Erkenntnisses des EuGH in der Rs C-81/98, Alcatel ua. („Ökopunkte“) wird nunmehr die organisationsinterne Zuschlagsentscheidung einem Bekanntmachungsverfahren unterworfen.

Abs. 1 beinhaltet die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Eine derartige Verpflichtung besteht bei bestimmten, in Abs. 1 taxativ aufgezählten Vergabeverfahren nicht. Eine Mitteilungspflicht besteht ebenfalls nicht bei einer Direktvergabe. Aus § 17 Abs. 3 ergibt sich, dass § 100 bei dieser Verfahrensart nicht gilt.

Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit dieser Ausnahmeregelung (Nicht-Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) ergibt sich einerseits aus dem Text der Richtlinien aber auch aus dem Erkenntnis des EuGH in der Rs C-81/98. In den Rz 38 und 40 des zitierten Erkenntnisses hält der Gerichtshof fest, dass ein „systematischer“ Entzug der Zuschlagsentscheidung von den Maßnahmen der Rechtsmittelrichtlinie nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht. In Ausnahmefällen wäre es daher wohl durchaus zulässig, die Zuschlagsentscheidung nicht bekannt zu geben. In den Richtlinien selbst sind unter anderem bestimmte Tatbestände vorgesehen, in denen ein Verhandlungsverfahren auch mit nur einem einzigen Unternehmer abgewickelt werden können. In diesen Fällen wäre es logisch nicht nachvollziehbar, warum dem einzigen, am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmer die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben wäre, da ohnehin nur dieser für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Ebenfalls sachlich nicht nachvollziehbar wäre die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und das Zuwarten des Auftraggebers in Fällen von äußerster Dringlichkeit (zB Beschaffen von Medikamenten bei Ausbruch einer Seuche). Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist ferner zu bemerken, dass die Aussagen des Gerichtshofes, ebenso wie auch die Richtlinien, allein den Oberschwellenbereich betreffen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen (Sachlichkeitsgebot) wurde jedoch das gemeinschaftsrechtliche Regime grundsätzlich auch auf den Unterschwellenbereich erstreckt. Ebenso wie im Oberschwellenbereich existieren jedoch auch hier Ausnahmen von der Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Diese betreffen einerseits jene Tatbestände, für die auch im Oberschwellenbereich eine Ausnahme vorgesehen ist, andererseits aber auch Fälle, in denen eine Bekanntgabe aus gleichen Gründen (Verfahren allein mit einem Unternehmer) nicht sachgerecht und/oder auch unökonomisch wäre.

Sofern die Mitteilungspflicht gemäß Abs. 1 nicht besteht, existiert auch keine Stillhaltefrist, die zwingend zu beachten wäre. Der letzte Satz des Abs. 1 stellt ausdrücklich klar, dass bei unterbliebener jedoch gesetzlich vorgeschriebener Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ein nachfolgender Vertragsabschluss nichtig ist (er entfaltet ex tunc keine Wirkung). Diese Konsequenz konnte bereits bisher aus einer systematischen Betrachtung des BVergG 1997 im Zusammenhang mit § 879 ABGB abgeleitet werden. Aus Gründen der Transparenz soll jedoch nunmehr im Gesetz selbst diese Konsequenz des Verstoßes gegen das gesetzliche Gebot verankert werden.

Ein entgegen den Vorschriften des Abs. 1 erteilter Zuschlag ist zivilrechtlich nichtig, dh. der Leistungsvertrag zwischen Auftraggeber und Bieter entfaltet ex tunc keine Wirkung. Durch diese Sanktion wird sichergestellt, dass dem Erkenntnis des EuGH in ausreichender Weise Rechnung getragen wird. Abs. 2 legt die Dauer der Stillhaltefrist für den Regelfall mit zwei Wochen fest. In bestimmten Fällen (zB im Falle eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit) wird die Stillhaltefrist auf eine Woche, bei elektronischen Auktionen auf drei Arbeitstage verkürzt. Damit ein Auftraggeber nicht in Unkenntnis eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung einen gemäß Abs. 2 ex tunc nichtigen Zuschlag erteilt, wird eine Verständigungspflicht des Unternehmers durch den Antragsteller und das Bundesvergabeamt in dieser besonders sensiblen Phase des Vergabeverfahrens eingeführt (vgl. die §§ 163 Abs. 2 und 171 Abs. 7). Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die die Unterlassung der Zuschlagserteilung begehren, kommt gemäß § 171 Abs. 7 aufschiebende Wirkung zu.

Wurde der Antrag nicht rechtzeitig gestellt, so hat der Auftraggeber gemäß Abs. 4 „unverzüglich“ nach Eingang des Antrages die Information bekannt zu geben.

**Zu § 101:**

Da § 101 gemäß § 17 Abs. 3 bei einer Direktvergabe nicht gilt, kann in diesem Fall das Vertragsverhältnis in diesem Fall auch mündlich zustande kommen.

**Zu § 102:**

Für Direktvergaben sind keine expliziten Festlegungen hinsichtlich der Form des Vertragsabschlusses erforderlich, da § 102 für diese Vergabeverfahren nicht gilt (vgl. § 17 Abs. 3). Es gelten daher bei Direktvergaben die allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Unabhängig davon kann der Auftraggeber zB intern bestimmte formale Vorgangsweisen auch bei Direktvergaben vorschreiben.

**Zu den §§ 104 und 105:**

Diese beiden Bestimmungen dienen unter anderem dem Schutz der Bieter. Jeder Widerruf der Ausschreibung ist geeignet, beim Bieter „vergebliche“ Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs einer Ausschreibung an bestimmte Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden.

Ein Widerruf der Ausschreibung ist nunmehr jedenfalls zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Abs. 1 regelt jenen Fall in dem widerrufen werden muss, Abs. 2 enthält jene Fälle in denen widerrufen werden kann.

Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits bei Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte Budgetkürzung, mangelnde budgetäre Bedeckung, weil Angebotspreise trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz liegen, eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden).

Abs. 2 umschreibt jeweils die Konstellationen, in denen nachträglich (dh. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen, vorliegen (zB Veränderung in Bezug auf Ausschreibungsgrundlagen wie neue Technologien, keine angemessenen Preise angeboten usw.). „Bestehen“ ist im Sinne von vorliegen und nicht im Sinne von „hervortreten“ zu verstehen.

Gründe gemäß Abs. 1 und 2 können auch dann vorliegen, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) verursacht wurden. In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig.

Ein Widerruf der Ausschreibung zum alleinigen Zweck der Reduktion des (angemessenen) Preises in einem neuerlichen Verfahren ist unzulässig. Es ist allerdings festzuhalten, dass bei festgestellten generell überhöhten Preisen ein Widerruf jedenfalls zulässig ist, da dies unzweifelhaft einen „zwingenden Grund“ im Sinne des Abs. 1 darstellt. Damit ist es dem Auftraggeber aber auch möglich, bei festgestellten generell überhöhten Preisen im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen.

**Zu § 105:**

Zur Klarstellung ist zu Abs. 3 auszuführen, dass – da das Ausscheiden selbst keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (vgl. dazu § 20 Z 13) – ein Unternehmer, das seiner Ansicht nach rechtswidrige Ausscheiden (und damit auch die Rechtswidrigkeit des Widerrufs) durch das BVA in einem Verfahren feststellen lassen kann.

**Zu § 107:**

Im Zusammenhang mit § 107 ist festzustellen, dass weder die Baurichtlinie noch das BVergG hinsichtlich der Vergabe von Baukonzessionsverträgen eine explizite Regelung hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens enthält. Für Baukonzessionsverträge gelten gemäß der einschlägigen Baurichtlinie nämlich nicht alle Bestimmungen wie für Bauaufträge (vgl. etwa die Bekanntmachungsverpflichtungen betreffend die Vorinformation oder vergebene Aufträge). Wie bereits in den Erläuterungen der RV, 972 BlgNR XVIII. GP, festgehalten wird, gelten für Baukonzessionsverträge nur einige wenige Bestimmungen der Baurichtlinie. Für die Wahl des Vergabeverfahrens folgt daraus, dass es dem Auftraggeber frei steht, bei der Vergabe eines Baukonzessionsvertrages das offene, das nicht offene oder das Verhandlungsverfahren zu wählen. Der Auftraggeber ist lediglich gehalten, die Vergabe öffentlich bekannt zu machen (laut diesem Anhang ist auch nicht die Bekanntgabe der Art des Vergabeverfahrens zwingend vorgesehen).

**Zu § 108:**

§ 108 enthält dabei eine Sonderbestimmung über die Zulässigkeit der Weitergabe von Aufträgen an Subunternehmer. Für diesen Fall sind besondere Bestimmungen in den Baukonzessionsvertrag aufzunehmen.

**Zu § 109:**

Hinsichtlich der Vergabe von Unteraufträgen durch Konzessionäre an Dritte gilt: Ist der Konzessionär selbst Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1, so sind bei der Vergabe von Bauarbeiten an Dritte die Regelungen dieses Gesetzes von ihm zu beachten. Ist der Konzessionär kein Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1, so hat er nur bestimmte Bekanntmachungsvorschriften zu beachten.

Die Verpflichtung zur Bekanntgabe der mit einem Unternehmen verbundenen Unternehmen gemäß Abs. 3 dient der Transparenz, da Auftragsvergaben des Konzessionärs an derartige, nicht als „Dritte“ zu qualifizierende Unternehmen von den Bekanntmachungsvorschriften ausgenommen sind.

#### **Zum 4. Teil:**

Das 1. und 5. Hauptstück entspricht den bisherigen Regelungen. Im 2. Hauptstück wurden Ergänzungen im Sinne der ÖNORM A 2050 vorgenommen.

#### **Zu § 112:**

Das BVergG sieht für den Oberschwellenwertbereich keinen „geladenen Wettbewerb“ vor, da nach den Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG (vgl. dazu Art. 13 iVm Anhang IV der Richtlinie) Wettbewerbe jedenfalls bekannt zu machen sind.

