ÄNDERUNGEN DES BUNDES- UND LANDESVERGABERECHTES 2010
von RA Dr. Michael E. Sallinger, LL.M.

A Übersicht

1. Änderung des Bundesvergabegesetzes und abgeleiteter Rechtsvorschriften des Bundes

1.1. Novelle des BVergG 2006

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde nunmehr nach einem längeren Gesetzwerdungsverfahren, mit BGBl. I 2010/15 geändert. Es handelt sich um eine inhaltlich umfängliche Novelle, die immerhin 142 Punkte umfasst und zT auch die Anhänge des Gesetzes betrifft.

1.2. BVA – Gebühren VO

Auf die zwischenzeitlich auch erlassene BVA- Gebühren VO darf hingewiesen werden; sie wurde unter BGBl II 72/2010 erlassen und enthält in § 2 eine Regelung betreffend die so genannten reduzierten Gebührensätze, die vor allem für die Anfechtung von Wettbewerbs- und Ausschreibungsunterlagen von Interesse ist, dort nämlich werden die gebühren auf 25% ermäßigt.

1.3. In Krafttreten der Nov zum BVergG 2006

Der von dieser Änderung betroffene „Letztstand“ des Bundesvergabegesetzes 2006 (BGBl. I/17) war die Fassung in der Verordnung BGBl. II Nr. 326/2008 und der Bundesministeriengesetznovelle 2009, BGBl. I Nr. 3.

Die gegenständliche Novelle umfasst zunächst eine Neuverlautbarung des Inhaltsverzeichnisses des Gesetzes, sodann die entsprechenden Änderungen des materiellen und formellen Bundes-Vergaberechtes sowie schließlich die Regelungen über das Inkrafttreten in Ziffer 136 der Novelle.

§ 345 erhielt eine neue Ziffer „14“, die im Wesentlichen anordnet, dass die Änderungen an dem der Kundmachung folgenden Tag, frühestens jedoch am 20.12.2009 in Kraft treten; nachdem das Bundesgesetzblatt I/2010 Nr. 15 am 04.03.2010 ausgegeben wurde, ist die Änderung am **05.03.2010** in Kraft getreten.

Ziffer 136 der Novelle (§ 345 Zif. 14, dort sub-Zif. 1-3) regelt zugleich

- a) die Fortsetzung der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits eingeleiteten Vergabeverfahren,
- b) die Fortsetzung der Verfahren vor dem Bundesvergabeamt.

Daraus ergibt sich, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 15/2010 bereits eingeleitete Vergabeverfahren (siehe dazu die Begriffsbestimmung des BundesvergabeG 2006) nach der alten Rechtslage zu Ende zu führen sind.

Dasselbe gilt für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle BGBl. I. Nr. 15/2010 beim BVA anhängigen Verfahren. Feststellungsverfahren hinsichtlich Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes bereits beendet waren, sind ebenfalls nach der „bisherigen“ Rechtslage fortzusetzen.

2. Änderungen des Vergabenachprüfungsg 2006

Der kompetenzrechtlich zuständige Vergabenachprüfungsgesetzgeber (für dem Landesvergaberecht unterliegende Vergabeverfahren) hat das Gesetz vom 17.12.2009 im Tiroler Landtag beschlossen, mit dem das Tiroler Vergabenachprüfungsg 2006 geändert wird.

Auch dieses Gesetz wurde im LGBL 17/2010 ordnungsgemäß publiziert.

Es enthält – wesentliche – formelle und materielle Änderungen des Nachprüfungsrechtes aufgrund der Novelle zum BundesvergabeG 2006 BGBl. I Nr. 15/2010. In diesem Zusammenhang darf in Erinnerung gerufen werden, dass ja insoweit eine „Verschränkung“ zwischen dem Bundes- und dem Landesvergaberecht dahingehend besteht, dass der materielle Korpus des Vergaberechtes einheitlich Bundessache ist, während der „formelle“, also der verfahrensrechtliche (nachprüfungs- und feststellungsrechtliche) Teil insoweit „auseinanderfällt“, als dass in Angelegenheiten, in denen, vereinfacht gesprochen, überwiegend Landesauftraggeber tätig sind, auch die Landesnachprüfungsbehörde (derzeit der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol) funktionell zur Vergabenachprüfung und Feststellung zuständig ist.

Auch die Änderung des Tiroler Landesvergabenachprüfungsg ist zufolge Artikel II Abs. 1 LGBL 17/2010, Absatz 1, mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft getreten, sohin am 10.03.2010. Dort anhängige Verfahren sind gemäß Artikel II Abs. 2 zur damaligen Rechtslage abzuwickeln.

