Vorblatt

Problem/Ziel:

Eine Expertengruppe bestehend aus dem Rechnungshof, dem WIFO, dem IHS, dem StA und dem KDZ wurde von der am 17. Februar 2009 unter dem Vorsitz des Bundeskanzlers und des Vizekanzlers eingesetzten „Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Konsolidierungsmaßnahmen“ beauftragt, für das Arbeitspaket 7 „Effizienz der Verwaltung“ eine strukturierte Analyse der bestehenden Probleme und der damit verbundenen Folgewirkungen zu erarbeiten. In diesem Zusammenhang wurde auch das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) näher geprüft und als ein (vorläufiges) Ergebnis festgehalten, dass im Unterschwellenbereich verstärkt vereinfachte Regelungen eingeführt werden sollen.

Im Zusammenhang mit der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise wurden in Österreich im sekundärrechtlich nicht geregelten Bereich des öffentlichen Auftragswesens, dem Unterschwellenbereich, durch die Schwellenwerteverordnung 2009, BGBl. II Nr. 125, befristet bis 31. Dezember 2010 Erleichterungen bei der Durchführung von Vergabeverfahren, insbesondere durch eine Ausdehnung der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Direktvergabe, eingeführt. Diese Erhöhung der Schwellenwerte wurde mit Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. II Nr. 455/2010, bis 31. Dezember 2011 verlängert. Mit Beginn des Jahres 2012 gelten daher wieder die ursprünglichen Schwellenwerte des BVergG 2006.

Mit Urteil vom 30. September 2010, Rs C-314/09, hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass eine nationale Regelung, die den Schadenersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, unionsrechtswidrig ist.

Inhalt/Problemlösung:

Im Unterschwellenbereich werden – im Rahmen des unions- und verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraumes – durch die Einführung eines neuen, vereinfachten Verfahrens für wertmäßig kleine Aufträge, den Entfall der verpflichtenden Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bei Verfahren ohne Bekanntmachung, die freie Wahl der Verfahrensarten sowie durch weitere punktuelle Vereinfachungen etwa bei der Eignungsprüfung Erleichterungen sowohl für Auftraggeber als auch Unternehmer geschaffen.

Schadenersatzansprüche gegen den Auftraggeber bestehen in Umsetzung des EuGH Erkenntnisses in der Rs C-314/09 nunmehr unabhängig vom Verschulden der Organe des Auftraggebers bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen.

Alternativen:

Die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage insbesondere nach dem Auslaufen der Schwellenwerteverordnung 2009 hätte zu Folge, dass auch bei verhältnismäßig kleinen Auftragsvergaben formalisierte Verfahren zur Anwendung gelangen müssten. Dies hätte im Hinblick auf potentielle Transparenzgewinne jedoch unverhältnismäßige Transaktionskosten (für Auftraggeber- und Auftragnehmerseite) zur Folge. Umgekehrt würde eine zu weitgehende Vereinfachung des Unterschwellenbereichs nicht den Vorgaben des Primärrechts, insbesondere dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot und dem Verbot der Diskriminierung entsprechen und würde in weiterer Folge zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission führen.

Auswirkungen des Regelungsvorhabens:

Finanzielle Auswirkungen:

Die Vereinfachungen im Unterschwellenbereich werden auf Auftraggeberseite und damit im Bereich der öffentlichen Haushalte zu Entlastungen führen. Auch auf Unternehmerseite werden die vorgeschlagenen Änderungen zu Entlastungen führen. Die Durchführung formalisierter Vergabeverfahren zieht einen gewissen Verwaltungsaufwand auf Auftraggeberseite nach sich, welcher durch die Vereinfachungen der vorliegenden Novelle wesentlich reduziert wird. Da kein Zahlenmaterial über die Anzahl der betroffenen Verfahren bzw. die Kosten der einzelnen Verfahrensschritte bei der Vergabe von (öffentlichen) Aufträgen vorliegt und in vielen Fällen die potentiellen Einsparungseffekte von (derzeit nicht vorhersehbaren) Festlegungen der Auftraggeber abhängen, können die durch die vorgeschlagenen Erleichterungen insgesamt zu erwartenden Entlastungen nicht quantifiziert werden, insgesamt überwiegen die Einspareffekte die mit den Regelungen verbundenen Kosten jedoch bei Weitem.

Wirtschaftspolitische Auswirkungen:

Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich:

Durch die vorgeschlagenen Erleichterungen und die Ausdehnung des Systems der Eignungsprüfung können die (Verwaltungs-)Lasten für Unternehmer weiter gesenkt werden. Dies kann sich positiv auf den Wirtschaftsstandort Österreich auswirken.

Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen:

Die vorgesehenen Änderungen bestehender Informationsverpflichtungen führen zu einer Verminderung der Verwaltungslasten für Unternehmen um 3.558.863,11 Euro pro Jahr.

Auswirkungen in umweltpolitischer Hinsicht, insbesondere Klimaverträglichkeit:

Keine.

Auswirkungen in konsumentenschutzpolitischer sowie sozialer Hinsicht:

Keine.

Geschlechtsspezifische Auswirkungen:

Keine.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Der Unterschwellenbereich ist zwar von den Vergaberichtlinien der Union nicht erfasst, unterliegt jedoch einer Anzahl von primärrechtlichen Vorgaben, welche durch die vorgeschlagenen Änderungen berücksichtigt und umgesetzt werden. Die Novelle dient weiters der Umsetzung der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

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

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

1. Hauptgesichtspunkte des Entwurfes (Ausgangslage und Zielsetzung):

Der vorliegende Entwurf umfasst im Wesentlichen die nachstehenden Themenkomplexe:

1.1. Eine Expertengruppe bestehend aus dem Rechnungshof, dem WIFO, dem IHS, dem StA und dem KDZ wurde von der am 17. Februar 2009 unter dem Vorsitz des Bundeskanzlers und des Vizekanzlers eingesetzten „Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Konsolidierungsmaßnahmen“ beauftragt, für das Arbeitspaket 7 „Effizienz der Verwaltung“ eine strukturierte Analyse der bestehenden Probleme und der damit verbundenen Folgewirkungen zu erarbeiten. In diesem Zusammenhang wurde auch das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) näher geprüft und als ein (vorläufiges) Ergebnis festgehalten, dass im Unterschwellenbereich verstärkt vereinfachte Regelungen eingeführt werden sollen. Das geltende Unterschwellenregime im BVergG 2006 sollte diesbezüglich systematisch durchforstet und gegebenenfalls unter Beachtung der primärrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts (vgl. dazu insbesondere die Mitteilung der Europäischen Kommission betreffend Vergaben, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. Nr. C 179 vom 1.8.2006, S. 2) neu gestaltet werden.

Vor diesem Hintergrund leitete das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst im November 2010 eine offene Konsultation aller betroffenen bzw. interessierten Kreise ein. Die 44 eingelangten Stellungnahmen wurden im Rahmen der Arbeitsgruppe „Vergabe“ analysiert und folgende Hauptpunkte identifiziert: Wunsch nach vereinfachten Verfahren im Unterschwellenbereich, Erhöhung der Schwellenwerte, Zulässigkeit mehrerer Angebote im Bereich der Direktvergabe, kurze Fristen im Unterschwellenbereich, Ausdehnung des Regimes der Eigenerklärung.

Im Rahmen der Arbeitsgruppe wurden insbesondere folgende Erleichterungen für den Unterschwellenbereich diskutiert:

1. Bei den im Unterschwellenbereich bis 60 000 Euro zulässigen Verfahren ohne Bekanntmachung soll die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung beseitigt werden (vgl. etwa die vorgeschlagenen Änderungen zu § 131 Abs. 2 Z 2).

2. Der Auftraggeber soll im Unterschwellenbereich frei zwischen den Verfahrensarten mit vorheriger Bekanntmachung wählen können (vgl. etwa den vorgeschlagenen § 38 Abs. 1).

3. Bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro soll ein weitgehend formloses, jedoch mit Transparenzmechanismen ausgestattetes Verfahren (als Ersatz für die gemäß der SchwellenwertVO 2009 erweiterte Möglichkeit der Direktvergabe) zur Verfügung gestellt werden (vgl. die vorgeschlagenen §§ 41a und 201a - Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung).

4. Der Nachweis der Eignung soll für den Unterschwellenbereich insofern weiter vereinfacht werden, als der Auftraggeber bei Vorliegen einer Eigenerklärung unabhängig vom Wert des Auftrages grundsätzlich nicht verpflichtet ist, vom Zuschlagsempfänger weitere Eignungsnachweise zu verlangen (vgl. dazu etwa die vorgeschlagene Änderung des § 70 Abs. 3).

5. Bei Standardleistungen soll die Möglichkeit zur Verkürzung der Angebots- und Teilnahmefristen bestehen (vgl. etwa den vorgeschlagenen § 67 erster Satz).

1.2. Mit Erkenntnis vom 30. September 2010, Rs C-314/09, hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass eine nationale Regelung, die den Schadenersatzanspruch wegen Verstoßes eines (öffentlichen) Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, unionsrechtswidrig ist. In diesem Sinn soll das BVergG angepasst werden.

1.3. Die Novelle soll zum Anlass genommen werden, die Bezeichnungen des Gesetzes an die neue Terminologie nach dem Vertrag von Lissabon anzupassen. Darüber hinaus soll aus Gründen des besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit die Freistellungsentscheidung der Kommission betreffend bestimmte Dienstleistungen im Postsektor (vgl. dazu den Beschluss 2010/142/EU der Kommission) in den Gesetzestext aufgenommen werden.