#### **Zu § 115:**

Gem Punkt 4.4.4. ÖNORM A 2050 2000 ist die Zusammensetzung des Preisgerichtes nicht bekannt zu geben. Andererseits geht sowohl die derzeit geltende Richtlinie (vgl. dazu Anhang IV Punkt 8 offenbar grundsätzlich (arg. „gegebenenfalls“) davon aus, dass die Mitglieder des Preisgerichtes grundsätzlich bekannt gegeben werden können. Dies deckt sich auch mit der bisherigen Praxis bzw. ist zB sowohl in der Wettbewerbsordnung für Architekten als auch jener für Ingenieurswesen eine verpflichtende Bekanntgabe vorgesehen. Auf Grund der diesbezüglich offenen Textierung des Gesetzes steht es dem Auftraggeber frei die Zusammensetzung des Preisgerichtes bekannt zu geben oder nicht.

Als Grundlage für die Ausarbeitung einer Wettbewerbsordnung gemäß Abs. 3 könnte zB für Architekturwettbewerbe die Wettbewerbsordnung Architektur für Ingenieursleistungen die Wettbewerbsordnung für das Ingenieurswesen dienen.

#### **Zu den §§ 116 bis 118:**

Im Unterschwellenbereich stehen grundsätzlich zwei Arten der elektronischen Auktion für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen zur Verfügung: die Auktion mit einem grundsätzlich unbeschränkten Teilnehmerkreis und die Auktion, bei der lediglich vom Auftraggeber ausgewählte Unternehmen mitbieten können. Hinsichtlich beider Typen der Auktion stehen zwei Varianten zur Verfügung – die Auktion allein betreffend den Preis und die Auktion mit mehreren Auktionselementen.

Auf Grund von positiven Erfahrungen insbesondere in den USA aber auch im UK wird nunmehr die Einführung dieser neuen Beschaffungsmethode als eine Form des e-procurement in Österreich vorgesehen (andere Formen wären etwa elektronische Einkaufspassagen oder dynamische elektronische Kataloge). Diese Beschaffungsmethode eignet sich vor allem bei atomistisch strukturierten Märkten und hat den Vorteil, dass der Auftraggeber in kürzester Zeit ohne großen Aufwand eine Vielzahl von Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb gegeneinander antreten lassen kann.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die derzeit verfügbare Auktionssoftware bei sonstigen elektronischen Auktionen (dh. Auktionen mit mehreren Zuschlagskriterien) Grenzen hinsichtlich der Komplexität der zu beschaffenden Leistung setzt. Mit anderen Worten: komplexe Dienstleistungen (die zB a priori nicht beschreibbar sind, vgl. § 25 Abs. 5 Z 3) können im Wege einer sonstigen Auktion nicht vergeben werden, da eine den Anforderungen des Gesetzes entsprechende Vorgangsweise technisch nicht gewährleistet werden kann.

Die Bekanntmachung im Internet hat gemäß § 44 in dem durch Verordnung festgelegten Publikationsmedium zu erfolgen.

Der festgelegte Inhalt der Auktionsordnung ist ein Mindestinhalt, dh. der Auftraggeber könnte darüber hinausgehende Festlegungen treffen. Den vielfältigen Verständigungspflichten (zB gemäß Abs. 5, 6, 8 und 10) könnte der Auftraggeber zB dadurch nachkommen, dass er direkt die von den Entscheidungen betroffenen Unternehmer elektronisch verständigt, oder via einer bekannt gegeben Internetseite, auf der er seine Entscheidungen – anonymisiert (vgl. Abs. 12) – bekannt macht.

Im Falle des Abs. 9 ist auf Grund der ungenügenden Anzahl der eingelangten Teilnahmeanträge nicht zu erwarten, dass ein wirtschaftlicher Wettbewerb stattfindet. Die Beurteilung obliegt dem Auftraggeber.

Zu § 116 Abs. 10 Z 4 ist klarzustellen, dass als derartige schwerwiegende, den Abbruch der Auktion rechtfertigende Gründe zB eine dem Auftraggeber bekannt werdende Bieterabsprache anzusehen ist.

Der letzte Satz des Abs. 11 stellt klar, dass damit das Verfahren beendet ist. Zu den sich daraus ergebenden Konsequenzen vgl. § 104 Abs. 4 und § 105 Abs. 3 bis 6.

Entscheidungen über die Zulassung gemäß Abs. 5 und 6, die Auswahl gemäß Abs. 8 sowie den Ausschluss gemäß Abs. 10 dürfen gemäß Abs. 12, sofern sie etwa gemäß der Auktionsordnung über eine vorab bekannt gegebene Internetseite abgewickelt werden sollen, ebenfalls nur in anonymisierter Weise bekannt gegeben werden.

Zu § 117 Abs. 2 und § 118 Abs. 2 ist hinzuzufügen, dass durch diese Bestimmungen klargestellt wird, dass zB neben dem Preis auch die Preisentwicklung (etwa als Graphik) bekannt gegeben werden könnte.

Im Zusammenhang mit der sonstigen elektronischen Auktion ist auf folgenden Aspekt besonders hinzuweisen. Bei dieser Auktionsform werden neben dem Preis auch andere Elemente des Angebotes der Auktion unterworfen. Damit dies (im Wege der Auktionssoftware) möglich ist, ist es unabdingbare Voraussetzung, dass die nicht preislichen Elemente, die der Auktion unterzogen werden sollen, kategorisierbar sein müssen, dh. sie müssen einer Messung und einer Zuordnung von (numerischen) Werten/Monetarisierung zugänglich sein. Das Gesetz drückt diesen Grundsatz dadurch aus, dass alle Zuschlagskriterien „im Wege einer mathematischen Formel“ angegeben werden müssen. Dadurch wird erreicht, dass die Angebotsbewertung automatisch (durch die Auktionssoftware) erfolgt. Ein Eingreifen des Auftraggebers in diesen Prozess darf somit nicht möglich sein.

#### **Zu § 119:**

Die Rahmenvereinbarung soll neben der elektronischen Auktion als neues Instrument der Beschaffung im BVergG eingeführt werden. Dadurch soll zB ermöglicht werden, dass der Auftraggeber in der Lage ist, Leistungen von sich schnell entwickelnden bzw. verändernden Märkten zu den besten jeweils aktuellen Bedingungen zu beziehen.

In der ersten Stufe wird eine Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines „regulären“, allerdings fiktiven Vergabeverfahrens mit einem oder mit mehreren Unternehmen abgeschlossen. Zu betonen ist, dass die Rahmenvereinbarung den Auftraggeber nicht bindet, die von der Rahmenvereinbarung erfassten Leistungen oder Leistungsgruppen jedenfalls von den Parteien der Rahmenvereinbarung für die Dauer derselben zu beziehen. In der zweiten Stufe kann, sofern die Rahmenvereinbarung selbst alle Elemente einer regulären Ausschreibung enthält, eine Leistung unmittelbar von jenem Unternehmen bezogen werden, das im Wettbewerb um die Teilnahme an der Rahmenvereinbarung das „beste“ Angebot gelegt hat (zu den Bedingungen des Angebotes). Der Auftraggeber kann jedoch auch einen weiteren Wettbewerb zwischen den Parteien der Rahmenvereinbarung veranstalten, um ein nachgebessertes (aktuelleres) Angebot zu bekommen. Es ist dabei zulässig, dass zB in dieser zweiten Stufe der oder die Unternehmer der Rahmenvereinbarung technisch neuere Produkte (zB neue Generation von Computern) anbieten.

Aus der zwingenden Publikationsverpflichtung des Abs. 2 folgt, dass Verfahren ohne Bekanntmachung (Verhandlungsverfahren, nicht offene Verfahren, Direktvergabe) nicht für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Verfügung stehen. Dies ist auch vor dem Hintergrund des Abs. 4 von Bedeutung. Der Begriff „gegebenenfalls“ in Abs. 2 verdeutlicht, dass es keinen Zwang des Auftraggebers zur Durchführung eines erneuten Wettbewerbes gibt. Die Angabe gemäß Abs. 2 letzter Satz soll im Sinne der Transparenz Unternehmern nur die notwendige Information liefern für die Bewerbung als Partei der Rahmenvereinbarung.

Die Auswahl der Partei(en) gemäß Abs. 4 ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

In Abs. 9 Z 2 werden die Rahmenbedingungen für den allenfalls stattfindenden zweiten Wettbewerb genannt. Die Regelung wurde bewusst sehr offen gehalten und das Verfahren nicht strikt reglementiert. Abgabe neuer Angebote kann daher auch heißen: Übermittlung der elektronischen Kataloge der Unternehmer. In diesem Sinne handelt es sich um eine „offene“ Regelung, die diesbezüglich, anders als bei den regulären Verfahren (vgl. § 23), keine detaillierten Regelungen betreffend die Angebotsabgabe enthält. Es versteht sich allerdings von selbst, dass die Grundsätze gemäß § 21 Abs. 1 jedenfalls gelten. Der erwähnte zweite Wettbewerb könnte auch in Form einer e-Auktion stattfinden.

#### **Zum 5. Hauptstück des 4. Teiles:**

Es ist festzuhalten, dass darin Bestimmungen enthalten sind, die nicht nur den Bund, die Länder oder die Gemeinden als Träger von Privatrechten oder juristische Personen, an denen die genannten Gebietskörperschaften beteiligt sind, und die deshalb der Kontrolle durch den Rechnungshof unterliegen, sondern auch eine große Zahl anderer (natürlicher oder juristischer) Personen des Privatrechts in ihrer Privatautonomie beschränken. Das 5. Hauptstück des 4. Teiles enthält eine abschließende Regelung der besonderen materiellen Bestimmungen des Vergabeverfahrens für den Sektorenbereich (zu den allgemeinen Bestimmungen vgl. den 1. Teil insbesondere die §§ 18 und 19). Das BVergG versucht, die durch die EG-

Vorgaben notwendigen Beschränkungen der Vertragsautonomie von Privaten auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu minimieren.

**Zu § 120:**

§ 120 knüpft an die in § 7 des vorliegenden Gesetzesentwurfes getroffene Unterscheidung in öffentliche und private Auftraggeber an und erklärt die Bestimmungen des 5. Hauptstückes des 4. Teiles für öffentliche Auftraggeber insoweit als *lex specialis* für anwendbar, als diese eine Tätigkeit im Bereich der Sektoren ausüben. Für private Auftraggeber gelten definitionsgemäß (vgl. § 7 Abs. 2) hinsichtlich aller dem sachlichen Anwendungsbereich des vorliegenden Gesetzesentwurfes unterliegenden Vergaben ausschließlich die Bestimmungen dieses Hauptstückes.