3. Flankierende Änderungen, bereits erfolgte Änderungen

In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass hinsichtlich der „Schwellenwerte“ wesentliche Schwellenwertänderungen (jeweils ohne Umsatzsteuer) vorliegen.

- a) Die Direktvergabe ist seit 01.05.2009 bis (derzeit) Ende 2010 bis zu einem Schwellenwert von (netto) € 100.000,-- zulässig.
- b) Verhandlungsverfahren mit öffentlicher nationaler Bekanntmachung sind bis zu einem Schwellenwert von € 193.000,-- (früher € 206.000,--), bei Dienstleistungsaufträgen bis € 1 Mio. bei Bauaufträgen zulässig).

Zugleich haben sich die Schwellenwerte für „EU-Veröffentlichungen von Ausschreibungen“, das heißt also für den Oberschwellenwert geändert:

Liefer- und Dienstleistungsaufträge (statt € 206.000,--)	€ 193.000,00
Baufträge ab (früher € 5.150.000,--)	€ 4.845.000,00
Zentrale öffentliche Auftraggeber ab (früher € 133.000,--)	€ 125.000,00

Diese gemeinschaftsrechtliche Schwellenwertfestlegung gilt bereits seit 01.01.2010 (VO EG 1177/2009; siehe dazu auch die jeweils aktuellen Rundschreiben auf der Website des BVA, www.bka.gv.at, wo auch die entsprechenden weiteren Informationen, nämlich insbesondere der aktuelle Gesetzestext und laufende Entscheidungen abgerufen werden können). In Österreich wurden diese Bestimmungen mit der VO BGBl II 73/2010 umgesetzt.

4. Anlass

Anlass der Änderungen des Bundes- und des korrespondierenden Landes-Vergaberechtes waren einerseits

- die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht im Bereich der Berufsanerkennungsrichtlinie, der Rechtsmittelrichtlinie und der Clean car-Richtlinie
- Regelungen zur Verwaltungsvereinfachung (Eigenerklärung und dergleichen)
- eine wesentliche Schärfung der dem BVA zur Verfügung stehenden Instrumente unter Einschluss der Schaffung so genannter „alternativer Sanktionen“
- eine Straffung im Gebühren- und Fristenrecht

Insoweit sind die grundsätzlichen „Anlässe“ für die Änderung des Gesetzes ausgewiesen.

Generell ist es bei der Komplexität der Bestimmungen geblieben.

De facto sämtliche Änderungen des Bundesvergabe- und Landesvergaberechtes sind im Wesentlichen anzuwenden.

B Materielle Änderungen des Bundesvergabegesetzes 2006

1. Vorbemerkung

Die materiellen Änderungen des Bundesvergabegesetzes 2006 werden überblicksweise dargestellt.

Eine vollständige, auch rechtsdogmatische Durchdringung der gegenständlichen Änderungen des Gesetzes würde den Rahmen einer ersten Information über die gesetzlichen Änderungen im Wesentlichen sprengen.

Das Schwergewicht wird auf den „klassischen“ Auftraggeberbereich gelegt.

Vorausgeschickt sei weiters, dass die tragenden Grundlagen des BundesvergabeG durch die Novelle verändert worden sind. Dies betrifft insbesondere die „Grundsätze“ der gesetzlichen Bestimmungen, vor allem den so genannten „Fairness-Grundsatz“ der sich aus § 19 BundesvergabeG 2006 ergibt.

Die Novelle kann – darüber hinaus – als eine wesentliche „Konkretisierung“ dieses Fairness-Grundsatzes als „vergaberechtlichen Gleichheitsgrundsatz“ verstanden werden.

2. Neue Begrifflichkeiten

§ 2 enthält neue Begrifflichkeiten, das sind „gesetzliche Definitionen“, die der Bundesgesetzgeber geschaffen hat.

Die neuen Begriffe sind nunmehr:

§ 2 Zif. 29 Qualifizierte elektronische Signatur als eine, die den Anforderungen des § 2 Zif. 3a Signaturgesetz entspricht

§ 2 Zif. 33 Straßenfahrzeug

§ 2 Zif. 47 Zeitstempel, worunter eine elektronische Bescheinigung, dass bestimmte elektronische Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen haben, zu verstehen ist.

Diese Änderungen sind eine Folge bestimmter vergebefahrensrechtlicher Vorschriften und Vereinfachungen.

3. Kundmachungsbestimmung

§ 18 (Zif. 14 der Novelle) führt nunmehr einen zweiten Absatz. Soweit die in den §§ 12 Abs. 1 und 2 sowie 53 Abs. 4 Zif. 3 festgesetzten Schwellenwerte an die von der Kommission gemäß dem Verfahren des Artikel 78 der Richtlinie 2004/18/EG geänderten Schwellenwerte angeglichen werden sollen, hat der Bundeskanzler die neu festgesetzten Schwellenwerte im Bundesgesetzblatt kundzumachen.