2. Abstimmung mit den Ländern:

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

3. Regelungstechnik:

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

4. Finanzielle Auswirkungen und Auswirkungen auf Verwaltungslasten:

4.1. Hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen des Vorhabens im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ist einleitend auf die Studie der Europäischen Kommission „Public Procurement in Europe – Cost and effectiveness“ von März 2011 zu verweisen (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_de.htm). Diese Studie bildet – zusammen mit diversen anderen Studien im Auftrag der Kommission – die Grundlage für die Abschätzung der Auswirkungen der Vergaberichtlinien in Europa (Impact Assessment) und stellt die Basis für die in Aussicht genommene Überarbeitung der Vergaberichtlinien dar. Diese Studie ist insofern relevant, da sie (erstmals) Datenmaterial zu den Kosten von Vergabeverfahren auch für Österreich enthält. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Studie naturgemäß allein den sog. Oberschwellenbereich untersuchte und grundsätzliche keine Aussagen zum Unterschwellenbereich enthält. Trotzdem können aus den Ergebnissen gewisse Schlussfolgerungen für den Unterschwellenbereich abgeleitet werden.

Die Studie enthält insbesondere folgende (für Österreich relevante) Daten:

Legt man den Kosten den Personalaufwand pro Verfahren zu Grunde, so erfordert ein Vergabeverfahren in Österreich durchschnittlich 123 (Personen)Tage. Davon entfallen 19 Tage auf die Auftraggeberseite und 20 Tage auf die Unternehmerseite (letztere muss mit dem Durchschnittswert von 5,2 Angeboten pro Verfahren in Österreich multipliziert werden). Dies führt (unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Lohnsatzes - gemäß den Angaben von Eurostat - pro Tag in Österreich von 255 €) zu durchschnittlichen Gesamtkosten von 31.365.- € (an anderer Stelle der Studie hingegen zu durchschnittlichen Gesamtkosten von 38.500.- €) für ein Vergabeverfahren in Österreich (für Auftraggeber und für alle teilnehmenden Unternehmer bei Verfahren im Oberschwellenbereich). Das Kostenverteilungsverhältnis zwischen Auftraggebern und Unternehmern beträgt ca. 1:5.

Hinsichtlich der Verfahrenstypen ergibt sich folgendes generelles Bild: offene Verfahren führen grundsätzlich zu niedrigeren Kosten für Auftraggeber und Unternehmer. Nicht-offene Verfahren sind vergleichsweise teurer (30% teurer als das offene Verfahren), insbesondere für die Auftraggeberseite (aufgrund des zweistufigen Verfahrens). Verhandlungsverfahren weisen grundsätzlich ähnliche Gesamtkosten auf wie offene Verfahren, jedoch sind die Kosten für die Unternehmer 30% höher als beim offenen Verfahren (daraus folgt, dass die Kosten für die Auftraggeberseite entsprechend niedriger ausfallen).

Hinsichtlich des Auftragstyps (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen) kommt die Studie zu folgendem Ergebnis: Bauaufträge sind besonders teuer für die Auftraggeberseite (ca. 50% höhere Kosten als die durchschnittlichen Kosten eines Verfahrens), sind aber auch für die Unternehmerseite teurer als die durchschnittlichen Kosten eines Verfahrens. Grundsätzlich liegen die Gesamtkosten für Bauaufträge ca. 70% über den durchschnittlichen Gesamtkosten von Verfahren. Die Gesamtkosten für Dienstleistungsaufträge entsprechen grundsätzlich den durchschnittlichen Gesamtkosten, Lieferaufträge sind hingegen billiger (ca. 25%) als die durchschnittlichen Gesamtkosten. Die Studie weist jedoch auch darauf hin, dass die Kosten für die Vergabe komplexer Dienstleistungen besonders hoch sind.

Die Studie kommt ferner zum Ergebnis, dass nur eine geringe Korrelation zwischen den Kosten eines Vergabeverfahrens und dem (geschätzten) Auftragswert besteht (ausgenommen hiervon ist der Bereich von Aufträgen mit Auftragswerten weit über 5 Mio. €). So weist die Studie insbesondere kaum Differenzen zwischen den Kosten von Aufträgen (Losen) über 50.000.- € und 400.000.- € auf. Im Bereich eines Auftragswertes von 125.000.- € (Schwellenwert für Auftraggeber gemäß Anhang V des BVergG) können die Kosten sogar zwischen 18 und 29% des Auftragswertes liegen.

Insgesamt betragen in Österreich die Kosten für Beschaffungen laut Studie ca. 1,9% des Gesamtbeschaffungsvolumens. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Kosten ausschließlich oder zu einem großen Teil auf die Richtlinien bzw. das BVergG 2006 zurückzuführen sind. Laut Studie ist der Anteil der (nicht quantifizierten) Sowieso - Kosten sehr hoch und lediglich 0,2% des geschätzten Auftragswertes sind als Kosten auf die Regelungen der Richtlinien zurückzuführen (eine separate Auswertung für die einzelnen Mitgliedstaaten enthält die Studie nicht).

Aus diesen Daten lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen: Durch die Möglichkeit im Bereich der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung die Zahl der Teilnehmer begrenzen zu können (der Auftraggeber kann nur ein Angebot einholen; in der Praxis wird jedoch oft intern die Einholung von einem oder zwei weiteren Vergleichsangeboten zur Einschätzung der Preisangemessenheit gefordert), sinken die durchschnittlichen Gesamtkosten eines Vergabeverfahrens (diese Auswirkung ist jedoch fast ausschließlich auf die Unternehmerseite beschränkt). Im Bereich der geistigen Dienstleistungen kann dies jedoch (da hier die Zulässigkeit eines Verfahrens mit einem Unternehmer aufgrund der unverhältnismäßigen Transaktionskosten fast immer anzunehmen ist) zu einer signifikanten Kostensenkung auf Auftraggeber- wie auch Unternehmerseite führen. Geht man davon aus, dass die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung in der Praxis ähnlich wie ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, dann ist zu erwarten, dass die Kosten der Auftraggeberseite geringer anzusetzen sind als jene der Unternehmerseite. Zusammenfassend kann daher gefolgert werden, dass durch die kombinierten Möglichkeiten und Effekte des neuen Verfahrens wesentliche Einsparungen auf Auftraggeberseite und

Unternehmerseite zu erwarten sind. Eine Quantifizierung ist jedoch mangels österreichspezifischen Datenmaterials nicht möglich.

Ebenso sind weitere Einsparungseffekte durch die vorgeschlagene freie Wahl des Vergabeverfahrens für den klassischen Bereich zu erwarten (für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bestand diese Wahlfreiheit schon bisher). Geht man davon aus, dass Bauaufträge zukünftig entweder im offenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren vergeben werden, so kann dies zu den in der Studie aufgezeigten Effekten führen. Da nicht vorhergesagt werden kann, wie sich das Beschaffungsverhalten der Auftraggeber entwickeln wird (Tendenz zu Verhandlungsverfahren oder Beibehalten des Grundsatzes des offenen Verfahrens), können keine näheren Einschätzungen getroffen werden.

Die Möglichkeit der Fristverkürzung bei standardisierten Leistungen kann ebenfalls zu Einsparungen (vor allem auf Unternehmerseite) führen. Auch diesbezüglich ist jedoch mangels Datenmaterial und nicht vorhersehbarer Entwicklung des Auftraggeberverhaltens eine nähere Einschätzung nicht möglich. Gleiches gilt für die Vereinfachungen im Zusammenhang mit der Erstellung von Vergabevermerken und bei der vertieften Angebotsprüfung.

Die vorgeschlagene Verpflichtung zur Einrichtung zentraler elektronischer Publikationsplattformen für Bund und Länder wird insbesondere zu Kosten bei jenen Ländern führen, die derartige Plattformen noch nicht betreiben. Für den Bund erwachsen diesbezüglich keine zusätzlichen Kosten, da eine derartige Plattform in Form der on-line Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers (vgl. dazu die Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl II Nr. 300) bereits besteht. Die Kosten für die Errichtung einer derartigen Plattform variieren stark (insbesondere abhängig von den Funktionalitäten und abhängig davon welche technische Lösung – stand alone oder Integration in bereits bestehende Systeme) und hängen von den diesbezüglichen Festlegungen der betroffenen Länder ab, sodass dazu keine näheren Angaben gemacht werden können. Weitere Kosten können durch die neu eingeführten Publikationsverpflichtungen (ex ante und ex post) im Zusammenhang mit der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung entstehen, falls das Publikationsorgan ein entsprechendes Entgelt einheben sollte. Abhängig von der Höhe des Entgeltes (derzeit verlangt etwa die Wiener Zeitung pro Bekanntmachung im Unterschwellenbereich 85.- €) und von der Anzahl dieser Verfahren sind jedenfalls nicht unbeachtliche unmittelbare Mehrkosten zu erwarten. Für den Bereich des Bundes ist festzuhalten, dass derzeit die PublikationsmedienVO 2006 noch keine Verpflichtung zur Einschaltung in der on-line Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers enthält. Im Rahmen einer allfälligen Anpassung der Verordnung werden jedenfalls Gespräche über die Höhe der Einschaltungspreise zu führen sein. Durch die Publizität der Vergaben (insbesondere daher bei der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung) werden, ausgelöst durch den intensiveren Wettbewerb, auch Einsparungseffekte eintreten. Laut der oben zitierten Studie der Kommission führt bereits allein das Faktum der Veröffentlichung eines Vergabeverfahrens dazu, dass eine Kostenreduktion von 1,2% (berechnet vom geschätzten Auftragswert) stattfindet (dieses für den Oberschwellenbereich ausgewiesene Ergebnis ist auch für den Unterschwellenbereich zutreffend; aufgrund des tendenziell sogar höheren Wettbewerbes im hier interessierenden Bereich [Teilnahme von Klein- und Mikrounternehmen] könnte die durchschnittliche Kostenreduktion sogar höher ausfallen). Dies hätte – auf der Basis der derzeitigen Publikationspreise – für den Bundesbereich (im Bereich der „klassischen“ Auftragsvergabe) die Konsequenz, dass den Kosten einer Einschaltung (85.- €) zu erwartende Einsparungseffekte von zumindest 480.- € gegenüber stehen würden (dies folgt aus der Überlegung, dass im Bereich der Direktvergabe gemäß § 41 eine Publikation de facto nur in Einzelfällen erfolgen wird). Wird eine Publikation noch mit einem besonders wettbewerbsintensivem Verfahren kombiniert (etwa einem Verfahren ohne Verhandlungen in Anlehnung an ein offenes Verfahren) so sind weitere Kostenreduktionen zu erwarten (laut Studie der Kommission führt die Durchführung eines offenen Verfahrens für sich bereits zu einem Einsparungseffekt von 2,6% des geschätzten Auftragswertes; bei nicht-offenen verfahren beträgt dieser Wert 2,5%). Da weder die allfällig eingehobenen Vergütungen für die Publikationen, noch die Anzahl der davon betroffenen verfahren eingeschätzt werden kann, noch das Verhalten der Auftraggeber (insbesondere welche Verfahrensstruktur letztlich gewählt wird) absehbar sind, ist eine nähere Einschätzung der zu erwartenden Effekte nicht möglich.