Zu Abs. 2 Z 2 ist festzuhalten, dass für Österreich die Entscheidung der Kommission vom 4. März 2002 über den Antrag Österreichs, das spezielle Regime des Artikel 3 der Richtlinie 93/38/EWG anzuwenden, wonach die Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zweck der Suche nach oder der Förderung von Erdöl oder Gas ab 4. März 2002 nicht (mehr) als Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b Z i) der Richtlinie 93/38/EWG gilt (ABl. L 68 vom 12. März 2002, S 31), zu beachten ist. Insofern ist der Geltungsbereich des Gesetzes obsolet geworden.

**Zu § 121:**

Zu den Ausnahmen vgl. auch § 6 Abs. 1 Z 14 bis 18 und die diesbezüglichen Erläuterungen.

Gemäß Art. 13 der Sektorenrichtlinie sind bestimmte Dienstleistungsaufträge zwischen verbundene Unternehmen vom Geltungsbereich des Gesetzes im Sektorenbereich ausgenommen. Diese Ausnahme folgt der Überlegung, dass die „konzerninterne“ Vergabe von Dienstleistungsunternehmen – unter der Voraussetzung, dass innerhalb der letzten drei Jahre mindestens 80% des Umsatzes auf Grund dieser „konzerninternen“ Vergabe erzielt wurde – im Sektorenbereich, der im öffentlichen Wohl liegende Aufgaben besorgt, privilegiert werden soll. Damit auf europäischer Ebene Klarheit über die unter diese Bestimmung fallenden Unternehmen erzielt werden kann, legt die Richtlinie – und dementsprechend auch das BVergG – in Abs. 3 entsprechende Berichtspflichten fest.

**Zu § 122:**

Zu betonen ist, dass auch für derartige Auftragsvergaben weiterhin der im 5. Teil des BVergG vorgesehene Rechtsschutz gilt. Als Beurteilungsmaßstab für die Schlichtung bzw. Nachprüfung sind jedoch lediglich die in §122 genannten Kriterien anzuwenden.

Besonders darauf hinzuweisen ist, dass nur bei Auftraggebern, die die Prospektion oder Förderung von Erdöl oder Gas durchführen, die gesetzliche Vermutung des Abs. 2 2.Unterabsatz zum Tragen kommt. Dieser Unterabsatz setzt nämlich Art. 12 der Kohlenwasserstoffrichtlinie 94/22/EG um, die sich nur auf diese Tätigkeiten bezieht. Die Berichtspflichten entsprechen den Kriterien der Entscheidung der Kommission 93/327/EWG. Hinsichtlich Österreich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung der Kommission vom 4. März 2002 über den Antrag Österreichs, das spezielle Regime des Art. 3 der Richtlinie 93/38/EWG anzuwenden, wonach die Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zweck der Suche nach oder der Förderung von Erdöl oder Gas ab 4. März 2002 nicht (mehr) als Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b Z i) der Richtlinie 93/38/EWG gilt (ABl. Nr. L 68 vom 12. März 2002, S 31), zu beachten. Insofern ist der Geltungsbereich des Gesetzes obsolet geworden.

**Zu § 123:**

§ 123 regelt ein für den Sektorenbereich gemäß Art. 17 der Sektorenrichtlinie speziell bestehendes System regelmäßiger Vorinformationen.

Der Wortlaut entspricht § 38. Eine Ergänzung der Bestimmung in materieller Weise (im Vergleich zur Richtlinie) wurde aus Gründen der Vereinfachung ebenfalls vorgenommen. Dies betrifft insbesondere die Verpflichtung zur Bekanntmachung am Beginn des Finanz- bzw. Haushaltsjahres. Ebenso wie im Bereich der „klassischen“ Auftragsvergabe hat die Beschreibung des Auftragsgegenstandes durch Codes des CPV zu erfolgen.

**Zu § 124:**

Für die Wahl des jeweiligen Vergabeverfahrens sind ausschließlich die Bestimmungen des § 124 maßgebend. Jedenfalls zu beachten ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß § 21 Abs. 2.

Für Auftraggeber im Bereich der Sektoren besteht weitgehend Wahlfreiheit hinsichtlich des durchzuführenden Vergabeverfahrens. Sie können grundsätzlich zwischen dem offenen, dem nicht offenen und dem Verhandlungsverfahren (beide mit vorheriger Bekanntmachung) wählen, haben aber einen Aufruf zum

Wettbewerb gemäß § 125 durchzuführen. In den im Abs. 3 abschließend geregelten Fällen entfällt auch dieses Erfordernis.

Hinsichtlich der gleichlautenden Tatbestände wird auf die Ausführungen zu § 25 verwiesen.

Abs. 4 enthält besondere Bestimmungen über vertrauliche Informationen. So können insbesondere Vereinbarungen über die Vertraulichkeit von Informationen zwischen Auftraggeber und Unternehmern geschlossen werden.

**Zu § 125:**

Ein Aufruf zum Wettbewerb kann auf drei verschiedene Arten erfolgen. Die zu verwendenden Bekanntmachungsmuster sind vom Bundeskanzler gemäß der Richtlinie betreffend die Standardformulare festzulegen.

Ein Aufruf zum Wettbewerb durch eine regelmäßige Bekanntmachung ist nur bei (kumulativem) Vorliegen der in Abs. 2 genannten Voraussetzungen zulässig.

Um die Übersichtlichkeit der Regelung zu gewährleisten, wurden, anders als in der Richtlinie, in Abs. 2 Z 3 die erforderlichen Angaben nicht in der Bestimmung selbst, sondern in einen **Anhang IX** aufgenommen.

**Zu § 126:**

Durch diese Bestimmung werden die Wettbewerbsregeln betreffend Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich für anwendbar erklärt.

**Zu § 127:**

Für die Fristenberechnung gilt auch im Sektorenbereich § 46 (vgl. Abs. 5).

In Abs. 6 wird die Entscheidung hinsichtlich der Bestätigungspflicht in das Ermessen der Auftraggeber gestellt. Durch die Regelung wird im Hinblick auf die unterschiedlichen Bedürfnisse der verschiedenen Sektorenauftraggeber eine flexible Handhabung ermöglicht. Um allfälligen Beweisschwierigkeiten im Nachprüfungsverfahren vorzubeugen, empfiehlt sich etwa bei der telefonischen Antragstellung ein diesbezüglicher schriftlicher Bestätigungsvermerk.

**Zu § 128:**

Diese Bestimmung legt für den Sektorenbereich besondere Bestimmungen über die Ausschreibungsunterlagen fest.

Die Abs. 5 und 6 verankern für den Sektorenbereich dem § 71 korrespondierende Regelungen hinsichtlich der Beachtung der am Ausführungsort bestehenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften. Auf die entsprechenden Ausführungen zu § 71 des vorliegenden Gesetzesentwurfes wird verwiesen.

**Zu § 129:**

§ 129 enthält für Auftraggeber im Sektorenbereich eine gegenüber den Regelungen des „klassischen“ Bereiches wesentliche Erleichterung, indem es diesen das der Sektorenrichtlinie vorgesehene „Präqualifikationsverfahren“ ermöglicht. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so ist das jeweilige Prüfungssystem, unter Verwendung des Standardformulars gemäß Abs. 9 bekanntzumachen. Bei der Bekanntmachung gemäß Abs. 9 ist das Verfahren gemäß § 37 zu beachten (§ 120 Abs. 1).

**Zu § 130:**

§ 130 enthält Bestimmungen über die anzuwendenden Auswahlkriterien für Bewerber im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren, sofern ein Prüfungssystem gemäß § 129 nicht eingerichtet ist. Andernfalls ist dieses maßgebend (vgl. § 125 Abs. 3).

Neben den in Abs. 2 ausdrücklich genannten Ausschlussgründen des § 51 können gegebenenfalls auch andere Ausschlussgründe, etwa auf Grund einzelner Tatbestände des § 98, in Betracht kommen.

Durch Satz 2 wird Art. 32 der Sektorenrichtlinie umgesetzt. Eine Regelung hinsichtlich der Eignungsnachweise wie im klassischen Bereich (vgl. etwa die §§ 54, 56 und 57) existiert im Sektorenbereich nicht; der Auftraggeber ist daher frei, welche Nachweise der Eignung er von den Unternehmen verlangt. Daher ist § 57 Abs. 4 auch nur in dem Fall zu beachten, wenn der Auftraggeber Bescheinigungen betreffend Qualitätsanforderungen verlangt.

Abs. 3: Obwohl in der einschlägigen Richtlinie 93/38/EWG keine Mindestanzahl von Teilnehmern im nicht offenen bzw. im Verhandlungsverfahren vorgesehen ist, sprechen Wirtschaftlichkeits- und Transparenzerwägungen sowie negative praktische Erfahrungen dafür in Abs. 3 eine analoge, jedoch abge-

schwächte Bestimmung der entsprechenden Regelungen des klassischen Bereiches aufzunehmen. Grundsätzlich sind daher im nicht offenen Verfahren mindestens fünf Unternehmen einzuladen und sind im Verhandlungsverfahren mindestens drei Angebote einzuholen. Eine Unterschreitung dieser Zahlen ist jedoch möglich. Die Begründung muss aber schriftlich festgehalten werden. Als Beispiele für eine gerechtfertigte Unterschreitung der Mindestzahlen können angeführt werden: die Zahl der am Vergabeverfahren interessierten Unternehmen unterschreitet die Mindestzahl oder die nachgefragte Leistung wird lediglich von zwei Unternehmen am Markt angeboten.

Durch Abs. 4 soll eine Diskriminierung von Unternehmern allein auf Grund deren Rechtsform hintangehalten werden. Auch ist auf den auch im Sektorenbereich gemäß § 120 Abs. 1 geltenden § 30 hinzuweisen.

#### **Zu § 131:**

Eine weitere Besonderheit im Sektorenbereich stellt die freie Wahl der Zuschlagsprinzipien bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag dar.