4. „Gleichhaltungsrecht“

Geändert hat sich auch das so genannte Gleichhaltungsrecht (§ 20 BundesvergabeG 2006). Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedoch aber jedenfalls vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

Dies ergibt sich aus der nun geltenden Bestimmung des § 20 BundesvergabeG, die im Folgenden auch abgedruckt wird.

§ 20. (1) Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

(2) Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der Auftraggeber kann Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren haben die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

(3) Unbeschadet des Abs. 2 dürfen Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften der Vertragspartei des EWR-Abkommens, in deren Gebiet sie ansässig sind, zur Erbringung der betreffenden Leistung berechtigt sind, nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil sie gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften entweder eine natürliche oder juristische Person sein müssten.

(4) Bei Aufträgen, die Dienstleistungen oder Arbeiten wie das Verlegen und die Installation umfassen, können Bewerber oder Bieter, die keine natürliche Personen sind, jedoch verpflichtet werden, in ihrem Angebot oder in ihrem Teilnahmeantrag die Namen und die berufliche Qualifikation jener natürlichen Personen anzugeben, die für die Erbringung der betreffenden Leistung verantwortlich sein sollen.

(5) Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen sind, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.

5. Änderungen in § 38

Die Ausnahmebestimmungen in § 38 BundesvergabeG haben sich dahingehend geändert, dass nunmehr Abs. 2 Zif. 3 und Abs. 2 Zif. 4 einen neuen Wortlaut haben.

§ 38. (1) Im Unterschwellenbereich können Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. **Baufträge können im Unterschwellenbereich im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn der geschätzte Auftragswert 1 000 000 Euro nicht erreicht.**

(2) Im Unterschwellenbereich können Aufträge auch im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1. bei Bauaufträgen, der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht, oder
2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht, oder

3. ergeben hat, Waren oder Dienstleistungen von einem Unternehmer zu einem Preis beschafft werden können, der erheblich unter den marktüblichen Preisen liegt, oder Dienstleistungen zu besonders günstigen Bedingungen von einem Unternehmer beschafft werden können, der seine Geschäftstätigkeit endgültig einstellt, oder von einem Verwalter

4. oder Liquidator im Rahmen eines Insolvenz-, Konkurs-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahrens oder eines in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der EWR-Vertragsparteien vorgesehenen gleichartigen Verfahrens erworben werden, oder

5. im Rahmen eines durchgeführten Vergabeverfahrens
 - a) kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben oder
 - b) keine oder keine im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignete Wettbewerbsarbeit oder Lösung eingereicht oder
 - c) kein Teilnahmeantrag gestelltworden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Auftrag nicht grundlegend geändert werden.

(3) Auftraggeber können Aufträge über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.

6. Formvorschrift – Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen / Ablaufnorm

§ 43 Abs. 1 BundesvergabeG 2006 enthält nunmehr eine Bestimmung, nach der die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Berichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern im Gesetz nichts anderes bestimmt ist oder der Auftraggeber nicht ausnahmsweise anderes festlegt, wahlweise per Telefax oder elektronisch erfolgen soll.

Nur noch in begründeten Ausnahmefällen ist als weitere Schriftform die Briefform vorgesehen. Das hat dann auch fristenrechtliche Bedeutung.

In diesem Zusammenhang wurde das Gesetz auch in den §§ 43 Abs. 4, 93 2. Satz, 114 Abs. 3 und 4 1. Satz, 115 Abs. 1, 2 und 4, 121 Abs. 4 sowie 204 Abs. 4 dahingehend abgeändert, dass anstelle der Wortfolge „sicheren elektronischen Signatur“ jeweils die Wortfolge „qualifizierte elektronische Signatur“ in das Gesetz Aufnahme gefunden hat.

Jedenfalls von erheblicher Bedeutung ist nunmehr die Festlegung der grundsätzlichen Formen des Informationsaustausches in § 43 Abs. 1, womit die Briefform im wesentlichen in den Hintergrund tritt und eine Festlegung der Briefform nur noch „ausnahmsweise“ in den Ausschreibungsunterlagen erfolgen kann. Der Begriff „ausnahmsweise“ deutet darauf hin, dass eine derartige Festlegung in den Ausschreibungsbedingungen künftighin auch einer entsprechenden sachlichen Rechtfertigung bedarf.

7. Änderung der Kundmachungsvorschriften in § 49 BVergG

Auf die Bestimmung des § 49 BundesvergabeG (neu) wird hingewiesen.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 53 Abs. 5 in der neuen Fassung des Gesetzes, dies ist eine Konsequenz der Änderung des § 20 Abs. 1; auch auf das allfällige Erfordernis einer behördlichen Entscheidung für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich sowie auf die sich aus § 20 Abs. 1 BundesvergabeG 2006 ergebende Verpflichtung darf verwiesen werden. Die Änderungen des Gleichhaltungsrechtes sind entsprechend zu berücksichtigen.