Aufgrund der Publikationen im Zusammenhang mit der Durchführung einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung ist ein Ansteigen der Anzahl der Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren (im Vergleich zur bisherigen Situation unter dem Regime der SchwellenwertVO 2009) wahrscheinlich. Die Anzahl der Verfahren hängt jedoch fast ausschließlich davon ab, ob die Auftraggeber offenkundige Fehler vermeiden können oder nicht. Da das Verfahren selbst (fast) völlig frei strukturierbar ist, können lediglich gröbste Verstöße gegen vergaberechtliche Grundsätze in Verfahren vor den Nachprüfungsbehörden releviert werden. Auch diesbezüglich sind Einschätzungen (Quantifizierungen) mangels Datenmaterial und Kenntnis des (zukünftigen) Verhaltens der Auftraggeber nicht möglich.

In der Novelle wird die Ausdehnung des Regimes der Eigenerklärung auf den gesamten Unterschwellenbereich vorgeschlagen. Die Änderungen im Bereich der Eignungsprüfung können auch auf Auftraggeberseite und damit im Bereich der öffentlichen Haushalte zu Entlastungen führen. Die Vorlage von Eignungsnachweisen zieht einen gewissen Prüfungsaufwand nach sich, der bei der Vorlage einer bloßen Eigenerklärung jedenfalls geringer ausfallen wird. Da keine seriösen Schätzungen darüber vorliegen,

welche Belastungen auf Seiten des Auftraggebers derzeit aus der Prüfung der Eignung der Bewerber und Bieter resultieren, können auch die – durch die vorgeschlagene Erleichterung eintretenden – Entlastungen nicht quantifiziert werden.

4.2. Im Rahmen des Erhebungsprojekts Verwaltungskostenreduktion für Unternehmen aus gesetzlichen Informationsverpflichtungen (SKM) wurde die Vorlage von Eignungsnachweisen als erheblicher Kostenfaktor für Unternehmen identifiziert. Der Nachweis der Befugnis sowie der beruflichen Zuverlässigkeit verursachte gemäß einer 2007 durchgeführten Studie von Roland Berger im Auftrag des Bundeskanzleramtes demnach Verwaltungslasten in der Höhe von 9.337.671,99 Euro pro Jahr, der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Verwaltungslasten in der Höhe von 1.616.253,11 Euro pro Jahr und der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Verwaltungslasten in der Höhe von 11.948.287,52 Euro pro Jahr. Diese Verwaltungslasten wurden durch die Einführung der Eigenerklärung mit der Novelle zum BVergG 2006, BGBl. I Nr. 15/2010, bereits um 12.336.132,72 Euro reduziert.

Durch die nunmehr vorgeschlagene Regelung, wonach das System der Eigenerklärung auf den gesamten Unterschwellenbereich ausgedehnt werden soll (Unternehmer können somit ihre Eignung in Hinkunft im Unterschwellenbereich grundsätzlich durch die bloße Vorlage von Eigenerklärungen belegen), werden die Verwaltungslasten im Bereich der Eignungsnachweise weiter reduziert. Durch die Anhebung der Schwellenwerte, ab deren Erreichen vom Zuschlagsempfänger jedenfalls die Nachweise vorzulegen sind, kann nämlich – im Vergleich zur Rechtslage nach der Novelle 2010 – eine weitere Reduktion der betroffenen Unternehmen von geschätzten 30% angenommen werden. Auf Grundlage dieser Annahme und ausgehend von den bei der Basiserhebung des SKM-Projekts ermittelten Zahlenwerten werden durch die vorgeschlagenen Änderungen die Verwaltungslasten im Bereich der Eignungsnachweise um ca. 3.169.823 Euro reduziert.

Gemäß der SKM-Basiserhebung 2007 verursacht weiters die Aufklärung über die Angemessenheit der Preise im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 5 bzw. § 268 Abs. 3 sowie die Aufklärung bei Mangelhaftigkeit des Angebotes gemäß § 126 Abs. 1 Verwaltungslasten in der Höhe von insgesamt 580.689,65 Euro. Davon entfallen auf den Unterschwellenbereich 389.039,11 Euro. Da diese Informationsverpflichtung mit der vorgeschlagenen Änderung im Unterschwellenbereich zur Gänze entfällt, werden die Verwaltungslasten in diesem Bereich um 389.039,11 Euro reduziert.

Durch die vorgeschlagenen Änderungen erfolgt daher insgesamt eine Reduktion der Verwaltungslasten um 3.558.863,11 Euro.

5. Sonstige Auswirkungen:

Keine.

6. Kompetenzgrundlage:

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung dieses Gesetzes ergibt sich aus Art. 14b Abs. 1 B-VG.

7. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

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

Besonderer Teil

Zu Z 1 und 2 (Inhaltsverzeichnis):

Durch das Einfügen von § 41a und § 201a sowie die Neufassung der §§ 337 und 338 sind redaktionelle Anpassungen im Inhaltsverzeichnis erforderlich.

Zu Z 3 (§ 2 Z 10):

Die Definition der Ausschreibung wird um die Information über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung ergänzt. Damit ist gewährleistet, dass ein Unternehmer auch bei einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 die Feststellung beantragen kann, dass der Zuschlag rechtswidriger Weise nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Zur Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung siehe ferner die Erläuterungen zu den Z 4, 12 und 17.

Zu Z 4 (§ 2 Z 16 lit. a sublit. oo):

Die neue sublit. oo normiert als gesondert anfechtbare Entscheidungen bei einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung sowie die weiteren Unterlagen über die zu vergebende Leistung und den weiteren Verfahrensablauf gemäß § 41a Abs. 3 Z 3. Neben der Wahl des Vergabeverfahrens (die auch bei der „klassischen“ Direktvergabe gesondert anfechtbar ist) sind dies daher sämtliche Festlegungen über das weitere Verfahren, die der Auftraggeber in der Bekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen trifft (insbesondere auch die vom Auftraggeber gemäß § 41a Abs. 4 festgelegten

Kriterien, anhand derer die Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird).

Nach der Ausschreibung ist keine gesondert anfechtbare Entscheidung mehr vorgesehen (so gibt es bei der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung insbesondere auch keine Zuschlagsentscheidung, die angefochten werden könnte). Verstößt der Auftraggeber im weiteren Verfahren gegen die vom ihm festgelegten objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien gemäß § 41a Abs. 4, kann ein Unternehmer nach Zuschlagserteilung gemäß § 331 Abs. 1 Z 1 die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde.

Zur Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung siehe ferner die Erläuterungen zu den Z 3, 12 und 17.

Zu Z 5 (§ 2 Z 19, Anhang IX A. Z 19 und 22, B. Z 17 und 20 und C. Z 16, 18 und 21, Anhang XI A. I. Z 4, Anhang XII I. in der Überschrift und Z 4 lit. b, Anhang XIII Z 15, Anhang XIV Z 11 und Anhang XVI Z 1 lit. a bis c), 6 (§ 10 Z 4 und 5), 7 (§§ 11 zweiter Satz, 19 Abs. 1 erster Satz, 141 Abs. 2 erster Satz, 145 Abs. 1 erster Satz, 177 zweiter Satz, 178 Abs. 1 zweiter Satz, 187 Abs. 1 erster Satz und 280 Abs. 2 erster Satz), 21 (Überschriften zu den §§ 49, 50, 210 und 211), 30 (§§ 77 Abs. 2 erster Satz, 234 Abs. 2 zweiter Satz, 312 Abs. 2 Einleitungssatz, 312 Abs. 3 Z 1, 312 Abs. 4 Z 1, 331 Abs. 1 Z 1, 2, 3, und 5, 336 Abs. 1 und 341 Abs. 2 Z 1, 2, 3 und 5), 31 (§ 80 Abs. 4 zweiter Satz, Abs. 5 zweiter Satz und Abs. 6 dritter Satz, § 237 Abs. 4 zweiter Satz, Abs. 5 zweiter Satz und Abs. 6 dritter Satz, Überschrift zu § 351, § 351 Einleitungssatz, § 80 Abs. 4 dritter Satz, Abs. 5 dritter Satz und Abs. 6 vierter Satz, § 237 Abs. 4 dritter Satz, Abs. 5 dritter Satz und Abs. 6 vierter Satz), 33 (§§ 98 Abs. 2 und 247 Abs. 4), 42 (§ 175 Z 4), 44 (§§ 179 Abs. 2 Z 1 und 334 Abs. 3), 56 (§ 270 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 dritter Satz), 59 (§ 293 Abs. 1), 61 (§ 336 Abs. 3), 64 (§ 341 Abs. 3 erster Satz), 68 (§ 349 Abs. 2 erster Satz) und 70 (Anhang XII II. Z 16 und Anhang XVIII in der Überschrift):

Die Bezeichnungen im Bezug auf die Europäische Union bzw. Unionsrecht werden an die neue Terminologie nach dem Vertrag von Lissabon angepasst.