Zu Abs. 2 ist auf die Ausführungen zu § 67 Abs. 3 hinzuweisen.

Abs. 5 enthält besondere Bestimmungen über eine im Sektorenbereich vorzunehmende vertiefte Angebotsprüfung.

Abs. 6 statuiert für den Sektorenbereich eine besondere Verpflichtung zur Bekanntmachung vergebener Aufträge. Dafür ist das entsprechende Standardformular zu verwenden.

Auf Grund Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 93/38/EWG ist es möglich, die Kommission bei der Veröffentlichung auf die Tatsache hinzuweisen, dass die vom Unternehmen übermittelten Daten vertraulich zu behandeln und nicht für die Veröffentlichung bestimmt sind. Die Kommission ist verpflichtet, derartig gekennzeichnete Daten zurückzuhalten und darf sie nur für den internen Gebrauch (insbesondere für die Kontrolle des Marktes) verwenden. Abs. 6 enthält die diesbezügliche Bestimmung.

Bei der Vergabe von F&E-Dienstleistungsaufträgen im Sektorenbereich gelten besondere Bestimmungen hinsichtlich der Bekanntmachung vergebener Aufträge in Bezug auf die Art und den Umfang der vergebenen Dienstleistungsaufträge. Hintergrund der Bestimmung des Abs. 7 ist, dass Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse nicht auf Grund der vorgeschriebenen Bekanntmachung Konkurrenten zugänglich gemacht werden sollen.

#### **Zu § 132:**

Auch hier wurde, wie im klassischen Bereich, die Direktvergabe nicht erwähnt, da diese Bestimmung für diesen Verfahrenstyp gemäß § 19 Abs. 3 nicht gilt.

Zu Abs. 5 wird auf die Ausführungen zu § 100 verwiesen.

#### **Zu § 133:**

Die Sektorenrichtlinie sieht vor, dass bei der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrages in den genannten Wirtschaftssektoren Angebote betreffend Waren, die überwiegend aus Drittländern stammen (das sind Staaten, die nicht dem EWR angehören), ausgeschlossen werden können, wenn sie mit anderen Waren höchstens gleichwertig sind. Solche Angebote sind auch dann auszuschneiden, wenn ihr Preis um bis zu 3% unter jenem der übrigen Angebote liegt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Abs. 4 im Gegensatz zu Abs. 3 eine Verpflichtung zum Ausscheiden enthält. Abs. 4 berührt nicht den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehenden Liberalisierungsgrad gegenüber Drittländern auf Grund des GPA.

#### **Zu § 134:**

Die Bestimmung enthält auf Anregung der Kommission eine Aufzählung jener Unterlagen, die gemäß Art. 41 der Sektorenrichtlinie mindestens vier Jahre aufzubewahren sind. Darüber hinaus ist auf folgendes hinzuweisen: Gemäß § 132 Abs. 1 BAO, BGBl. Nr. 194/1961 idGF, beträgt die steuerrechtliche Aufbewahrungsfrist für alle Bücher und Aufzeichnungen samt dazugehörigen Belegen und Unterlagen sieben Jahre. Für den Bereich der öffentlichen Stellen des Bundes existiert ferner eine Sonderregelung betreffend die Aufbewahrungspflicht von Akten. Auf der Grundlage des § 12 BMG 1986, BGBl. Nr. 76/1986 idGF, wurde am 10. November 1992 durch Beschluß der Bundesregierung die „Kanzleiordnung 1992“ erlassen, die mit 1. Jänner 1993 in Kraft getreten ist. Diese enthält die technischen und organisatorischen Grundlagen des Kanzleibetriebes in den Bundesministerien (samt deren nachgeordneten Dienststellen). Die Kanzleiordnung sieht eine Skartierung der Akten grundsätzlich erst sieben Jahre nach dem letzten Bearbeitungsvorgang vor, wobei ein längerer Aufbewahrungszeitraum angeordnet werden kann. Entsprechende

Regelungen existieren auch im Landesbereich. Durch die Bestimmung des Abs. 1 werden die vorgenannten Regelungen nicht berührt.

Der Terminus „die bezüglich der Auftragsvergabe getroffenen Entscheidungen“ in Abs. 2 ist weit zu verstehen, darf aber nicht mit dem Begriff der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen verwechselt werden. Er bezieht sich auf alle Entscheidungen des Auftraggebers (organisationsinterne Entscheidungen, gesondert oder nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen), sofern sie nicht vertraulich sind (vgl. § 21 Abs. 5) und kann daher etwa „Entscheidungen“, die sich auf den Widerruf eines Vergabeverfahrens (vgl. die §§ 104 und 105) oder auf das Ausscheiden von Angeboten beziehen, umfassen.

Im Gegensatz zu den Bestimmungen der „klassischen“ Vergaberichtlinien (vgl. dazu die Regelung der §§ 43 und 45) enthält Art. 42 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 93/38/EWG keinerlei nähere Determinanten für die Struktur der und allfällige Angaben in den Statistiken. Diese sind von der Kommission im Zusammenwirken mit dem Beratenden Ausschuss gemäß den Bestimmungen des Art. 40 Abs. 4 bis 8 der Richtlinie 93/38/EWG festzulegen. Die Bundesregierung hat nach einem diesbezüglichen Beschluß nähere Anordnungen mittels Verordnung zu treffen. Die Formulierung des Abs. 3 wird an das Bundesberichtspflichtengesetz (vgl. Art. 30 des Verwaltungsreformgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 65/2002), angelehnt.

Es ist ferner auf die Verwaltungsstrafsanktion für den Fall der Verletzung der nach diesem Hauptstück bestehenden Mitteilungspflichten gegenüber der Kommission, soweit eine solche zur Sicherung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen Österreichs erforderlich ist, hinzuweisen (§ 187).

#### **Zum 5. Teil:**

Der fünfte Teil enthält die insbesondere für die Umsetzung der EWR- bzw. EG-rechtlichen Anforderungen zentralen gesetzlichen Regelungen eines Rechtsmittelverfahrens in Vergabeangelegenheiten. Zu diesem Zweck werden als Mediationsstelle eine Bundes-Vergabekontrollkommission sowie als Nachprüfungsorgan ein Bundesvergabeamt im Bereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit eingerichtet. Die verfassungsrechtlich gebotene Erstreckung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich (vgl. Erkenntnis des VfGH G 110, 111/99-8 vom 3. November 2000) hat zur Folge, dass nunmehr auch im Unterschwellenbereich die Beschreitung des Zivilrechtswegs unzulässig ist. Daher kann vor Zuschlagserteilung eine rechtswidrige Vergabeentscheidung auch im Unterschwellenbereich nur noch durch Antrag auf Nichtigerklärung und auf einstweilige Verfügung an das BVA, nicht jedoch durch Klage vor dem Zivilgericht verhindert werden. Ebenso gilt im Unterschwellenbereich das vergaberechtliche Sonderschadenersatzrecht. Schadenersatzklagen bedürfen daher auch im Unterschwellenbereich der vorherigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung durch das Bundesvergabeamt.

#### **Zu § 135:**

Die bisherige Konstruktion des Bundesvergabeamtes als Bundesbehörde gemäß Art. 133 Z 4 B-VG wird aufgegeben. Stattdessen wird das Bundesvergabeamt als bundesverfassungsrechtlich abgesicherte Sonderkontrollbehörde (unmittelbare Bundesbehörde, vgl. Art. 102 Abs. 2 B-VG) mit hauptberuflich tätigen Vorsitzenden eingerichtet. Das derzeit geltende Modell wird dabei soweit wie möglich beibehalten, insbesondere die Beteiligung fachkundiger Laien. Die Kontrollbefugnis des BVA erstreckt sich auf Auftraggeber im Sinne dieses Bundesgesetzes (vgl. insbesondere § 7), insoweit diese nach der Kompetenzbestimmung des Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Bereich der Bundesvollziehung fallen. Die Verfassungsbestimmung des Abs. 3 orientiert sich an den Art. 129a Abs. 3 und 129c Abs. 6 B-VG. Es wird ferner ausdrücklich festgehalten, dass durch die vorgesehene verfassungsrechtliche Bestimmung des Art. 14b Abs. 6 eine diesbezüglich umfassende Absicherung der Kontrollkompetenzen des Bundesvergabeamtes hinsichtlich jener Vergaben gemäß dem BVergG, die durch Auftraggeber erfolgen, deren Vollziehung dem Bund obliegt, erzielt werden soll.

Im Hinblick auf die Ausgestaltung des Vergaberechts – einheitliche materielle Regelungen für Bund und Länder, aber Beibehaltung des dezentralen Rechtsschutzes – wird nunmehr die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes vorgesehen. Da zehn verschiedene Kontrollinstanzen über die gleichen materiellen Regelungen absprechen werden, ist dies zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sowie dem System des B-VG entsprechend erforderlich. Eine explizite Verankerung der Beschwerdemöglichkeit an den VwGH im Gesetz ist auf Grund der Einrichtung des BVA als Verwaltungsbehörde nicht geboten. Parallel dazu wird in Art. 1 der vorliegenden Regierungsvorlage eine Änderung des Art. 131 Abs. 3 B-VG vorgesehen, die dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit einräumt, Beschwerden gegen Bescheide des BVA – ebenso wie bereits derzeit im Hinblick auf Bescheide eines UVS – unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen ablehnen zu können. Es kann davon ausgegangen werden, dass

eine Beschwerde an den VwGH im Allgemeinen keine Verzögerung des zugrunde liegenden Vergabeverfahrens bewirken wird, da diesen Beschwerden grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt. Darüber hinaus sieht die Bestimmung des § 30 Abs. 2 VwGG vor, dass einer Beschwerde aufschiebende Wirkung nur dann zuerkannt werden kann, wenn dem zum einen keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen und zum anderen eine Abwägung aller berührten Interessen stattgefunden hat. Auf Grund der bisherigen Erfahrungen (zB Beschwerden gegen Bescheide des Steiermärkischen Vergabekontrollsenates) ist davon auszugehen, dass der VwGH dieses Instrumentarium im Bereich des Vergaberechtes sehr restriktiv handhabt.