8. Zur Eigenerklärung

Eine wesentliche inhaltliche Änderung des Gesetzes liegt in der so genannte „Eigenerklärung“, wobei zunächst auf den entsprechenden Text verwiesen wird:

8.1. Gesetzestext

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

- 1. berufliche Befugnis,*
- 2. berufliche Zuverlässigkeit,*
- 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie*
- 4. technische Leistungsfähigkeit*

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 120 000 Euro beträgt, und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 80 000 Euro beträgt, hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses diese Schwellenwerte erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

(6) Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 nachzuweisen.

8.2. Bedeutung der Bestimmung

Vor dem Hintergrund der entsprechenden „Verfahrensvereinfachung“ wurde nunmehr die Möglichkeit der so genannten „Eigenerklärung“ geschaffen.

Nach wie vor ist es Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, bereits in der Ausschreibung festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 BundesvergabG 2006 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre berufliche Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Nach wie vor gilt in diesem Zusammenhang auch

- der Grundsatz der Interessenabwägung
- der Grundsatz der Wahrung der technischen und handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse

Neu ist nun die in § 70 Abs. 2 BundesvergabG 2006 geschaffene Möglichkeit für Bieter, ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer so genannten „Eigenerklärung“ zu belegen.

Ein derartiger Text könnte zB lauten:

*„Betrifft: Öffentliche Ausschreibung,
Aktenzahl.....
Betreffend*

Eigenerklärung

*Es wird hiermit ausdrücklich erklärt, dass die vom Auftraggeber im Vergabeverfahren
..... in der Ausschreibung AZ (Abschnitte bis) verlangten
Eignungskriterien seitens des Bieters zur Gänze erfüllt werden und die darin festgelegten
Nachweise auf erste Aufforderung unverzüglich beigebracht werden können. Der Bieter
hat folgende Befugnisse:*

Wesentlich ist, dass im Rahmen der Eigenerklärung jene Befugnisse angegeben werden, über welche ein Bieter konkret verfügt.

Ansonsten ist die gemäß § 70 Abs. 2 BundesvergabeG 2006 mögliche „Eigenerklärung“ unvollständig, womit sich wieder die gewohnten Probleme der Verbesserungsfähigkeit, des Nachtrages, der Frage ob darin eine „Verbesserung“ oder eine „unzulässige Wettbewerbsverzerrung“ liege, ergeben.

Freilich bedeutet eine „Eigenerklärung“ nicht etwa, dass der öffentliche Auftraggeber nicht im Zuge der vertieften Angebotsprüfung doch überprüfen kann (oder: muss), ob die entsprechenden Nachweise vorliegen.

Nach Maßgabe der einschränkenden Bestimmung des § 70 Abs. 3 steht es dem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 70 Abs. 4 nämlich jederzeit frei, den Unternehmer aufzufordern, erforderliche Nachweise binnen angemessener Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen angemessener Frist zu vervollständigen oder zu erläutern, wobei, was ebenfalls eine Erleichterung darstellt, nunmehr Nachweise auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden können.

Die Möglichkeit des Nachweises im Wege des ANKÖ ist in § 70 Abs. 5 gleich geblieben.

Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeits- oder eine Bietergemeinschaft hat demgegenüber jedes Mitglied die Befugnis, den ihm / ihr konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe des Gesetzes nachzuweisen.

In diesem Zusammenhang ist – zusammengefasst- darauf hinzuweisen, dass nunmehr vonseiten des öffentlichen Auftraggebers in der Ausschreibung eine Eigenerklärung verlangt werden kann bzw. festgelegt werden kann.

Bei Abgabe einer Eigenerklärung empfiehlt es sich aber, sämtliche in der Ausschreibung geforderten Nachweise gemäß § 71 bis 75 BundesvergabeG tatsächlich verfügbar zu halten, da nämlich eine angemessene Frist zur Vorlage bereits vorliegender Urkunden auf elektronischem Wege regelmäßig eine Frist von nur einigen wenigen, ja allenfalls nur von einem Tag sein kann.

Die bloße „Behauptung“ genügt also nicht.

Hingewiesen sei weiters auf die § 70 Abs. 5 BundesvergabeG 2006 enthaltene Möglichkeit, den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen zu führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen dieselbe Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

Als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit ist gemäß §§ 70 Abs. 1 Zahl 2 festzulegen, dass der Unternehmer zu belegen hat, dass kein Ausscheidungsgrund gemäß § 68 Abs. 1 leg. cit. vorliegt.

9. Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen; das gilt nun auch in dem klassischen Vergaberechtsbereich.