Zu Z 8 (§ 14 Abs. 2):

Mit der Änderung wird ein Umsetzungsfehler im ersten Satz korrigiert (vgl. dazu den Wortlaut von Art. 9 Abs. 4 der RL 2004/18/EG). Der zweite Satz wird sprachlich angepasst.

Hingewiesen wird darauf, dass eine entsprechende Änderung für den Sektorenbereich auf Grund der Rechtslage auf Unionsebene (vgl. Art 17 Abs. 4 der RL 2004/17/EG) nicht erforderlich ist.

Zu Z 9 (§§ 18 Abs. 1 und 186 Abs. 1):

Die Verordnungsermächtigungen werden sprachlich vereinfacht sowie insofern erweitert, als eine Festsetzung anderer Schwellen- oder Loswerte nunmehr auch zulässig ist, wenn dies im Interesse einer wirtschaftlicheren Vorgangsweise bei der Vergabe von Aufträgen zweckmäßig ist: etwa zur Adaption der Schwellen- oder Loswerte im Unterschwellenbereich an die Inflation, Anpassung von Schwellenwerten, um vereinfachte Verfahren zuzulassen um die Transaktionskosten in ökonomisch vertretbaren Relationen zu halten. Weiters werden die jeweiligen Schwellenwerte für die neu eingeführte Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung aufgenommen.

Zu Z 10 (§ 25 Abs. 1) und Z 45 (§ 192 Abs. 1):

Die Aufzählung der Verfahrensarten wird um die nunmehr neu eingeführte Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung ergänzt (vgl. den vorgeschlagenen § 41a bzw. § 201a).

Zu Z 11 (§ 25 Abs. 10) und Z 46 (§ 192 Abs. 9):

Bei der Direktvergabe ist es nunmehr zulässig, zum Zwecke der Markterkundung Angebote einzuholen (die Einholung von unverbindlichen Preisauskünften war bereits bisher zulässig, vgl. § 41 Abs. 3 bzw. § 201 Abs. 3). Ein Zwang dies zu tun, besteht freilich nicht (arg. „gegebenenfalls“). Damit soll dem Bestreben der Praxis Rechnung getragen werden, auch bei kleinen Aufträgen Vergleichsangebote einholen zu können, ohne damit sofort ein förmliches Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Es kann auch lediglich ein Angebot eingeholt werden. Das Wesen der Direktvergabe als formloses Vergabeverfahren wird durch diese Neuerung nicht verändert. Es bleibt Auftraggebern aber unbenommen, intern entsprechende (abweichende) Festlegungen zu treffen (insbesondere ab welchen Werten mehrere bzw. eine bestimmte Mindestanzahl von Angeboten/Preisauskünften einzuholen sind).

Zu Z 12 (§ 25 Abs. 11) und Z 47 (§ 192 Abs. 10):

§ 25 Abs. 11 und § 192 Abs. 10 enthalten die Definition der neuen Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung. Es handelt sich dabei um ein eigenes, von der „klassischen“ Direktvergabe gemäß § 25 Abs. 10 bzw. § 192 Abs. 9 verschiedenes Verfahren. Wie auch aus dem Titel („Direktvergabe“) erkennbar ist, handelt es sich um ein formloses Verfahren, das heißt es wird eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

Die Formulierung „nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten“ stellt klar, dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, wie viele Angebote er einholen möchte. Er kann – ohne weitere Begründung – auch nur ein Angebot einholen (etwa nach einer Bewerberauswahl ausschließlich nach Referenzen). Es bleibt dem Auftraggeber freilich unbenommen, intern einen bestimmten Auftragswert festzulegen, ab dem eine bestimmte Anzahl von Angeboten jedenfalls eingeholt werden muss. Im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu Z 17 verwiesen.

Zu Z 13 (§ 31 Abs. 2):

Eine elektronische Auktion war bisher im Fall der Durchführung eines Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich gemäß § 38 Abs. 1 nicht zulässig. Mit der vorgeschlagenen Änderung wird § 31 Abs. 2 um diese Möglichkeit ergänzt.

Zu Z 14 (§ 37) und 15 (§ 38):

Der EuGH hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung, eine Verpflichtung zur Transparenz beinhalten. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Das völlige Fehlen einer Ausschreibung steht daher mit den Grundsätzen des Unionsrechts nicht im Einklang (vgl. dazu etwa das Urteil in der Rs C-324/98, Telaustria, oder das Urteil in der Rs C-458/03, Parking Brixen). Diese Verpflichtung zur ex ante Transparenz, dh zur vorherigen Ausschreibung einer geplanten Auftragsvergabe, besteht nach der Judikatur des EuGH auch für wertmäßig kleine Aufträge (vgl. dazu das Urteil in der Rs C-220/06, AP, vom 18.12.2007), wobei jedoch stets eine Einzelfallbeurteilung hinsichtlich des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses zu erfolgen hat (so EuGH Rs C-507/03, Kommission/Irland, verb Rs C-147/06 und C-148/06, SECAP).

Im Lichte dieser Judikatur müssen die Schwellenwerte für das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung sowie das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gesenkt werden.

Um eine verstärkte Bürokratisierung des Unterschwellenbereiches zu vermeiden, werden im Gegenzug – neben punktuellen Vereinfachungen etwa bei der Eignungsprüfung oder bei den Fristen – insbesondere folgende Erleichterungen geschaffen:

1. Bei den im Unterschwellenbereich bis 60 000 Euro zulässigen Verfahren ohne Bekanntmachung wird die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung aufgehoben (vgl. die vorgeschlagenen Änderungen zu § 131 Abs. 2 Z 2).
2. Der Auftraggeber kann im Unterschwellenbereich frei zwischen den Verfahrensarten mit vorheriger Bekanntmachung wählen (vgl. den vorgeschlagenen § 38 Abs. 1).
3. Bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro steht mit der neuen Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung parallel ein weitgehend formloses Verfahren zur Verfügung (vgl. den vorgeschlagenen § 41a).

Allgemein ist zu den §§ 37 und 38 auf die Erläuterungen in 1171 BlgNR XXII. GP, 127 BlgNR XXIII. GP und 327 BlgNR XXIV. GP hinzuweisen.

Zu § 37: Im Lichte der vorzitierten Rechtsprechung des EuGH wird der Schwellenwert für das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung einheitlich für alle Auftragsarten mit 60 000 Euro festgesetzt.

Zu § 38: Gemäß der Neuregelung des Abs. 1 können alle Aufträge im Unterschwellenbereich auch im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Der bisherige Primat des offenen und des nicht offenen Verfahrens nach vorheriger Bekanntmachung ist im Unterschwellenbereich – im Gegensatz zum Oberschwellenbereich – europarechtlich nicht zwingend erforderlich und soll daher zugunsten einer Flexibilisierung des vergaberechtlichen Regimes im Unterschwellenbereich aufgegeben werden. Der Auftraggeber kann nunmehr im gesamten Unterschwellenbereich frei zwischen den Verfahrensarten mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Diese Neuregelung der Verfahrenswahl im Unterschwellenbereich entspricht damit der geltenden Rechtslage für die Verfahrenswahl für Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich.

In Abs. 2 Z 1 wird in Umsetzung der bereits zitierten Rechtsprechung des EuGH zum Transparenzgebot der Schwellenwert für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einheitlich für alle Auftragsarten mit 60 000 Euro festgesetzt.

Abs. 2 Z 3 (ex Z 4) wird sprachlich an das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl. I Nr. 29/2010, angepasst. Der Begriff Insolvenzverfahren umfasst als Oberbegriff sowohl Sanierungs- und Konkursverfahren.

Bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer gemäß Abs. 3 wird eine ex post Bekanntmachungsverpflichtung eingeführt. Spätestens 20 Tage nach Zuschlagerteilung hat der Auftraggeber den nach dieser Bestimmung vergebenen Auftrag im jeweiligen – von der Bundesregierung oder der jeweiligen Landesregierung festgelegten – zentralen Publikationsorgan gemäß § 55 Abs. 2 bekannt zu machen.

Abs. 3 regelt weiters die Mindestinhalte dieser Bekanntmachung. Beim Gesamtpreis handelt es sich um die Auftragssumme ohne Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit a bzw. d).

Zu Z 16 (§ 41) und Z 48 (§ 201 Abs. 1 und 3 bis 5):

§ 41 Abs. 1 enthält wie bisher eine abschließende Aufzählung aller für die Direktvergabe geltenden Bestimmungen. Neu eingefügt wurde § 18 Abs. 1 (Verordnungsermächtigung des Bundeskanzlers zur Änderung der Schwellen- oder Loswerte) und § 19 Abs. 2 bis 4. Zusätzlich zu den bereits bisher geltenden Grundsätzen des Abs. 1 gelten daher der Grundsatz der völkerrechtlich zulässigen unterschiedlichen Behandlung von Drittstaatangehörigen, das Verbot der gebietsmäßigen Beschränkung oder der Beschränkung der Teilnahme auf einzelne Berufsstände sowie der Grundsatz, dass Vergabeverfahren nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu Vergabe zu bringen. Das Wesen der Direktvergabe als formloses Verfahren wird durch die nunmehr ausdrückliche Geltung dieser Grundsätze nicht verändert.