#### **Zu § 136:**

Hinsichtlich der Bestellung der Mitglieder der Bundes-Vergabekontrollkommission (vgl. Abs. 1) sowie der sonstigen Mitglieder des Bundesvergabeamtes (vgl. Abs. 7) wird der bisherige Bestellmodus beibehalten. Die Bestellung der in Abs. 4 genannten Mitglieder des Bundesvergabeamtes erfolgt in Anlehnung an vergleichbare Bestimmungen anderer Kontrolleinrichtungen (zB UBAS), insbesondere im Hinblick auf die hauptberufliche Ausübung der Tätigkeit. Die Befristung der erstmaligen Ernennung der Senatsvorsitzenden des BVA soll eine den Erfordernissen des modernen Arbeitslebens entsprechende Evaluation ermöglichen. Das Abstellen auf die „tatsächliche Dienstzeit“ wurde in Anlehnung an die Formulierung des § 136a Abs. 1 Z 1 BDG gewählt. Die Zeiten eines Karenzurlaubes gelten daher nicht als tatsächliche Dienstzeit. Die Erfordernisse bezüglich der beruflichen Qualifikation (vgl. Abs. 8) dienen der Sicherstellung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes.

#### **Zu den §§ 137 und 138:**

Diese Bestimmungen entsprechen weit gehend vergleichbaren Bestimmungen der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern sowie des UBASG idGF und sollen insbesondere die gerichtsähnliche Funktion der Nachprüfungsinstanzen gewährleisten. § 138 enthält taxativ jene Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedschaft eines Mitglied oder Ersatzmitgliedes der Bundes-Vergabekontrollkommission oder des Bundesvergabeamtes erlischt. Als grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 138 Abs. 3 Z 1 gelten etwa Verletzungen der Verschwiegenheitspflichten oder die Begehung strafgesetzlich zu ahndender Delikte. Wem gegenüber die Erklärungen gemäß § 138 Abs. 3 Z 3 lit. b und c abzugeben sind, regelt der 3. Abschnitt.

#### **Zu § 139:**

Da die bisherige Konstruktion des Bundesvergabeamtes als Bundesbehörde gemäß Art. 133 Z 4 B-VG aufgegeben wird, bedarf auch die Weisungsfreistellung der Mitglieder des Bundesvergabeamtes in Abs. 1 einer Verfassungsbestimmung. Festzuhalten bleibt, dass die Mitglieder des Bundesvergabeamtes und der Bundes-Vergabekontrollkommission entsprechend Art. 20 Abs. 3 B-VG zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

#### **Zu § 140:**

Wie sich aus § 135 ergibt, sind das BVA und die B-VKK beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit einzurichten. In Entsprechung werden die Aufgaben der Geschäftsführung (derzeit) für beide Organe gemeinsam durch eine Abteilung des BMWA wahrgenommen. Diese organisatorische Ausgestaltung soll insbesondere aus Gründen der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit beibehalten werden, da eine völlig eigenständige Organisation der Vergabekontrolle zu erheblichen Mehraufwendungen in finanzieller und personeller Hinsicht führen würde. Unbestrittenermaßen bedingt die Einrichtung des Bundesvergabeamtes als „verwaltungsgerichtsäquivalentes Organ“ jedenfalls die verfassungsrechtliche Absicherung der Weisungsfreistellung im Rahmen der rechtsprechenden Tätigkeit. Um aber auch eine ordnungsgemäße und unabhängige Besorgung der administrativen Tätigkeiten (Geschäftsführung) zu gewährleisten, ist auch klarzustellen, dass das vom BMWA bereitzustellende, administrative Personal des gemeinsamen Geschäftsapparates nur an die Anordnungen des jeweiligen Vorsitzenden gebunden ist (vgl. dazu auch die Bestimmung des § 37 Abs. 2 DSG). Die betroffenen Bediensteten sind daher im Rahmen ihrer Tätigkeit im gemeinsamen Geschäftsapparat gegenüber dem BMWA weisungsfrei zu stellen. Diese Unterbrechung des Weisungszusammenhangs zum BMWA bedarf gemäß Art. 20 Abs. 1 B-VG einer Verfassungsbestimmung. Abs. 3 entspricht der geltenden Rechtslage.

Die mehrfach geäußerte Kritik hinsichtlich einer vermuteten organisatorischen Verflechtung der Nachprüfungsinstanz mit einer Dienststelle des BMWA verkennt das Wesen einer Geschäftsstelle, die für eine Behörde wie das Bundesvergabeamt zur Erledigung des Geschäftsanfalles absolut erforderlich ist. Aus den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes ergibt sich eindeutig, dass die Bediensteten der Geschäftsführung keineswegs an der Entscheidungsfindung mitwirken. § 142 bestimmt, dass das Bundes-

vergabeamt grundsätzlich in Senaten tätig wird. Im Übrigen werden Entscheidungen durch die Vollversammlung (§ 144) oder durch einzelne Mitglieder (§ 154) getroffen. Sämtlichen genannten Gremien gehören ausschließlich Mitglieder des Bundesvergabeamtes an, nicht jedoch Bedienstete der Geschäftsführung. Die Mitglieder sind auf Grund der ausdrücklichen Verfassungsbestimmung des § 139 Abs. 1 in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisung gebunden. Soweit Mitglieder dem Stand des BMWA angehören, sind sie daher in Ausübung ihres Amtes nicht an Weisungen des BMWA gebunden.

**Zu § 141:**

Diese Bestimmung orientiert sich an vergleichbaren Regelungen im UBASG, VwGG und OGHG. Auf Grund der nunmehr hauptberuflichen Tätigkeit der Senatsvorsitzenden des BVA erscheint es sinnvoll, diesen die Dokumentation und wissenschaftliche Bearbeitung der Entscheidungen „ihres“ Senates zu übertragen. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, nach Maßgabe der finanziellen Ressourcen, die Bearbeitung – wie derzeit gehandhabt – auf einen externen Dienstleister auszulagern. Grundsätzliche Angelegenheiten gemäß Abs. 3 sind zB die Regelung des Dienstbetriebs (Vertretung, Urlaub) und Grundsatzfragen der Dokumentation.

**Zu § 144 f:**

Die Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen der Vorgängerbestimmung (vgl. § 105 alt). Die wichtigsten organisatorischen und personellen Entscheidungen sind durch die jeweilige Vollversammlung zu treffen.

**Zu § 146:**

Die Erstellung des Tätigkeitsberichts dient der Dokumentation der durch die B-VKK und das BVA wahrgenommenen Aufgaben, insbesondere hinsichtlich der Auslastung der Mitglieder und der durchschnittlichen Erledigungsdauer und liegt im Interesse der Transparenz einer modernen Verwaltung (zu ähnlichen Regelungen betreffend den Tätigkeitsbericht vgl. zB § 12 OGHG, § 20 VwGG sowie § 12 UBASG).

**Zu § 150:**

Die Regelung nimmt den Vorsitzenden, den stellvertretenden Vorsitzenden und die Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes von der Kostenersatzregelung aus. Deren Kostenersatz (Besoldung) ist in § 158 geregelt. Die Verordnungsermächtigung in Abs. 2 dient dazu, eine angemessene Abgeltung des mit der Funktion des Vorsitzenden, des stellvertretenden Vorsitzenden sowie des Berichterstatters in der B-VKK verbundenen Mehraufwandes (insbesondere, für konzeptive Tätigkeit außerhalb der Sitzungen) zu ermöglichen. Derzeit werden die Sitzungsgelder durch die Verordnung der Bundesregierung, BGBl. Nr. 18/1994, in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 498/2001, festgesetzt und sind, auch im Vergleich mit ähnlichen Kontrollorganen, für die mit der Aufgabe verbundenen Verantwortung nicht adäquat. In diesem Sinn soll Abs. 2 präzisieren, dass die Verordnung bei der Festlegung des Sitzungsgeldes dem unterschiedlich großen Aufwand der Mitglieder (einfacher Beisitzer, Berichterstatter, Vorsitzender) entsprechend Rechnung zu tragen hat. Auch im Hinblick darauf, dass für die verantwortungsvolle Tätigkeit in den Vergabekontrollinstanzen entsprechend hoch qualifizierte Personen gewonnen werden sollten, muss gerade in den erwähnten Fälle eines deutlichen Mehraufwandes ein angemessener Aufwandsersatz (und dieser nicht bloß für die Anwesenheit bei Sitzungen) vorgesehen werden. Eine entsprechende Anpassung unter Bedachtnahme auf etwaige Veränderungen in Bedeutung und Umfang der Kontrolltätigkeit ist, in adäquaten Zeitabständen, ebenfalls erforderlich.

**Zu § 151:**

Im Hinblick auf die notwendige Raschheit der Abwicklung der Verfahren obliegt die Zuweisung der Verfahren an den gemäß der Geschäftsverteilung zuständigen Senat bzw. im Falle des BVA an das gemäß § 154 allein entscheidungsbefugte Mitglied zur weiteren Behandlung nunmehr dem jeweiligen Vorsitzenden.

**Zu § 153:**

Neu ist die Möglichkeit der Bildung eines verstärkten Senates (vgl. auch § 13 VwGG, § 8 OGHG).

**Zu § 154:**

Im Sinne einer Verfahrenserleichterung (vgl. dazu das obiter dictum des VfGH im Erk. G 110, 111/99-8) soll über Nachprüfungsanträge im Unterschwellenbereich grundsätzlich durch ein gemäß § 154 allein entscheidungsbefugtes Mitglied entschieden werden. Im Interesse einer schnellen Entscheidungsfindung ist auch vorgesehen, dass alleine der zuständige Senatsvorsitzende des BVA über die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich entscheidet.

**Zu den §§ 155 bis 158:**

Mit der Ernennung zum Mitglied des Bundesvergabeamtes wird ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zum Bund begründet, soweit nicht bereits ein solches besteht (§ 148). Grundsätzlich sind die gesetzlichen Bestimmungen (BDG und GG), die für die öffentlich-rechtlich Bundesbediensteten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes gelten, anzuwenden. Abweichungen sind insbesondere hinsichtlich des Disziplinarrechtes vorgesehen (vgl. auch § 138 Abs. 3 iVm § 144 Abs. 2 Z 4).