<p>In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.</p>

Dies wiederum bedeutet, dass nämlich zum Zeitpunkt der Angebotslegung, in ausreichender Weise bescheinigt werden muss, dass die Kapazitäten „tatsächlich“ zur Verfügung stehen, welchem Erfordernis wohl nur eine entsprechende, unbedingte, rechtlich „basisverbindliche“ Erklärung dienen kann.

Lediglich die „Bedingung“, wonach die Kapazitäten für den Fall der Auftragserteilung zur Verfügung stehen, erscheint möglich und auch zulässig.

10. Nachweiserleichterung

Eine gesonderte „Nachweiserleichterung“ enthält § 70 Abs. 3 BundesvergabeG 2006.

Bis zu einem Auftragswert von € 80.000,-- bzw. 120.000,-- bei Bauaufträgen kann der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag ohne Forderung weiterer Nachweise über die Eignung erteilen.

Darüber hinaus müssen vom Zuschlagsempfänger die Nachweise für die Eignung gefordert werden, was bedeutet, dass trotz vorgesehener „Eigenerklärung“ die entsprechenden Urkunden und Unterlagen eingeholt werden müssen.

Es handelt sich dabei um eine zwingende Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Zuschlagsentscheidung.

11. Subunternehmerleistungen

Nach wie vor bleibt die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen hiervon sind

- Kaufverträge
- **die Weitergabe an „verbundene Unternehmen“; das ist eine Neuerung im Rahmen der Bestimmungen der Novelle.**

Gemäß § 83 ist in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind, oder alle (sämtliche) Teile.

Die Weitergabe an Subunternehmer ist weiters (§ 83 Abs. 3) nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt.

12. Ausschreibungsunterlagen

Grundsätzlich gilt nun der Primat der elektronischen Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen und aller sonstigen, für die Erstellung der Angebote erforderlichen Unterlagen.

Nur dann, wenn sie nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden, greift das Verfahren nach § 88 Abs. 2.

Gemäß § 89 BundesvergabeG 2006 darf hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen in Zukunft ein Entgelt nur mehr in begründeten Fällen verlangt werden. Das heißt, dass ein Entgelt **nur noch in Ausnahmefällen verlangt werden darf**.

Dieses Entgelt darf nur die Herstellungskosten (Papier-, Druck- oder Vervielfältigungskosten, Kosten für den Datenträger), weiters darf es die Portospesen abdecken. Für zurückzustellende Unterlagen kann eine entsprechende Sicherstellung verlangt werden, nicht jedoch mehr.

13. Bekanntgabe der Subunternehmer

Hier hat der Gesetzgeber entsprechende Regeln geschaffen:

- a) **Abgabe mit Teilnahmeantrag** zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit / Befugnis gemäß § 103 Abs. 3 BundesvergabeG 2006.
- b) Bekanntgabe gemäß § 108 Abs. 1 Zif. 2 BundesvergabeG 2006.

Im Angebot sind darüber hinaus nicht nur sämtliche Bestandteile, sondern auch weitere, gesondert eingereichte Urkunden zu nennen.

Neu ist damit, dass der Auftrag zur Gänze an verbundene Unternehmen weitergegeben werden kann, was – aber auch – bedeutet, dass die Nachweise der tatsächlichen Verbindung im Rechtssinne jederzeit erbracht werden müssen.

14. Prüfungsrelevante Bestimmungen

Die prüfungsrelevanten Bestimmungen wurden in § 123, § 128, sowie 129 BundesvergabeG 2006 geändert.

Maßgeblich ist § 123 Abs. 2, womit (nur noch) bei Angeboten die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen ist, ob

- den in § 19 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde,
- nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. der namhaft gemachten Subunternehmer vorliegt,
- das Angebot rechnerisch richtig ist
- die Preise angemessen sind
- ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig oder vollständig ist.

Damit liegt eine bestimmte Einschränkung der inhaltlichen Prüfpflichten vor, die zugleich zu einer **Erleichterung für die betroffenen ausschreibenden Stellen führt**.

Diese Bestimmung ist insbesondere deshalb wesentlich, weil nach dem bisherigen Recht man möglicherweise von einer Gesamtprüfverpflichtung aller Angebote in formaler Hinsicht ausgehen musste.

15. Recht der Zuschlagsentscheidung

15.1. Bekanntgabeverpflichtung

Das Recht der Zuschlagsentscheidung hat sich insoweit verändert, als dass die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht besteht.

- a) wenn der Zuschlag dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter bzw. dem überhaupt einzigen Bieter erteilt werden soll,
- b) in bestimmten Fällen eines Verhandlungsverfahrens,
- c) eine Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden soll.