Wie bereits schon zur Stammfassung hingewiesen wurde (vgl. dazu 1171 BlgNR XXII. GP), enthält § 41 bzw. § 201 eine Ermächtigung für Auftraggeber bei Vorliegen der einschlägigen Tatbestandsvoraussetzungen das vereinfachte Verfahren der Direktvergabe durchführen zu können (aber nicht zu müssen; vgl. dazu auch den Wortlaut in Abs. 2 „ist nur zulässig“). Im Licht der ständigen Rechtsprechung des EuGH hat jedoch der Auftraggeber, der eine Direktvergabe durchführen möchte, jedenfalls zu prüfen, ob nicht aufgrund der Umstände des Einzelfalles eine Direktvergabe (ohne vorherige Transparenz) ausnahmsweise nicht doch unzulässig wäre. Falls das konkrete Vorhaben (trotz seines geringen Auftragswertes) potentiell für Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein könnte, dann besteht nach der Judikatur eine Verpflichtung zur (ex ante) Transparenz (vgl. dazu etwa Rs C-507/03, Kommission/Irland, verb Rs C-147/06 und C-148/06, SECAP). Als Kriterien zur Beurteilung des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses hat der EuGH in seiner bisherigen Judikatur den (geschätzten) Auftragswert, den Ort der Leistungserbringung bzw. –nutzung und die (technische) Besonderheit der Leistung angeführt (vgl. dazu verb Rs C-147/06 und C-148/06, SECAP, Rs C-347/06, ASM Brescia). Als Faustregel kann für die Beurteilung des (potentiellen) grenzüberschreitenden Interesses herangezogen werden: je höher der Wert, je näher der Leistungs- oder Nutzungsort an einer (Staats)Grenze und je spezifischer der Auftragsgegenstand desto eher besteht ein grenzüberschreitendes Interesses. Melden sich „ausländische“ Unternehmen bei einem Auftraggeber hinsichtlich eines bestimmten Auftrages oder wurde – freiwillig eine EU weite Bekanntmachung geschaltet, dann nimmt der EuGH jedenfalls ein grenzüberschreitendes Interesse an (vgl. Rs C-226/09, Kommission gegen Irland).

Abs. 2 Z 1 enthält den bisherigen – d.h. vor der befristet erlassenen Schwellenwerteverordnung 2009 geltenden – Schwellenwert für die Direktvergabe von 40 000 Euro.

Abs. 2 Z 2 enthält eine Neuregelung der Direktvergabe von aus Unionsmitteln kofinanzierten Projekten. Die Neuformulierung soll sicherstellen, dass die Direktvergabe auf Grund dieser Bestimmung nur dann zulässig ist, wenn die Entscheidung über die Auswahl des Projektes (eigentlich: des Projektwerbers) durch ein transnationales Lenkungsgremium oder durch ein Gremium, in dem mehrere Mitgliedstaaten vertreten sind, erfolgt (oder das Projekt von der Kommission ausgewählt wurde). Die bloße Einrichtung eines transnationalen Gremiums oder die bloße Beteiligung mehrerer Mitgliedstaaten an dem Projekt reicht dazu nicht aus.

Abs. 3 wird im Lichte der Neuregelung des § 25 Abs. 10 (Definition der Direktvergabe) insofern ergänzt, als auch die gegebenenfalls eingeholten Angebote entsprechend dokumentiert werden müssen. Es wird auf die Erläuterungen zu Z 11 verwiesen.

Abs. 4 wird sprachlich an das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl. I Nr. 29/2010, angepasst. Der Begriff Insolvenzverfahren umfasst als Oberbegriff Sanierungs- und Konkursverfahren.

In § 201 werden die Bestimmungen für den Sektorenbereich entsprechend geändert.

Zu Z 17 (§ 41a):

Mit der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung soll ein neues Verfahren geschaffen werden, das die Vorteile einer möglichst formfreien Vergabe mit der – auch schon bei wertmäßig kleinen Aufträgen – unionsrechtlich gebotenen Transparenz verbindet.

Der EuGH hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung, eine Verpflichtung zur Transparenz beinhalten. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Das völlige Fehlen einer Ausschreibung steht daher mit den Grundsätzen des Unionsrechts nicht im Einklang (vgl. dazu etwa das Urteil in der Rs C-324/98, Telaustria oder das Urteil in der Rs C-458/03, Parking Brixen). Diese Verpflichtung zur ex ante Transparenz, dh zur vorherigen Ausschreibung einer geplanten Auftragsvergabe, besteht nach der Judikatur des EuGH auch für wertmäßig kleine Aufträge (vgl. dazu das Urteil in der Rs C-220/06, AP, vom 18.12.2007), wobei jedoch stets eine Einzelfallbeurteilung hinsichtlich des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses zu erfolgen hat (so EuGH Rs C-507/03, Kommission/Irland, verb Rs C-147/06 und C-148/06, SECAP). Für Aufträge bis 100 000 Euro wird mit der Möglichkeit der Direktvergabe nach

vorheriger öffentlicher Markterkundung dieser Judikatur Rechnung getragen (vgl. dazu auch die Ausführungen zu § 41 und §201).

Mit § 41a sind sämtliche Bestimmungen, die für die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung gelten, in einem Paragraphen zusammengefasst. Abs. 1 enthält eine taxative Aufzählung der Bestimmungen, die bei einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markerkundung anzuwenden sind. Für die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung gelten somit (neben den Regelungen des § 41a selbst) der 1. Teil (Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen), die Definition des Auftraggebers (§ 3 Abs. 1), die Definition der Auftragsarten (§§ 4 bis 6), die Abgrenzungsregelungen (§ 9), die Ausnahmen vom Geltungsbereich (§ 10), die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 13 bis 16), die Verordnungsermächtigung des Bundeskanzlers zur Änderung der Schwellenwerte (§ 18 Abs. 1), die Grundsätze des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs. 1 bis 4), die Definition der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung in § 25 Abs. 11, die Dokumentationsverpflichtung gemäß § 42 Abs. 3 sowie der 4. bis 6. Teil (Rechtsschutz, außerstaatliche Kontrolle und zivilrechtliche Bestimmungen, Straf-, Schluss und Übergangsbestimmungen).

Abgesehen von diesen Bestimmungen ist das Verfahren der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung frei gestaltbar. Es handelt sich um eine „Direktvergabe“, die zwar mit Transparenzvorschriften angereichert ist, aber dennoch ein weitgehend formfreies Verfahren für kleine Aufträge darstellen soll. Es liegt daher im Ermessen des Auftraggebers, das Verfahren einstufig oder zweistufig zu gestalten, mit den Bietern zu verhandeln oder auch im Laufe des Verfahrens die Anzahl der Bieter zu reduzieren. Eingeschränkt wird dieses Ermessen des Auftraggebers durch die Verpflichtung des Abs. 4, wonach der Auftraggeber bereits zu Beginn festlegen muss, nach welchen Kriterien er die interessierten Unternehmer auswählen bzw. das erfolgreiche Angebot bestimmten möchte. Diese Festlegung ist den interessierten Unternehmern vorab bekannt zu geben (Abs. 3 Z 3). Hinzuweisen ist diesem Zusammenhang auch auf die Grundsätze des § 19, dessen Abs. 1 bis 4 auch für die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung gelten. Der Auftraggeber ist daher insbesondere auch an das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Diskriminierung gebunden.

Wie auch für die „klassische“ Direktvergabe gilt auch für die Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung ein eingeschränkter Rechtsschutz. Gesondert anfechtbare Entscheidungen (und damit einem Nachprüfungsverfahren zugänglich) sind bei der Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung lediglich die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung sowie die weiteren Informationen über die zu vergebende Leistung und den weiteren Verfahrensablauf (§ 3 Z 16 lit. a sublit. gg). Es ist insbesondere, da es sich um eine Direktvergabe handelt, keine Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung vorgesehen. Der Zuschlag kann daher nur ex post mittels Feststellungsantrag bekämpft werden.

§ 41a Abs. 2 ist als Ermächtigung an Auftraggeber zu verstehen, bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro die Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung in Anspruch nehmen zu können, aber nicht zu müssen (vgl. dazu schon die Ausführungen zu den §§ 41 und 201). Es wird in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Möglichkeit der Auftragsvergabe in einem Verhandlungsverfahren gemäß § 38 Abs. 1, in einem Verfahren ohne Bekanntmachung gemäß den §§ 37 und 38 Abs. 2 (bis zu einem Auftragswert von 60 000 Euro) und im Wege einer Direktvergabe gemäß § 41 (bis zu einem Auftragswert von 40 000 Euro) verwiesen. Es bleibt Auftraggebern auch unbenommen, intern einen niedrigeren Wert festzulegen, bis zu dem die Inanspruchnahme einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung zulässig wäre.

Gemäß Abs. 3 ist die beabsichtigte Vergabe eines Auftrags mittels Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung in dem vom Bundeskanzler bzw. der jeweiligen Landesregierung gemäß § 55 Abs. 2 festgelegten elektronischen Publikationsmedium bekannt zu machen. Die Mindestinhalte der Bekanntmachung sind in Abs. 3 angeführt; darüber hinaus gelten für die Bekanntmachung keine weiteren Vorschriften (insbesondere gilt auch nicht die Verpflichtung des § 55 Abs. 1 zur Verwendung des CPV).