**Zu § 159 f:**

Aus einer aktuellen Statistik der Geschäftsführung des BVA und der B-VKK für das Jahr 2001 geht hervor, dass bei 145 eingebrachten Schlichtungsersuchen:

- in 18 Fällen eine gütliche Einigung erfolgte,
- sich die B-VKK in 25 Fällen für unzuständig erklärte (in 9 Fällen wurde in der Folge das BVA befasst),
- in 34 Fällen eine Empfehlung abgegeben wurde (in 15 Fällen wurde in der Folge das BVA befasst),
- in 52 Fällen die Durchführung des Schlichtungsverfahrens abgelehnt wurde (in 33 Fällen kam es in der Folge zu einem Nachprüfungsverfahren vor dem BVA).

Demnach wurden in 145 Schlichtungsverfahren die Meinungsverschiedenheiten in 72 Fällen von der B-VKK „endgültig“ erledigt; diesbezüglich wurde das BVA nicht mehr befasst. Dies ergibt eine Streitbeilegungsquote von beinahe 50%. Aus diesen Zahlen ist ersichtlich, dass der B-VKK eine wichtige Aufgabe als Mediationsstelle zukommt. Eine zwingende Befassung der Bundes-Vergabekontrollkommission (vor Angebotsöffnung) erscheint daher nicht mehr geboten. Sie soll nunmehr als rein freiwillige Mediationsstelle tätig werden.

Bislang erstreckte sich die Zuständigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung. Da jedoch eine erfolgreiche Schlichtung nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach den Erfahrungen aus der Praxis kaum erzielbar ist, wird der Zuständigkeitsbereich der Bundes-Vergabekontrollkommission eingeschränkt. Überdies soll zur Beschleunigung des Verfahrens im Unterschwellenbereich eine Schlichtung nur erfolgen, wenn sie von beiden Seiten beantragt wird. Ebenso wird die Zuständigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission zur Erstellung von Gutachten im Hinblick auf die stärkere Betonung ihrer Funktion als Mediationsstelle abgeschafft.

**Zu § 162:**

§ 162 regelt die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. Seine in Abs. 2 geregelte Befassung zur Nachprüfung ist nur bis zum Zeitpunkt des erfolgten Zuschlages zulässig und entspricht den EWR- bzw. EG-rechtlichen Vorgaben auf Grund der Rechtsmittelrichtlinie. Auf Antrag des Auftraggebers oder des Zuschlagsempfängers kann das Bundesvergabeamt zudem feststellen, ob auch bei Einhaltung der Bestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes oder der hiezu ergangenen Verordnungen ein bestimmter Bewerber oder Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Einer derartigen Feststellung kommt besondere Bedeutung für einen allfälligen Schadenersatzprozess zu. Sie dient insbesondere auch der Entlastung der ordentlichen Gerichte in Vergabeangelegenheiten.

Art. 2 Abs. 7 der Sektorenrechtsmittelrichtlinie enthält eine Regelung über die Voraussetzungen einer Klage auf Schadenersatz, die in der Rechtsmittelrichtlinie nicht enthalten war. Dadurch wird die nähere Determinierung der Prüfungsbefugnis des Bundesvergabeamtes erforderlich. Auf Grund der einheitlichen Gestaltung des Rechtsschutzsystems gilt dies auch für den Bereich der „klassischen“ Vergaberichtlinien. Das Vorliegen einer „echten Chance“ wird vom Bundesvergabeamt danach zu beurteilen sein, ob Bewerber oder Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wären. Auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalles wird zu entscheiden sein, ob eine echte Chance, dh. eine konkrete Möglichkeit der Zuschlagserteilung vorgelegen ist. In der Praxis hat es sich erwiesen, dass eine negative Feststellung (zB ob jemand den Zuschlag keinesfalls erhalten hätte) einfacher zu treffen ist als eine positive Feststellung, die oft aufwendige Sachverständigengutachten erfordert. Im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes soll daher das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Feststellung zuständig sein, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages hatte. Der Terminus „echte Chance“ entstammt der Terminologie der Sektorenrechtsmittelrichtlinie und wird im Lichte einer allfälligen zukünftigen Judikatur des EuGH auszulegen sein.

In Abs. 2 Z 2 wird klargestellt, dass das BVA seine Überprüfung auf die im Rahmen der Beschwerdepunkte geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zu beschränken hat. Daraus ergibt sich, dass ein Nachprüfungsantrag ein bestimmtes Begehren zu enthalten hat. Eine derartige Regelung wäre überflüssig, wenn

die Behörde nicht an ein solches Begehren gebunden wäre (vgl. dazu zB das Erk. des VwGH, GZ 2000/04/0051). Der Antragsteller hat die Verpflichtung, zu präzisieren, in welchem subjektiven Recht er sich als verletzt erachtet. Andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten kann das BVA daher nicht aufgreifen. Dies berührt jedoch nicht die Frage der amtswegigen Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes.

Die Abs. 3 bis 5 dienen der Präzisierung, in welchen Fällen nur noch eine feststellende Entscheidung des Bundesvergabebeamten erwirkt werden kann.

**Zu § 163 ff:**

Das Nachprüfungsverfahren wird neu strukturiert. Es enthält insbesondere folgende Neuerungen: die Einführung einer Pflicht der vorherigen Verständigung des Auftraggebers vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (die Angabe der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gemäß § 163 Abs. 2 kann auch durch Beischluss einer Kopie des Nachprüfungsantrages erfolgen); die Einführung von Präklusionsfristen (vgl. § 169) in Verbindung mit der Einführung gesondert (vgl. § 20 Z 13 lit. a) und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen (vgl. § 20 Z 13 lit. b). Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen können nur gemeinsam mit der ihnen nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden.

Um die Nachprüfungsverfahren zu beschleunigen und zu konzentrieren (Vermeidung einer sukzessiven Antragsstellung) wird außerdem eine Pflicht der Parteien des Ausgangsverfahren vorgesehen, sich an einem bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zu beteiligen (vgl. § 165 Abs. 2); hierfür ist eine Teilnahmegebühr zu entrichten. Eine Parallelbestimmung ist auch für Feststellungsanträge vorgesehen (vgl. § 165 Abs. 4).

Die Abweichung vom Parteienbegriff des AVG in § 165 soll im Sinne der Effizienz des Nachprüfungsverfahrens verhindern, dass auch diejenigen Teilnehmer eines Vergabeverfahrens dem Verfahren beizuziehen wären (die wohl jedenfalls ein rechtliches Interesse iSd § 8 AVG an der Beteiligung am Verfahren hätten, vgl. VwSlg. 2903 A), auf deren Position sich die zu treffende Entscheidung nicht oder nicht wesentlich auswirken kann (vgl. dazu VwSlg. 9751 A, wonach für die Parteistellung maßgebend ist, dass die Sachentscheidung in die Rechtssphäre des Betreffenden bestimmend eingreift und dass darin eine unmittelbare, nicht bloß abgeleitete mittelbare Wirkung zum Ausdruck kommt). Teilweise wurden gleichheitsrechtliche Bedenken dahingehend geäußert, dass die Parteistellung im Verfahren vor dem BVA leichter verloren geht, als in sonstigen Verwaltungsgesetzen. Dazu darf angemerkt werden, dass das Vergaberecht, im Gegensatz zu anderen Verwaltungsgesetzen, kein verwaltungsbehördliches Handeln regelt, das auf Erlass eines Bescheides gerichtet ist, der auf Dauer angelegte Rechtsverhältnisse rechtskräftig regeln soll. Vielmehr beinhaltet das Vergaberecht eine außenwirksame Selbstbindungsnorm, die unter anderem das Verhalten des privatwirtschaftlich handelnden Staates (aber auch anderer Rechtsträger) bestimmt, das auf Abschluss eines Vertrages gerichtet ist. Diese Unterschiede (hoheitliches Handeln – Handeln im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, Regelungen betreffend Rechtsträger des Privatrechtes uam.) begründen die sachliche Rechtfertigung einer im Vergleich zu § 8 AVG unterschiedlichen Regelung der Parteistellung.

Nachprüfungs-, Teilnahme-, sowie Feststellungsanträge haben die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, zu enthalten (s. §§ 166 Abs. 1 Z 5, 167 Abs. 1 Z 3 und 168 Abs. 1 Z 3). Die Nachprüfungsinstanz hat daher, wie bereits zu § 162 angemerkt, ihre Überprüfung auf die in diesem Rahmen geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zu beschränken.

**Zu § 168:**

Der Zeitpunkt, in dem man gemäß Abs. 2 beispielsweise vom Zuschlag Kenntnis haben hätte können, ist im Oberschwellenbereich der Zeitpunkt der Bekanntmachung gemäß § 40 (vergebene Aufträge).

**Zu § 169:**

Eine wesentliche Neuerung des vorliegenden Gesetzes betrifft die Einführung von Präklusionsfristen in Ergänzung zur Einführung von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen (zur Zulässigkeit von Präklusionsfristen vgl. die Ausführungen von Generalanwalt Alber in den Rs C-470/99 und C-327/00). Die Fristen betragen im Oberschwellenbereich grundsätzlich 14 Tage und verkürzen sich in beschleunigten Verfahren in der Regel auf sieben Tage; im Unterschwellenbereich betragen die Fristen regelmäßig zehn Tage und verkürzen sich in beschleunigten Verfahren teilweise auf drei Tage. Die Dauer der jeweiligen Präklusionsfrist steht in einem engen Zusammenhang mit den in den §§ 47ff und 100 geltenden Fristen.

**Zu § 170:**

Die Bestimmung orientiert sich weitgehend an § 35 Abs. 1 VwGG und ermöglicht die Fällung einer meritorischen Entscheidung ohne vorherige Durchführung eines Verfahrens, zur Entlastung des Bundesvergabebeamten.

**Zu § 171:**

Abs. 5 enthält eine kürzere Außer-Kraft-Tretens-Frist für den Unterschwellenbereich.

Die Regelung des Abs. 7 ist im Hinblick auf die Neugestaltung der Bestimmungen über die Zuschlagsentscheidung (vgl. § 100) erforderlich und dient als flankierende Maßnahme zur effektiven „Umsetzung“ des Urteils der EuGH in der Rs C-81/98, *Alcatel* („Ökopunkte“).