In diesem Umfang hat der Gesetzgeber die gesetzlichen Bestimmungen vereinfacht. Es gibt zugleich die Möglichkeit der freiwilligen Zuschlagsentscheidung in bestimmten Fällen, in denen auf solche Weise die Gefahr einer späteren Nichtigerklärung und/oder Vertragsaufhebung reduziert werden kann.

15.2. Dauer der Stillhaltefrist

Gemäß § 132 Abs. 1 BundesvergabeG beträgt die Stillhaltefrist nun

- bei einer Übermittlung auf elektronischem Wege oder mittels Telefax **10 Tage**
- bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg **15 Tage**
- in Unterschwellenweg generell **7 Tage**

Korrespondierend damit wurden auch die Fristen für die Anfechtung des Widerrufs geändert.

16. Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht wurde nun neu geordnet, auf den Abdruck der Bestimmung des § 140 BundesvergabeG 2006 wird verwiesen:

§ 140. (1) Der Auftraggeber hat nachweislich mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen,

1. im Fall des § 139 Abs. 1 Z 1 und 2 und des § 139 Abs. 2 Z 3 allen Bieter,
2. im Fall des § 139 Abs. 1 Z 4 und des § 139 Abs. 2 Z 2 allen Bieter, deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, die Ausscheidensentscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig ist,
3. im Fall des § 139 Abs. 2 Z 1 dem Bieter, dessen Angebot als einziges eingelangt ist,
4. im Fall des § 139 Abs. 2 Z 2 dem Bieter, dessen Angebot als einziges verblieben ist.

In dieser Mitteilung sind den Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 3 oder 4 sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu geben.

(2) Im Fall des § 138 ist die Widerrufsentscheidung in derselben Art bekannt zu machen wie die Ausschreibung. So weit dies möglich ist, hat der Auftraggeber Bewerber, an welche die Ausschreibungsunterlagen abgegeben wurden, oder Bieter nachweislich elektronisch oder mittels Telefax mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Nach Ablauf der Teilnahmefrist in einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren kann der Auftraggeber von einer Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß dem ersten Satz absehen und die Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmen nachweislich mitteilen. In der Bekanntmachung und in der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist bekannt zu geben.

(3) Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Widerrufsentscheidung besteht nicht, falls kein Angebot eingelangt ist oder kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist.

(4) Der Auftraggeber darf den Widerruf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erklären. Die Stillhaltefrist beginnt im Fall des Abs. 1 mit der Absendung der Mitteilung der Widerrufsentscheidung und im Fall des Abs. 2 mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung. Bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung beträgt die Stillhaltefrist zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage.

(5) Vor Ablauf der Stillhaltefrist darf ein neues Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand nicht eingeleitet werden, soweit die Beschaffung nicht aus dringlichen zwingenden Gründen erforderlich ist. Zum widerrufenen Verfahren bereits eingelangte Angebote dürfen nach der Mitteilung oder der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung nicht geöffnet werden.

(6) Nach Ablauf der Stillhaltefrist hat der Auftraggeber die Widerrufserklärung in derselben Art wie die Widerrufsentscheidung mitzuteilen oder, sofern dies nicht möglich ist, im Internet bekannt zu machen.

(7) Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber von der Vorgangsweise gemäß den Abs. 1 bis 7 absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. Der Auftraggeber hat die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer, soweit dies möglich ist, unverzüglich und nachweislich zu verständigen oder die Widerrufserklärung im Internet bekannt zu machen.

(8) Mit der Erklärung des Widerrufs gewinnen Auftraggeber und Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Angebote sind auf Verlangen zurückzustellen. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs ist nachweislich zu dokumentieren.

(9) Wird durch eine Vergabekontrollbehörde rechtskräftig festgestellt, dass nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens der Auftraggeber ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrages weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat, so gilt dies als Erklärung des Widerrufs im Sinne dieses Bundesgesetzes.

Im Wesentlichen wurde auch hier

- a) das Fristenrecht geändert
- b) die Fälle erweitert, bei denen der Widerruf nicht bekannt gegeben werden muss

und ist so eine Angleichung an das Zuschlagsrecht erfolgt.

C Änderung des Bundes-Rechtsschutzrechtes

1. Änderungen im Bereich des Bundesvergabeamtes

Weitere Normen, die das Bundesvergabeamt betreffen, wurden geändert, so unter anderem die Aufgaben des Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes, die Aufgaben eines Senatsvorsitzenden (§ 306) und der Inhalt der Geschäftsordnung (§ 308 Abs. 1 letzter Satz).

2. Kompetenzen nach Zuschlagserteilung

Vor allem geändert haben sich die Kompetenzen des BVA nach Zuschlagserteilung, die nun in § 312 Abs. 3 und 4 enthalten sind.