Gemäß Abs. 3 Z 3 ist in die Bekanntmachung ein Hinweis aufzunehmen, wo und wann nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf eingesehen oder beschafft werden können. Verpflichtend festzulegen sind dabei gemäß Abs. 4 die Kriterien, anhand derer die Auswahl des bzw. der Unternehmer erfolgt und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird (siehe dazu auch die Erläuterungen zu Abs. 4). Der Auftraggeber kann darüber hinaus (freiwillig) weitere Festlegungen betreffend den Verfahrensablauf treffen (beispielsweise über in Aussicht genommene Verhandlungsrunden o.ä.).

Gemäß Abs. 4 hat der Auftraggeber objektive, nicht diskriminierende Kriterien festzulegen, anhand derer die Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird. Es wird hier bewusst auf die Verwendung der Begriffe „Auswahlkriterien“ und „Zuschlagskriterien“ verzichtet, da die diesbezüglichen Regelungen des BVergG 2006 sowie die strikte Trennung zwischen unternehmerbezogenen und angebotsbezogenen Kriterien bei der Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung nicht anwendbar sein sollen. Der Auftraggeber ist daher bei der Festlegung der genannten Kriterien weitgehend frei und nur an die Grundsätze des § 19 gebunden.

Der Auftraggeber kann das Verfahren seinen Bedürfnissen entsprechend ein- oder zweistufig gestalten. Er kann etwa (in einer Art „offenem Verfahren“) in der Bekanntmachung bzw. den Unterlagen gemäß Abs. 3 Z 3 sofort Angebote verlangen und dem billigsten/besten den Zuschlag erteilen (allenfalls nach weiteren Verhandlungen); er kann aber auch zunächst einen oder mehrere Unternehmer (etwa auf Grund von Referenzen oder etwa auch

„die ersten fünf“) auswählen und erst in einem zweiten Schritt Angebote einholen. Abweichend vom sonstigen System des Gesetzes bzgl. Auswahl- und Zuschlagskriterien können bei der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung auch schon bei der Auswahl der Unternehmer angebotsbezogene Kriterien (z.B. der Preis) herangezogen werden. Der Auftraggeber kann beispielsweise festlegen, dass die interessierten Unternehmer gleich in einem ersten Schritt Angebote legen sollen, um mit den Bietern der drei besten/billigsten Angebote zu verhandeln und in einem weiteren Schritt das beste/billigste Angebot auszuwählen. Der Auftraggeber kann die Anzahl der auszuwählenden Unternehmer dabei auch mit einer Maximalzahl festlegen.

Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Definition der Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung gemäß § 25 Abs. 11, wonach der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, mehrere Angebote einzuholen (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu § 25 Abs. 11). Es muss jedoch zumindest ein Angebot eingeholt werden, dem der Zuschlag erteilt werden kann.

Abs. 5 enthält die Verpflichtung des Auftraggebers, einen im Wege der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung vergebenen Auftrag binnen 20 Tagen bekannt zu machen. Die Bekanntmachung des vergebenen Auftrags erfolgt im gleichen Publikationsorgan, in dem bereits die beabsichtigte Vergabe des Auftrags bekannt gemacht wurde. Die Mindestinhalte dieser Bekanntmachung sind in Abs. 5 angeführt. Beim Gesamtpreis handelt es sich um die Auftragssumme ohne Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit a bzw. d).

Die Bestimmung des Abs. 5 hat die Konsequenz, dass Feststellungsanträge spätestens binnen sechs Wochen ab Bekanntmachung einzubringen sind (und nicht erst binnen sechs Monaten, vgl. § 332 Abs. 2).

Aus der Grundsatzbestimmung in Abs. 6, dass die Leistung nur an einen geeigneten Unternehmer vergeben werden darf, resultiert – wie auch bei der Direktvergabe gemäß § 41 – nicht, dass die Bestimmungen des 5. Abschnittes (Eignung der Unternehmer) anwendbar sind; auch ergibt sich daraus nicht, dass jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden muss. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der Auftraggeber (daher entscheidet auch er über die Frage, ob eine Abfrage wegen Verletzung des AuslBG erfolgt oder nicht). Wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nichtvorliegen der Eignung schließen lassen, kann – wie auch bei der (klassischen) Direktvergabe – etwa der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein.

Zu Z 18 (§ 42 Abs. 2 erster Satz):

Bei einer Direktvergabe ist nunmehr, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, auch die Prüfung der Preisangemessenheit schriftlich festzuhalten. Dabei reicht ein summarischer Verweis, wie etwa der Verweis auf einschlägige Kataloge.

Zu Z 19 (§ 42 Abs. 3):

§ 42 Abs. 3 normiert eine Dokumentationsverpflichtung für alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge bei einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung. Dies umfasst etwa Festlegungen für den Verfahrensablauf, die Anwendung des Auswahlmechanismus oder eine kurze Erläuterung, warum ein bestimmtes Angebot ausgewählt wurde.

Es sind keine aufwendigen Dokumentationen notwendig, es reicht vielmehr ein kurzes Festhalten der wesentlichen Inhalte. Sofern Festlegungen oder Vorgänge bereits eindeutig aus dem Vergabeakt ersichtlich sind, sind sie bereits entsprechend festgehalten und ist daher eine gesonderte Dokumentation nicht erforderlich (so sollten etwa die Kriterien gemäß Abs. 4 in der Regel bereits eindeutig aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen über den weiteren Verfahrensablauf ersichtlich sein). Zum Begriff der „Schriftlichkeit“ (der auch die Darstellung in elektronischer Form umfasst) wird auf die Definition in § 2 Z 30 verwiesen.

Zu Z 20 (§§ 44 Abs. 3, 205 Abs. 4, 349 Abs. 2 erster und zweiter Satz, 116, 134 Abs. 3, 262 Abs. 2 und 275) und Z 67 (§ 349 Abs. 1 Z 1):

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung werden eine Reihe von Zuständigkeiten der Bundesregierung auf den Bundeskanzler über tragen. Es handelt sich dabei um § 44 Abs. 3 und § 205 Abs. 4 (Verpflichtung der Bundesregierung unter bestimmten Voraussetzungen eine Verordnung betreffend zusätzliche Angaben in statistischen Aufstellungen zu erlassen), § 116 und § 262 Abs. 2 (Verordnungsermächtigung der Bundesregierung betreffend die Abwicklung von Vergabeverfahren auf elektronischem Weg), § 134 Abs. 3 und § 275 (Verpflichtung der Bundesregierung nähere Bestimmungen zum Vertragsabschluss auf elektronischem Weg durch Verordnung zu erlassen) und § 349 Abs. 2 (Verordnungsermächtigung der Bundesregierung betreffend die Änderung bestimmter Anhänge).

Die Vollzugsklausel in § 349 wird entsprechend angepasst.

Zu Z 22 (§ 52 Abs. 1 und 2) und Z 50 (§ 216 Abs. 1 und 2):

Anstatt der bisherigen Kann-Bestimmung ist in § 52 Abs. 1 nunmehr vorgesehen, dass der Bundeskanzler bzw. die Landesregierungen jedenfalls ein (einziges) zusätzliches Publikationsmedium für Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich festzulegen haben. Das Publikationsmedium muss elektronisch sein. Zusätzlich zur europäischen Ausschreibungsdatenbank TED soll es daher 10 zentrale Publikationsplattformen in Österreich geben. Dem jeweiligen Verordnungsgeber steht es dabei (im Oberschwellenbereich, zum Unterschwellenbereich

siehe § 47 Abs. 2) frei, diese zusätzliche Publikation in einem österreichischen Medium entweder als Verpflichtung oder aber lediglich als Option für die Auftraggeber zu normieren.

Durch die Einführung zentraler Publikationsplattformen auf nationaler bzw. Länderebene soll einerseits im Sinne der Diskussion in der Arbeitsgruppe „Verwaltungsreform“ ein effektiver wirtschaftlicher Wettbewerb zugunsten der Auftraggeber gefördert und andererseits potentiellen Bietern das Auffinden österreichischer Ausschreibungen erleichtert werden.

In den Verordnungen können nähere Festlegungen sowohl hinsichtlich der Übermittlung der Bekanntmachung vom Auftraggeber an das Publikationsmedium als auch hinsichtlich der im Zuge der Übermittlung und der Veröffentlichung durch das Publikationsmedium zu beachtenden Modalitäten getroffen werden. Die in der jeweiligen Verordnung getroffenen näheren Festlegungen können sich daher nicht nur an den Auftraggeber, sondern auch an das festzulegende Publikationsmedium richten. Festgelegt werden können etwa ein Vorrang für bestimmte Übermittlungsarten, eine Verpflichtung zur Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung oder Anforderungen an die Veröffentlichung in zeitlicher oder technischer Hinsicht.

Wie bisher steht es den Auftraggebern darüber hinaus frei, ihre Bekanntmachungen in zusätzlichen, weiteren Publikationsorganen zu veröffentlichen (vgl. den unveränderten § 52 Abs. 3).

Abs. 2 wird sprachlich an die Änderungen des Abs. 1 angepasst.

Die entsprechenden Änderungen für den Sektorenbereich erfolgen in § 216 Abs. 1 und 2.

Zu Z 23 (§§ 54 Abs. 6 zweiter Satz und 217 Abs. 7 zweiter Satz):

Bei der Bekanntmachung vergebener Aufträge soll hinsichtlich des Preises die Terminologie vereinheitlicht werden. Wie auch in § 38 Abs. 3 und § 41a Abs. 5 ist daher der Gesamtpreis (das ist die Auftragssumme ohne Umsatzsteuer, vgl. § 2 Z 26 lit a bzw. d) bekannt zu geben.