**Zu § 172:**

Gemäß Abs. 2 führt der Senatsvorsitzende das Verfahren bis zur mündlichen Verhandlung. Dazu zählt auch die Vornahme der Ladungen.

**Zu § 173:**

Die Bestimmung orientiert sich an § 67d AVG. Sie ist im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK erforderlich, da vom Bundesvergabeamt über „civil rights and obligations“ im Sinne dieser Bestimmung abgesprochen wird.

**Zu § 174:**

Gemäß Abs. 1 sind rechtswidrige „Entscheidungen“ des Auftraggebers im Zuge eines Vergabeverfahrens, die für den Ausgang desselben von wesentlichem Einfluss sind, für nichtig zu erklären. Ebenso wie Art. 2 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG legt auch das BVergG nicht explizit fest, welche rechtswidrigen Entscheidungen auf Antrag aufgehoben werden können. Im Lichte der Aussagen des EuGH in der Rs C-81/98 wonach die „wichtigste Entscheidung des Auftraggebers“ die dem Vertragsabschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers ist, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, stellt die Zuschlagsentscheidung geradezu den Prototyp einer Entscheidung des Auftraggebers dar, die gemäß § 174 für nichtig erklärt werden kann.

**Zu § 175:**

Die Feststellung nach Abs. 1 kann nur im Rahmen des § 164 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 erfolgen. Abs. 2 kann hingegen jegliche gesondert anfechtbare Entscheidung (Rechtswidrigkeit) betreffen, die Gegenstand des Verfahrens war, das den Rechtszug zum VwGH bzw. VfGH eröffnet hat. Darüber hinaus soll Abs. 2 sicher stellen, dass, unbeschadet allfälliger Schadenersatzansprüche, die Abwicklung eines bereits teilweise bzw. zur Gänze abgewickelten Vertrages von einem aufhebenden Erkenntnis der Höchstgerichte nicht berührt wird.

**Zu § 176:**

Abs. 2 enthält eine kürzere Entscheidungsfrist für den Unterschwellenbereich.

**Zu § 177:**

Im Hinblick auf die durch die Neuorganisation des Rechtsschutzes verursachten Mehrkosten ist die Einführung von Gebührenbestimmungen unerlässlich. Nachprüfungs- und Feststellungsanträge sowie Anträge auf Erlassung von einstweiligen Verfügungen vor dem Bundesvergabeamt sind, abhängig vom durchgeführten Verfahren zu vergebühren. Auch für Lose richtet sich die Gebühr nach dem für die Vergabe des betreffenden Loses durchgeführten Verfahren.

Der in Abs. 5 vorgesehene Gebührenersatz ist ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch und kann mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. Teilnahmeantrag.

**Zum 3. Hauptstück des 5. Teiles:****Zu § 178:**

§ 178 dient zur Umsetzung des in der Rechtsmittelrichtlinie vorgesehenen Korrekturmechanismus (zur diesbezüglichen Umsetzungsverpflichtung vgl. Rs C-236/95) und stellt eine spezifische Ausformulierung des Grundsatzes des Art. 10 EGV („Pflicht zur Gemeinschaftstreue“) dar. Gemäß diesen Bestimmungen trifft die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Mitwirkungspflicht und die Pflicht, den Organen der Gemeinschaft die Erfüllung der diesen obliegenden Aufgaben zu erleichtern.

Abs. 2 enthält die bei Beschwerde- und Auskunftersuchen sowie bei Vertragsverletzungsverfahren einzuhaltende Vorgangsweise. Abs. 3 beinhaltet die Verpflichtung der Auftraggeber und allfällig betroffener Unternehmer entsprechende Unterlagen für die Erstellung der Stellungnahme der Republik zur Verfügung zu stellen. Betroffene Unternehmer sind auch jene Unternehmer, deren Verhalten im Zusammenhang mit dem Beschwerde- und Auskunftersuchen sowie dem Vertragsverletzungsverfahren stehen kann (wer dies sein kann, ergibt sich etwa aus dem Schreiben der Kommission). Die gemäß Z 1 vorzulegenden Unterlagen sind daher auch in einem sehr weiten Sinn zu verstehen.

Art. 8 der Sektorenrechtsmittelrichtlinie enthält Vorschriften über die Aufsicht durch die Kommission. Der einzige Unterschied zu dem in der Rechtsmittelrichtlinie geregelten Verfahren besteht in der längeren Frist zur Mitteilung (30 statt 21 Tage). Diese Fristverlängerung wird in Abs. 3 an die Sektorenauftraggeber „weitergegeben“.

#### **Zu § 179:**

Art. 3 bis 7 der Sektorenrechtsmittelrichtlinie enthalten die Vorgaben für die Einrichtung eines Bescheinigungsverfahrens (zur diesbezüglichen Umsetzungsverpflichtung vgl. Rs C-225/97). Das Verfahren zur Erstellung einer Europäischen Norm über das Attestierungsverfahren enthält die ÖNORM-EN 45.503 betreffend die Akkreditierung, die durch eine Verordnung für verbindlich erklärt wurde (BGBl. II Nr. 251/1997) und gemäß der Übergangsbestimmung des § 188 Abs. 2 auch für das nunmehr vorliegende Gesetz gelten soll. Obwohl die Richtlinie von „Prüfern“ im Zusammenhang mit dem Bescheinigungsverfahren spricht, verwendet die ihrer Durchführung dienende Europäische Norm anstelle dieses Begriffes die Bezeichnungen „Bescheinigungsstelle“ bzw. „Attestor“ (siehe Punkt 2.5 und 2.6 der EN). Im Sinne einer einheitlichen Terminologie orientiert sich die Diktion des § 179 an der Europäischen Norm. Zur Vermeidung von Doppelgleisigkeiten und aus Kostengründen wird keine eigene Akkreditierungsstelle eingerichtet, sondern auf bereits bestehende Institutionen zurückgegriffen. Gemäß dem Akkreditierungsgesetz – AkkG, BGBl. Nr. 468/1992 idgF, fungiert als Akkreditierungsstelle der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Das genannte Gesetz trifft darüber hinaus detaillierte Bestimmungen ua. über das Akkreditierungsverfahren, die Zertifizierungsstellen und die Akkreditierungsvoraussetzungen. Soweit sich aus § 179 nichts anderes ergibt (vgl. insbesondere Abs. 2), sind daher die Bestimmungen des Akkreditierungsgesetzes anzuwenden.

#### **Zu § 180:**

Art. 9 bis 11 der Sektorenrechtsmittelrichtlinie enthalten Regelungen über ein Schlichtungsverfahren vor der Kommission (zur diesbezüglichen Umsetzungsverpflichtung vgl. Rs C-225/97). Nähere Bestimmungen zu diesem Verfahren sollen durch die Kommission ausgearbeitet werden. Es empfiehlt sich daher, eine entsprechende Verordnungsermächtigung in Abs. 6 vorzusehen.

#### **Zum 4. Hauptstück des 5. Teiles:**

Im Lichte der bisherigen literarischen Äußerungen soll nunmehr eine klarere Formulierung betreffend den Schadenersatz getroffen werden. Klargestellt werden soll, dass die Schadenersatzansprüche der Teilnehmer am Vergabeverfahren gegen den Auftraggeber in den Bestimmungen der §§ 181 ff abschließend geregelt sind, sodass insbesondere auch die Bestimmung des § 183 nicht zu einer Anspruchskonkurrenz verhilft, heißt es doch dort „im Übrigen“ und nicht „in allen Fällen“ (vgl. dazu bereits EB 1993). Die zivilrechtlichen Bestimmungen regeln vor allem Fragen des Schadenersatzes und der Vertragsauflösung.

Die §§ 181 bis 182 enthalten besondere Schadenersatz- und Rücktrittsregelungen. Im übrigen bleiben die bestehenden zivilrechtlichen Bestimmungen unberührt (§ 183).

#### **Zu § 181:**

Bei schuldhafter Verletzung des vorliegenden Gesetzesentwurfes soll ein zu Unrecht übergangener Bieter einen gerichtlich geltend zu machenden Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren besitzen.

Im Lichte der Judikatur des EuGH (vgl. ua. Rs C-46/93 und C-48/93) wird in Abs. 1 letzter Satz klargestellt, dass weitergehende (dh. über die Ansprüche des Satz 1 hinausgehende) Ansprüche des Bestbieters alternativ gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können (vgl. dazu auch OGH 7 Ob 200/00p). Damit wird der Judikatur des EuGH vollinhaltlich Rechnung getragen. Lediglich der Klarstellung halber ist festzuhalten, dass um derartige Ansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend machen zu können, zuerst ein Nachprüfungsverfahren gemäß dem BVergG (inklusive Feststellung) durchzuführen ist. Die Feststellung gemäß § 162 ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der ordentlichen Gerichte zur Erlangung von Schadenersatz.

**Zu § 182:**

Die Regelung enthält ein besonderes Rücktrittsrecht des Auftraggebers und geht auf ein Gutachten der Kommission zur Erstattung von Vorschlägen für den verstärkten Schutz vor Mißbräuchen bei der Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge zurück, das der Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes aus dem Jahre 1982 zugrunde lag.

**Zu § 183:**

Soweit die §§ 181 und 182 keine besonderen Vorschriften enthalten, gelten die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechtes.

**Zu § 184:**

Wie bereits seit Erlassung des Stammgesetzes werden, einer Anregung des Bundesministeriums für Justiz folgend, Schadenersatzklagen in Vergabesachen bei den Gerichtshöfen erster Instanz konzentriert, wobei Abs. 1 besondere Regelungen über die örtliche Zuständigkeit enthält.

Die zwingende Durchführung eines Feststellungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt gemäß § 162 als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage soll ebenfalls einer Anregung des Bundesministeriums für Justiz entsprechend einer übermäßigen Arbeitsbelastung der Gerichte vorbeugen.

Klarstellenderweise ist festzuhalten, dass für die Anrufung der ordentlichen Gerichte die Feststellung des Bundesvergabeamtes gemäß § 162 eine Zulässigkeitsvoraussetzung darstellt.

Abs. 3 ist der Regelung des § 11 des Amtshaftungsgesetzes nachgebildet. Sie soll aber auch gerade einen Ausgleich dafür bieten, dass eine Bescheidenanfechtung der Parteien vor dem Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen ist. Die in Art. 89 Abs. 2 bis 4 B-VG festgelegten Verpflichtungen der Gerichte bleiben freilich unberührt.