In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass die neuen Verfahrensbestimmungen für das Vergabeverfahren nach Zuschlagserteilung einerseits betreffen:

- a) die Nichtigklärung oder Aufhebung eines Vertrages
- b) die Verhängung von Sanktionen nach § 334 Abs. 7 BundesvergabeG, dies in den Verfahren, in denen
 - ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde
 - rechtswidrigerweise die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß §§ 131 und 272 verletzt wurde

- bei bestimmten Rechtsverstößen im Verfahren betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder beim dynamischen Beschaffungswesen

Bestimmte Änderungen gibt es auch bei der Anfechtung des Widerrufs. Als zentrale Änderung der bisherigen Bestimmungen ist jedoch in jedem Fall zu unterstreichen, dass

- a) die Möglichkeit der Nichtigklärung / Aufhebung von Verträgen durch das BVA massiv erweitert wurde,
- b) die Möglichkeiten der Verhängung so genannter „Sanktionen“ nach § 312 Abs. 3 Zif. 7 massiv erweitert wurde.

Hier sind gravierende Eingriffe in zivilrechtlich abgeschlossene Verträge möglich, wobei im Oberschwellenbereich die Möglichkeit besteht, von bestimmten Sanktionen abzusehen; diese Möglichkeit besteht im Unterschwellenbereich nicht.

Die Kompetenz zur Vertragsaufhebung durch die Vergabekontrollbehörde besteht nicht nur ex tunc, sondern auch ex nunc, das heißt, es wurde auch die Möglichkeit einer Teilaufhebung geschaffen.

Zugleich wurde in das Sanktionensystem auch die Möglichkeit der Einhebung von Geldbußen mit aufgenommen.

3. Änderungen des Gebührenrechtes

Hier wird auf § 318 BundesvergabeG verwiesen.

4. Fristenrecht

Hier wird auf § 321 BundesvergabeG 2006 verwiesen.

5. Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigklärung und Verhängung von Sanktionen

5.1. § 334 BundesvergabeG

§ 334. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) Soweit in den Abs. 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts offenkundig unzulässig war.

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Das Bundesvergabeamt kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesvergabeamt hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

(6) Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigklärung des Vertrages gemäß Abs. 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses – auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen – überwiegt.

(7) Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.

(8) Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.

5.2. Zum Inhalt dieser Bestimmung

wird auf die Ausführungen zu den landesgesetzlichen Bestimmungen verwiesen, die die Bestimmungen des BVergG im Wesentlichen übernommen haben.

6. Schadenersatzklage

6.1. § 341 Abs. 2 BundesvergabeG 2006

§ 341. (1) Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß den §§ 338 und 339 ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.

(2) Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen
2. Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder
die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272
3. wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder
der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 5 und 6, § 158 Abs. 2 bis
4. 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 rechtswidrig war, oder

die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses 5. Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des 6. Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.

Dies gilt auch für die in § 338 Abs. 1 letzter Satz genannten Ansprüche sowie für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. Unbeschadet des Abs. 4 sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt an eine solche Feststellung gebunden.

(3) Abweichend von Abs. 2 ist eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. Eine derartige Schadenersatzklage ist unzulässig, sofern die behauptete Verursachung der Erklärung des Widerrufs in einem Verstoß besteht, der im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff geltend gemacht hätte werden können.

(4) Ist die Entscheidung des Rechtsstreites von der Frage der Rechtswidrigkeit eines Bescheides einer Vergabekontrollbehörde abhängig und hält das Gericht den Bescheid für rechtswidrig, so hat es das Verfahren zu unterbrechen und beim Verwaltungsgerichtshof mit Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides zu begehren. Nach Einlangen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes hat das Gericht das Verfahren fortzusetzen und den Rechtsstreit unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes zu entscheiden.

D Änderung des Landesvergabe[nachprüfungs]rechtes

Zugleich erfolgten auch entsprechende Änderungen des Landesvergaberechtes. In diesem Zusammenhang ist auf das Gesetz vom 17.12.2009, LGBl. 17/2010 zu verweisen, mit dem das Tiroler VergabenachprüfungsG 2006 geändert wurde.

Eine Ausfertigung dieses Landesgesetzblattes ist der Unterlage beigegeben.

1. Überblick

Im Überblick gesagt werden kann, dass die Änderungen des „formellen“ Vergabenachprüfungsrechtes im Wesentlichen deshalb erforderlich wurde, weil sich das System der Rechtsschutzbestimmungen des Bunde geändert hat.

Kompetenzrechtlich ist das Vergaberecht hinsichtlich des Rechtsschutzes nach wie vor geteilt, zuständiger Rechtsschutzgesetzgeber ist – nach wie vor – der Landesgesetzgeber.