Zu Z 24 (§ 55) und Z 51 (§ 219):

Die §§ 55 und 219 enthalten die Bekanntmachungsbestimmung für den Unterschwellenbereich. Neu in Abs. 1 ist der zweite Satz, wonach auch im Unterschwellenbereich die Bezeichnungen und Klassen des CPV zu verwenden sind. Der CPV Hauptteil beruht auf einer Baumstruktur, die Codes mit bis zu 9 Ziffern sowie die Bezeichnung umfasst, die die Art der Lieferungen, Bauarbeiten oder Dienstleistungen beschreibt, die den Auftragsgegenstand darstellen, wobei die vier ersten Ziffern des 9-stelligen Codes die Klassen bezeichnen (XXXX0000-Y).

Wie auch im Oberschwellenbereich ist vorgesehen, dass der Bundeskanzler bzw. die Landesregierungen jedenfalls ein elektronisches Publikationsmedium für Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich festzulegen haben. Im Gegensatz zum Oberschwellenbereich ist die Veröffentlichung der Bekanntmachungen im vom Bundeskanzler bzw. der jeweiligen Landesregierung festgelegten Publikationsmedium im Unterschwellenbereich verpflichtend.

Durch die Einführung zentraler Publikationsplattformen auf nationaler bzw. Länderebene soll einerseits im Sinne der Diskussion in der Arbeitsgruppe „Verwaltungsreform“ ein effektiver wirtschaftlicher Wettbewerb zugunsten der Auftraggeber gefördert und andererseits potentiellen Bietern das Auffinden österreichischer Ausschreibungen erleichtert werden.

In den Verordnungen können nähere Festlegungen sowohl hinsichtlich der Übermittlung der Bekanntmachung vom Auftraggeber an das Publikationsmedium als auch hinsichtlich der im Zuge der Übermittlung und der Veröffentlichung durch das Publikationsmedium zu beachtenden Modalitäten getroffen werden. Die in der jeweiligen Verordnung getroffenen näheren Festlegungen können sich daher nicht nur an den Auftraggeber, sondern auch an das festzulegende Publikationsmedium richten. Festgelegt werden können etwa ein Vorrang für bestimmte Übermittlungsarten, eine Verpflichtung zur Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung oder Anforderungen an die Veröffentlichung in zeitlicher oder technischer Hinsicht.

Darüber hinaus steht es den Auftraggebern wie bisher frei, ihre Bekanntmachungen in zusätzlichen, weiteren Publikationsorganen zu veröffentlichen (etwa lokal verbreiteten Printmedien).

Die Abs. 5 und 6 werden an die Neuregelung des Abs. 2 angepasst. Die freiwillige Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (Abs. 5) bzw. des vergebenen Auftrags (Abs. 6) hat demnach in dem gemäß Abs. 2 vom Bundeskanzler bzw. der jeweiligen Landesregierung festgelegten Publikationsmedium zu erfolgen. Beim Gesamtpreis in Abs. 6 handelt es sich um die Auftragssumme ohne Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit a bzw. d). Im Falle einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern sind gemäß Abs. 6 Name und Anschrift aller erfolgreichen Bieter bekannt zu machen.

Zu Z 25 (§ 67 erster Satz):

Mit der Änderung des § 67 erster Satz wird Auftraggebern die Möglichkeit eingeräumt, bei der Beschaffung von Standardleistungen im Unterschwellenbereich die Mindestangebotsfristen und die Teilnahmefristen zu kürzen. Der Neuregelung liegt die Überlegungen zu Grunde, dass Angebote oder Teilnahmeanträge über die Erbringung von Standardleistungen im Regelfall keine aufwendigen Arbeiten erfordern und eine Beibehaltung der starren Fristen in solchen Fällen möglicherweise zu unnötigen Verfahrensverlängerungen führen könnte. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Grundsätze für die Bemessung und Verlängerung von Fristen gemäß § 57 auch hier gelten; den Bewerbern und Bietern muss daher – unter Bedachtnahme der Umstände des Einzelfalles –

ausreichend Zeit für die Erstellung der Angebote bzw. Teilnahmeanträge verbleiben. Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob bzw. in welchem Umfang eine Fristverkürzung nach § 67 angemessen ist. Auf die Dokumentationspflicht gemäß § 67 zweiter Satz wird hingewiesen.

Zu Z 26 (§§ 68 Abs. 1 Z 2 und 229 Abs. 1 Z 2), Z 27 (§ 68 Abs. 2) und Z 52 (§ 229 Abs. 2 Z 3):

Die Bestimmungen werden an das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl. I Nr. 29/2010, angepasst. Der Begriff Insolvenzverfahren umfasst als Oberbegriff Sanierungs- und Konkursverfahren.

Zu Z 28 (§ 69 Z 1 und 2) und Z 53 (§ 230 Z 1 und 2):

Mit der vorgeschlagenen Änderung muss beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Eignung erst zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Im Zusammenhang mit § 102 Abs. 1 und § 250 Abs. 1 bedeutet dies, dass es bei Verfahren ohne Bekanntmachung (nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) reicht, wenn die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe dem Anschein nach vorliegt. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, vor Aufforderung zur Angebotsabgabe die Vorlage einer Eigenerklärung zu verlangen.

Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist keine entsprechende Änderung erforderlich, da der Zeitpunkt in § 69 Z 3 und § 230 Z 3 nicht definitiv festgelegt ist (arg „grundsätzlich“; vgl. dazu bereits 1171 BlgNR XXII. GP).

Zu Z 29 (§ 70 Abs. 3 zweiter Satz) und Z 54 (§ 231 Abs. 3 zweiter Satz):

Mit § 70 Abs. 3 zweiter Satz und § 231 Abs. 3 zweiter Satz wird die Frage neu geregelt, wann der Auftraggeber vom Zuschlagsempfänger auch bei Vorliegen einer Eigenerklärung jedenfalls die festgelegten Nachweise verlangen muss. Bisher war dies bereits bei einem Auftragswert von 120 000 bzw. 250 000 Euro (bei Bauaufträgen) und 80 000 bzw. 150 000 Euro (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) der Fall; nach dem neuen Abs. 3 zweiter Satz ist die Vorlage der Nachweise vom Zuschlagsempfänger erst bei Aufträgen im Oberschwellenbereich zwingend geboten (wie bisher ist bei einer Vergabe in Losen für die Frage der Anwendung des Regime des Abs. 3 nicht der geschätzte Gesamtwert aller Lose maßgeblich, sondern der Wert des einzelnen Loses). Das System des § 70 bzw. § 231 bleibt im Übrigen unverändert.

Die Entscheidung, ob (und welche) Nachweise verlangt werden, liegt bei größeren Aufträgen im Unterschwellenbereich in der Verantwortung der vergebenden Stelle. Es können mittels interner Anweisungen (z.B. per Erlass) auch generell niedrigere Schwellenwerte festgelegt werden, ab deren Erreichen jedenfalls die Vorlage der entsprechenden Nachweise vom Zuschlagsempfänger zu verlangen sind.

Zu Z 32 (§ 83 Abs. 3) und Z 55 (§ 240 Abs. 3):

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung der §§ 83 Abs. 3 und 240 Abs. 3 gilt das System des § 70 bzw. § 231 (zunächst Vorlage einer Eigenerklärung, Vorlage von Nachweisen nur im Einzelfall) nunmehr auch für Subunternehmer. Die Eigenerklärung bzw. die Nachweise über die Eignung des Subunternehmers sind – wie bisher – dem Auftraggeber im Wege des Bieters vorzulegen.

Ein Verweis auf § 70 Abs. 5 bzw. § 231 Abs. 5 erübrigt sich, da sich Abs. 5 (im Gegensatz zu den Abs. 2 bis 4) jeweils allgemein auf Unternehmer (und nicht nur auf Bewerber und Bieter) bezieht und daher bereits jetzt für Subunternehmer gilt.

Zu Z 34 (§ 102 Abs. 3) und Z 35 (§ 103 Abs. 6):

Mit der vorgeschlagenen Änderung werden die Bestimmungen betreffend die Anzahl der Teilnehmer im Verhandlungsverfahren und im nicht offenen Verfahren im Unterschwellenbereich flexibilisiert.

Im Einzelnen ergeben sich folgende Änderungen:

Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich darf die Anzahl der Teilnehmer gemäß § 102 Abs. 3 zweiter Satz nicht unter drei liegen (bisher: nicht unter fünf).

Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich soll die Anzahl der Teilnehmer gemäß § 102 Abs. 3 vierter Satz grundsätzlich nicht unter drei liegen; Ausnahmen aus sachlichen Gründen sind zulässig. Die Gründe für diese Unterschreitung sind vom Auftraggeber festzuhalten. Die Neuregelung für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entspricht damit der bereits bestehenden Regelung für den Sektorenbereich.

Beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich darf die Anzahl der Teilnehmer gemäß § 103 Abs. 6 zweiter Satz nicht unter drei liegen (bisher: nicht unter fünf).

Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich soll die Anzahl der Teilnehmer gemäß § 103 Abs. 6 vierter Satz grundsätzlich nicht unter drei liegen; Ausnahmen aus sachlichen Gründen sind zulässig. Die Gründe für die Unterschreitung sind vom Auftrageber festzuhalten. Die Neuregelung für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung entspricht damit der bereits bestehenden Regelung für den Sektorenbereich.