**Zu § 185:**

Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor eine „Feststellung“, dh. eine positive Entscheidung in merito des BVA erfolgte. Werden daher Anträge auf Feststellung vom BVA ab- oder zurückgewiesen, so liegt keine Feststellung iSd Abs. 2 vor. Eine Schadenersatzklage wäre daher a limine als unzulässig zurückzuweisen.

**Zu § 186:**

Die Einführung von Bestimmungen über eine Schiedsgerichtsbarkeit entspricht einem Bedürfnis der Praxis. Die Bestimmungen der ZPO (vgl. die §§ 577 bis 599) stellen zwingendes Recht für die Formulierung der Ausschreibung dar. Dies verhindert allerdings nicht, dass die Beteiligten später (beim Abschluss des Leistungsvertrages) anderslautende Vereinbarungen über das Schiedsgericht treffen können. Um ausufernde Honorarregelungen zu verhindern, wird eine Kompetenz der Bundesregierung zur Regelung einer Honorarordnung vorgesehen.

**Zu § 187:**

Wie die bisherige Praxis gezeigt hat, kommt der Einhaltung der Statistikverpflichtungen, der Mitteilungs- und Berichtspflichten sowie der Einhaltung der Auskunftspflichten im Vergabekontrollverfahren und in Vertragsverletzungsverfahren besonders große Bedeutung zu. So werden etwa im Rahmen eines nationalen Kontrollverfahrens Auskünfte und Vorlagen von Unterlagen benötigt. Von solchen Anordnungen sind oft „Private“ betroffen, deren Organe nicht gemäß Art. 20 B-VG weisungsgebunden sind (zB private Bauträger, Architekten ua.). Oft sind bestimmte Auskünfte, etwa über den aktuellen Stand des Vergabeverfahrens, nur von diesen direkt zu erfahren und nicht von dem dahinter stehenden „öffentlichen“ Bauherrn. Wegen der relativ kurzen Entscheidungsfristen der Vergabekontrollbehörden kann daher die Möglichkeit, Auskünfte erst nach Intervention beim letztverantwortlichen öffentlichen Auftraggeber zu erhalten, zu unzumutbaren Verzögerungen führen. Gleiches gilt für die Vorlage von Unterlagen oder die Erteilung von Auskünften im Rahmen eines Auskunftsersuchens oder eines Beschwerde- oder Vertragsverletzungsverfahrens, das die Kommission gegen die Republik Österreich eingeleitet hat. Aus diesem Grund soll eine Strafbestimmung sowohl für den Bereich des Korrekturmechanismus als auch für den nationalen Rechtsschutzbereich sowie zur Absicherung der Statistikverpflichtungen vorgesehen werden.

**Zu § 188:**

Zum Begriff der Einleitung des Vergabeverfahrens vgl. die Bemerkungen zu § 20 Z 38.

**Zu § 191:**

Die im vorliegenden Entwurf umgesetzten Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft ermöglichen zum Teil Änderungen ihrer Anhänge durch die Kommission in Zusammenarbeit mit dem Beratenden Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen. Da diese Anhänge zum Teil als Anhänge zum Bundesvergabegesetz übernommen wurden, sollte für vergleichsweise flexible Änderungsmöglichkeiten vorgesorgt werden. Weiters kann das Bedürfnis bestehen, Formulare für die Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zu überarbeiten. Die Verordnungsermächtigung soll hierzu der Bundesregierung ein flexibles Instrumentarium zur Verfügung stellen. Ferner wird eine Änderung der Anhänge durch die derzeit im Rat diskutierten Richtlinienänderungen und durch allfällige zukünftige Abkommen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (zB Neufassung des GPA, Abschluss des Transparenzübereinkommens usw.) erforderlich werden. Auch hier soll die Verordnungsermächtigung eine rasche Umsetzung gewährleisten.

**Zu den Anhängen:**

In **Anhang III** und **IV** wird weiterhin auf die (vorläufige Fassung vom 15. November 1990 der) CPC-Nomenklatur verwiesen. Dies findet seinen Grund darin, dass die Richtlinientexte ebenfalls weiterhin auf die CPC-Nomenklatur verweisen und diese zur Abgrenzung des Geltungsbereiches heranzuziehen ist (vgl. dazu auch EuGH Rs C-76/97). Die Relevanz der CPC-Nomenklatur für die Abgrenzung der einzelnen Dienstleistungen zueinander ergibt sich auch aus dem GPA, in dessen Verpflichtungslisten ebenfalls die vorläufige Fassung des CPC zur Abgrenzung verwendet wird. Darüber hinaus existiert ferner noch keine offizielle Korrespondenzliste zwischen dem CPC und dem CPV (ebenso wie zwischen NACE und CPV). Zur Vermeidung von Interpretationsschwierigkeiten wird in den Anhängen daher weiterhin auf die genannten Nomenklaturen Bezug genommen.

**Zu Artikel 3:****Zu Z 1 (§ 3 Abs. 3):**

Nach bisheriger Rechtslage konnten Länder, Gemeinden und öffentliche Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z 2 bis 4 Bundesvergabegesetz 1997 durch Leistungen der Gesellschaft mittelbar oder unmittelbar begünstigt werden. Die Bundesbeschaffung GmbH konnte jedoch nicht in deren Namen und auf deren Rechnung Vergabeverfahren durchführen. Mit dem neu geschaffenen § 3 Abs. 3 soll nunmehr ermöglicht werden, dass die Gesellschaft als vergebende Stelle für die im ersten Satz der Bestimmung genannten öffentlichen Auftraggeber auch in deren Namen und auf deren Rechnung tätig werden kann. Das Ausmaß der Zulässigkeit derartiger Leistungen erfährt allerdings Einschränkungen, wobei der letzte Satz der Bestimmung im Sinne der zwischenzeitig ergangenen europarechtlichen Judikatur (insbesondere in der RS C-107/98 „Teckal“) auszulegen ist. Das Bundesvergabegesetz 2002 sieht eine derartige Ausnahme von dessen Geltungsbereich nunmehr auch explizit in § 6 Abs. 1 Z 7 vor.

**Zu Artikel 4:**

Da die im Art. 1 dieses Bundesgesetzes vorgesehenen Änderungen des B-VG erst mit 1. Jänner 2003 in Kraft treten sollen und eine isolierte In-Kraft-Setzung des Art. 14b Abs. 6 B-VG mit 1. September 2002 aus legislativen Gründen nicht zweckmäßig wäre, soll für den Zeitraum von 1. September 2002 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2002 eine dem Art 14b Abs. 6 B-VG inhaltlich entsprechende Regelung getroffen werden. Was den Bereich der Vollziehung des Bundes betrifft, gilt Art. 4 nicht nur für Verfahren nach dem BVergG, die ab dem 1. September 2002 neu eingeleitet werden, sondern auch für zu diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren, die gemäß § 188 Abs. 3 BVergG (grundsätzlich) nach den Bestimmungen des BVergG 1997 fortzuführen sind; für den Vollziehungsbereich der Länder gilt entsprechendes. Mit Art. 14b Abs. 6 B-VG wird der gleiche Zweck verfolgt.“

Bei der Abstimmung wurde die gegenständliche Regierungsvorlage in der Fassung des erwähnten Abänderungsantrages mit Stimmenmehrheit angenommen.

Weiters beschloss der Ausschuss mehrheitlich folgende Ausschussfeststellung:

**„Zu Artikel 1:**

Gemäß Art. 150 Abs. 2 B-VG können die Länder bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Kompetenzbestimmung des Art. 14b B-VG die erforderlichen Gesetze über den Rechtsschutz im Vergabeverfahren erlassen. Durch die Übergangsbestimmung des Art. 151 Abs. 27 B-VG wird den Ländern dafür eine Höchstfrist bis zum 30. Juni 2003 eingeräumt; in dem Zeitraum ab 1. Jänner 2003 gelten noch bestehende Landesgesetze als partikuläres Bundesgesetz weiter, treten jedoch mit Erlassung der erwähnten Landesgesetze zur Gänze außer Kraft.

Der Verfassungsausschuss geht davon aus, dass die Länder möglichst rasch die Landesgesetze über den Rechtsschutz im Vergabeverfahren, wenn möglich noch vor dem 31. Dezember 2002, erlassen werden, sodass das einheitliche Vergaberecht möglichst bald in allen Ländern in Kraft treten kann.

**Zu § 29:**

Der Verfassungsausschuss geht davon aus, dass der Abschluss von Rahmenvereinbarungen zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen nicht dazu führen darf, dass dadurch für die Unternehmen ein zusätzliches unzumutbares oder unkalkulierbares Risiko insbesondere im Hinblick auf die Differenz zwischen dem in Aussicht genommenen Auftragsvolumen und dem tatsächlich innerhalb der Laufzeit der Rahmenvereinbarung abgerufenen Auftragsvolumen entsteht.

Außerdem stellt der Verfassungsausschuss fest, dass die öffentlichen Auftraggeber beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen auf die regionale Versorgungsstruktur durch Klein- und Mittelbetriebe Arbeitsplätze und Wertschöpfung im Sinne des § 3 Abs. 2 des BB-GmbH-Gesetzes in geeigneter Weise Bedacht zu nehmen haben.

**Zu § 105:**

Der Verfassungsausschuss stellt fest, dass derzeit ein Verfahren beim Europäischen Gerichtshof anhängig ist (Rechtssache C-92/00), in dem die Frage geklärt werden soll, ob die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG gebietet, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung eines Auftrages zu widerrufen, in einem Nachprüfungsverfahren überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden muss. Das Ergebnis dieses Verfahrens sollte abgewartet werden, um danach gegebenenfalls die erforderlichen legislativen Anpassungen vorzunehmen.“

Als Ergebnis seiner Beratungen stellt der Verfassungsausschuss somit den **Antrag**, der Nationalrat wolle dem **angeschlossenen Gesetzentwurf** die verfassungsmäßige Zustimmung erteilen.

Wien, 2002 05 07

**Karl Donabauer**

Berichterstatter

**Dr. Peter Wittmann**

Obmann