2. Im Einzelnen

2.1. Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates

Die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungssenates als „Feststellungsbehörde“ wurde im Sinne des § 3 Abs. 3 und 4 geändert, womit der UVS unter anderem nunmehr auch zuständig ist

- a) zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde,
- b) zur Feststellung, ob der Zuschlag in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach §§ 131, 272 BundesvergabeG 2006 erteilt wurde,
- c) zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen §§ 152 u.a. BundesvergabeG rechtswidrig war
- d) in einem Verfahren nach den Ziffern 3-5 zur Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Verfahrens
- e) in einem Verfahren nach den Ziffern 3-5 zur Verhängung von Sanktionen nach § 17 Abs. 7 BundesvergabeG 2006.

Maßgeblich ist – dies sieht man bereits aus der Zuständigkeitsbestimmung – dass

- a) die Möglichkeiten des UVS zur Nichtigkeitserklärung und Aufhebung eines Vertrages beträchtlich erweitert worden sind und
- b) darüber hinaus die Möglichkeit besteht, Sanktionen nach § 17 Abs. 7 Tiroler VergabenachprüfungsG zu verhängen.

Ebenso hat sich die Zuständigkeit des UVS dahingehend erweitert, dass dessen Kompetenzen nach Widerruf eines Vergabeverfahrens ebenfalls vergrößert worden sind.

2.2. Fristenrecht

Auch das Fristenrecht hat sich dahingehend geändert, dass die Rechtsmittelfristen bei der Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Wege oder mittels Telefax nunmehr

- a) im Oberschwellenbereich 10 Tage
- b) im Unterschwellenbereich 7 Tage

betragen, es wäre denn, eine Entscheidung wäre nach § 55 Abs. 5 oder § 219 Abs. 5 BundesverfgabeG 2006 freiwillig kundgemacht worden.

Bei der Durchführung der Direktvergabe beträgt die Frist 7 Tage, ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Diese Fristen gelten nunmehr auch für den Beitrittsschriftsatz zur Wahrung der Parteistellung.

Im Einzelnen ist auf die Bestimmung des § 6 Tiroler VergabenachprüfungsG zu verweisen.

Zugleich hat ein Nachprüfungsantrag nunmehr bei der Angabe des Auftraggebers und des Antragstellers auch die jeweilige Faxnummer und elektronische Adresse entsprechend den Angaben im Nachprüfungsantrag zu enthalten.

2.3. § 17 Tiroler VergabenachprüfungsG

Vor allem die Bestimmung des § 17 Tiroler VergabenachprüfungsG ist im Wesentlichen neu, da sie neben der Befugnis zur Feststellung von Rechtsverstößen nunmehr auch die Möglichkeit der Sistierung von Verträgen und die Möglichkeit eines „Sanktionensystems“ enthält.

Die Bestimmungen der §§ 17 und 17a Tiroler VergabenachprüfungsG sind dem aktuellen Landesgesetzblatt zu entnehmen.

Demgemäß kann der UVS gemäß § 17 Abs. 5 Tiroler VergabenachprüfungsG im Anschluss ein eine Feststellung nach § 3 Abs. 3 Zahl 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einen späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Der UVS hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allenfalls betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen und kann unter bestimmten Voraussetzungen im Unterschwellenbereich von einer derartigen Sanktion absehen.

Wenn der UVS von der Nichtigerklärung gemäß § 17 Abs. 2, 1. Satz oder Abs. 3 abgesehen hat, so kann er eine Geldbuße verhängen.

Diese ist nach der Schwere des Verstoßes, der Vorgehensweise des Auftraggebers sowie sinngemäß nach den Erschwerungs- und Milderungsgründen nach § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes zu bemessen. Korrespondierende Bestimmungen enthält § 17a Tiroler VergabenachprüfungsG.

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass das Sanktionenrecht, das nun erheblich ausgebaut worden ist, erhebliche Möglichkeiten für Rechtseingriffe beinhaltet.

E Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Änderungen des Anfechtungs- und auch des Fristenrechts wesentlich für den täglichen „Betrieb“ des Architekten und Ingenieurs sein werden; dasselbe gilt für die Änderungen des Ausschreibungs- und des Prüfungsrechtes.

Anhänge

VO BGBl 125/2009

Sallinger, Anhebung der Grenzwerte im Vergaberecht wirklich verfassungswidrig?

VO BGBl II 72/2010

VO BGBl II 73/2010

LGBI 17/2010

E VwGH 2009/04/0250

Trotz sorgfältiger Bearbeitung des Manuskripts wird keine Haftung seitens des Verfassers übernommen. Alle Rechte liegen beim Verfasser RA Dr. Michael E. Sallinger, Sillgasse 21/III, 6020 Innsbruck. Diese Unterlage dient ausschließlich als Handout zu der Informationsveranstaltung im 27.4.2010.