Für den Oberschwellenbereich ergeben sich durch die Neuregelung keine Änderungen.

Zu Z 36 (§ 125 Abs. 5 letzter Satz, § 126 Abs. 1 letzter Satz und § 268 Abs. 3 letzter Satz):

Im Lichte der angestrebten Entbürokratisierung des Unterschwellenbereiches kann nunmehr im gesamten Unterschwellenbereich von einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung im Zuge der vertieften Angebotsprüfung bzw. bei Mangelhaftigkeit der Angebote abgesehen werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Auftraggeber im Unterschwellenbereich von jeglicher Aufklärungspflicht befreit wird und derartige Angebote ohne weitere Erläuterungen durch den Bieter ausschließen kann (vgl. dazu auch das Urteil des EuGH in den verbundenen Rs C-147/06 und C-148/96, SECAP). Es ist jedoch keine gemäß den §§ 125 Abs. 5, 126 Abs. 1 und 268 Abs. 3 formalisierte Vorgangsweise erforderlich. Es liegt vielmehr im Ermessen des Auftraggebers, in welcher Art und Weise er Aufklärung durch den Bieter verlangt. Bei größeren (Bau-)Aufträgen im Unterschwellenbereich ist jedoch anzuraten, die Aufklärung durch den Bieter zumindest schriftlich zu dokumentieren.

Zu Z 37 (§ 131 Abs. 1 zweiter Satz, § 272 Abs. 1 zweiter Satz, § 131 Abs. 2 Z 2):

Bzgl. der Änderung der §§ 131 Abs. 1 zweiter Satz und 272 Abs. 1 zweiter wird auf die Erläuterungen zu Z 23 verwiesen.

Bei den Verfahren ohne Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von 60 000 Euro wird die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung abgeschafft. Mit der Neuregelung des § 131 Abs. 2 Z 2 ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 38 Abs. 2 Z 1 nur mehr fakultativ. Es liegt daher im Ermessen des Auftraggebers, ob er den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitteilt, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (etwa weil er an der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung zweifelt und vor Zuschlagserteilung Rechtssicherheit erlangen möchte), so kann die Zuschlagsentscheidung wie bisher mittels Nachprüfungsantrag angefochten werden. Erfolgt keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (etwa weil der Auftraggeber ein Interesse an einem möglichst raschen Vertragsabschluss hat), so kann die Zuschlagserteilung mittels Feststellungsantrag bekämpft werden.

Mit dieser Neuregelung soll dem Bestreben nach einer Entbürokratisierung bei der Vergabe kleiner Aufträge Rechnung getragen werden.

Im Sektorenbereich erfolgt keine vergleichbare Neuregelung, da mit der freien Verfahrenswahl gemäß § 200 ohnehin schon große Flexibilität im gesamten Unterschwellenbereich besteht.

Zu Z 38 (§ 132 Abs. 1 zweiter Satz) und Z 57 (§ 273 Abs. 1 zweiter Satz):

Mit dem Entfall des Verweises auf § 131 Abs. 1 bzw. § 272 Abs. 1 wird nun nicht mehr darauf abgestellt, ob eine Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs. 1 bzw. § 272 Abs. 1 besteht oder nicht. Auslösendes Ereignis für die Stillhaltefrist ist demnach ausschließlich, ob der Auftraggeber (freiwillig oder aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung) eine Zuschlagsentscheidung absendet oder nicht. Daraus folgt, dass auch die freiwillige Bekantgabe der Zuschlagsentscheidung mit der gesetzlichen Konsequenz einer Stillhaltefrist verbunden ist (deren Verletzung die in § 132 Abs. 1 bzw. 273 Abs. 1 genannte Folge der absoluten Nichtigkeit nach sich zieht).

Zu Z 39 (§ 135 Abs. 1):

Mit der Änderung wird ein Redaktionsversehen korrigiert.

Zu Z 40 (§ 136 Abs. 3):

Es kann nunmehr im gesamten Unterschwellenbereich von der Erstellung eines Vergabevermerks oder eines Vermerkes über den Widerruf eines Vergabeverfahrens abgesehen werden, wenn die relevanten Informationen ohne großen Aufwand aus der Vergabedokumentation ersichtlich sind. Die Neuregelung dient der weiteren Vereinfachung des im Unterschwellenbereich geltenden Vergaberegimes und soll unnötige Transaktionskosten seitens der Auftraggeber und vergebenden Stellen vermeiden.

Zu Z 41 (§ 153) und Z 58 (§ 285):

Mit der vorgeschlagenen Änderung wird ein Versehen bereinigt und klargestellt, dass die Bestimmungen betreffend die Eignung der Unternehmer (§§ 68 bis 77 bzw. 228 bis 234) auch für den offenen Wettbewerb gelten (für den nicht offenen Wettbewerb galten sie bereits bisher auf Grund des Verweises in § 154 Abs. 3 bzw. § 286 Abs. 3).

Zu Z 43 (§ 175 Z 21 und 22):

Gemäß dem Beschluss 2010/142/EU der Kommission vom 3. März 2010 (vgl. dazu BGBl. II Nr. 72/2011) gilt die Richtlinie 2004/17/EG nicht für die in Z 22 genannten Aufträge im Postsektor (zur Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen vgl. die Erwägungsgründe der Entscheidung). Obwohl Wettbewerbe in Art. 1 des Beschlusses nicht explizit genannt werden, gilt die Freistellung gleichwohl auch für diese (vgl. dazu Art. 62 Z 2 der Richtlinie 2004/17/EG und Erwägungsgrund 15 des Beschlusses). Obwohl die Ausnahmebestimmung grundsätzlich nicht erforderlich ist (vgl. § 179, der die Freistellung ex lege anordnet), soll sie aus Transparenzgründen in das Gesetz selbst aufgenommen werden.

Zu Z 49 (§ 201a):

§ 201a regelt die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung für Sektorenauftraggeber. Das Verfahren entspricht der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung für öffentliche Auftraggeber; es wird daher auf die Erläuterungen zu § 41a verwiesen.

Gemäß Abs. 2 ist die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung im Sektorenbereich bis zu einem geschätzten Auftragswert von 150 000 Euro zulässig.

Abs. 7 enthält eine § 42 Abs. 3 entsprechende Dokumentationspflicht. Es wird auf die Erläuterungen zu Z 19 verwiesen.

Zu Z 60 (5. Teil, Entfall der Überschriften):

Auf Grund des Entfalls des derzeitigen § 337 (Bescheinigungsverfahren) bestünde das 1. Hauptstück (Außerstaatliche Kontrolle) nur mehr aus einem Paragraphen. Die Unterteilung des 5. Teils in Hauptstücke wird daher aufgelöst.

Zu Z 62 (§§ 337 und 338):

Der derzeitige § 337 entfällt, da das Bescheinigungsverfahren mit der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge abgeschafft wurde. Der bisherige § 338 Abs. 1 und 2 bildet den (neuen) § 337; § 338 (neu) entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 338 Abs. 3.

Der EuGH hat in der Rs C-314/09, Strabag, festgehalten, dass die Richtlinie 89/665/EWG (und folglich auch die Parallelregelungen der RL 92/13/EWG und 2009/81/EG) dahin auszulegen ist, „dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.“ Vor diesem Hintergrund wird in § 337 Abs. 1 – abweichend von der bisherigen Rechtslage – die Wortfolge „hinreichend qualifiziert“ anstatt „schuldhaft“ verwendet. Zum Verständnis des Begriffes „hinreichend qualifiziert“ wird auf die Judikatur des EuGH (vgl. u.a. Rs C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pécheur) verwiesen. Der EuGH hielt jedoch auch fest, dass die (bisherige) Rechtsprechung des Gerichtshofs für Rechtsbehelfe im Bereich des öffentlichen Auftragswesens keine genaueren Kriterien benannt hat, auf deren Grundlage der Schaden festzustellen und zu bemessen ist (so EuGH in der Rs C-568/08, Combinatie Spijker). In Ermangelung einschlägiger Unionsvorschriften ist es daher Sache jedes Mitgliedstaates, unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes in seiner internen Rechtsordnung die Kriterien zu bestimmen, auf deren Grundlage der Schaden aufgrund eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens festzustellen und zu bemessen ist. Ein Schadenersatzanspruch besteht sohin dann, wenn die vergaberechtliche Bestimmung, gegen die verstoßen worden ist, die Verleihung von Rechten an Bewerber oder Bieter bezweckt, der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so bemisst sich die Art bzw. Höhe des Schadenersatzes nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regeln.

Zu Z 63 (§ 341 Abs. 1):

Der Verweis wird an die Änderung der §§ 337 und 338 angepasst.

Zu Z 64 (§ 341 Abs. 3 erster Satz):

Im Lichte des Urteils des EuGH in der Rs C-314/09, Strabag, wird § 341 Abs. 3 erster Satz dahingehend geändert, dass eine Schadenersatzklage bereits bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen andere (als die die Zulässigkeit des Widerrufs regelnden) Bestimmungen des BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verursacht wurde. Vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Z 62.

Zu Z 65 (§ 344 Abs. 1):

Im Hinblick auf die mit Vertragsverletzungsverfahren möglicherweise verbundenen finanziellen Implikationen für die Republik Österreich (vgl. dazu insbesondere Art. 260 AEUV und das diesbezügliche Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst GZ BKA-670.746/0019-V/7/2010) wird der Maximalbetrag für eine Geldstrafe nach § 344 erhöht.

Zu Z 69 (§ 351 Z 19):

Der Beschluss 2010/142/EU der Kommission vom 3. März 2010 wird in die Aufzählung der bezogenen Rechtsakte der Europäischen Union aufgenommen.