

Amt der Niederösterreichischen Landesregierung

LAD3-A-1886/33-98

Bearbeiter
MMag. Kodric

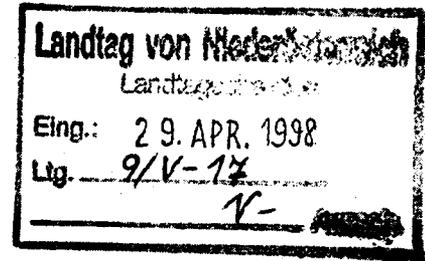
Telefon
Kl. 2109

Datum
28. April 1998

Betrifft
Novelle zum NÖ Vergabegesetz; Motivenbericht

Hoher Landtag!

Zum Gesetzesentwurf wird berichtet:



Allgemeiner Teil

Ausgangslage und Zielsetzung:

Das derzeit in Geltung stehende NÖ Vergabegesetz setzt folgende Richtlinien zum Vergabewesen um:

- 1) Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, geändert durch Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 und die Entscheidung 90/380/EWG der Kommission vom 13. Juli 1990 betreffend die Aktualisierung von Anhang I),
- 2) Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, geändert und ergänzt durch Richtlinie 80/767/EWG des Rates vom 22. Juli 1980 und durch Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988),
- 3) Sektorenrichtlinie (Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor) und
- 4) Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge).

Dieser Umsetzungsstand entspricht den im Anhang XVI der Stammfassung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen), BGBl. Nr. 909/1993, angeführten, von Österreich umzusetzenden Richtlinien.

Durch den Beschluß Nr. 7/94 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, welcher mit BGBl. Nr. 566/1994 kundgemacht wurde, sowie in weiterer Folge durch den Staatsvertrag über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union ist Österreich verpflichtet, weitere Richtlinien zum Vergabewesen umzusetzen, nämlich die

- Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (kodifizierte Fassung der Lieferkoordinierungsrichtlinie),
- Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (kodifizierte Fassung der Baukoordinierungsrichtlinie) und
- Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (kodifizierte Fassung der Sektorenrichtlinie),

welche an die Stelle der oben angeführten bisher geltenden Richtlinien (Z. 1 bis 3) treten, sowie die

- Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie) und die
- Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungs-koordinierungsrichtlinie).

Ziel des vorliegenden Entwurfes ist die Herstellung eines mit dem EG-Vergaberecht übereinstimmenden Rechtszustandes.

Der Schwerpunkt der vorliegenden Novelle liegt somit in der Umsetzung der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie sowie der Rechtsmittelrichtlinie für den Sektorenbereich.

Darüber hinaus soll auch auf die von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Zuge der Prüfung des ihr notifizierten NÖ Vergabegesetzes geäußerte Kritik an einzelnen Bestimmungen des Gesetzes Bedacht genommen werden, um die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens zu verhindern. Diese Kritikpunkte, welche mit Vertretern der Kommission in mehreren Paketsitzungen ausführlich erörtert wurden, betreffen unter anderem folgende Punkte:

- Die von Bewerbern, Bietern und Subunternehmern als Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit verlangte Bestätigung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, daß eine wesentliche Verletzung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes 1975 nicht festgestellt wurde, widerspräche den Richtlinien, da sie eine zusätzliche, in der taxativen Aufzählung der nach den Richtlinien zu verlangenden Nachweise nicht angeführte Bestätigung darstelle.
- Die Begrenzung des Schadenersatzes auf das negative Interesse gemäß § 24 Abs. 1 sei im Hinblick auf die jüngste Judikatur des EuGH (Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pecheur) gemeinschaftsrechtswidrig.
- Die Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens entspreche teilweise nicht den Richtlinien 89/665/EWG bzw. 92/13/EWG.

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in mehreren Verfahren mit der Frage der Organisation der Vergabekontrolle durch das NÖ Vergabegesetz befaßt. In seinem Erkenntnis vom 26. Juni 1997, G 270/96-10, G 271/96-7, G 272/96-7, G 273/96-7, G 288/96-8, G 299/96-11, G 300/96-11 und G 318/97-8, hat er ausgesprochen, daß die Betrauung des Unabhängigen Verwaltungssenates mit der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens verfassungskonform ist.

Die im IV. Abschnitt vorzunehmenden Änderungen können sich daher auf Verbesserungen bei der Durchführung des Schlichtungs- und Nachprüfungsverfahrens - insbesondere auch auf Grund der bis dato gemachten Erfahrungen - beschränken.

Aus europarechtlicher Sicht ist zur Frage der Vergabekontrolle durch die Unabhängigen Verwaltungssenate derzeit ein Vorabentscheidungsverfahren (Rs. C 258/96) beim EuGH anhängig.

Am grundsätzlichen regelungstechnischen Konzept des NÖ Vergabegesetzes soll durch den vorliegenden Entwurf nichts geändert werden:

Das NÖ Vergabegesetz trägt weiterhin dem Grundsatz einer möglichst weitgehenden Harmonisierung der Vergaberegeln des Bundes und der Länder Rechnung (vgl. mehrere Beschlüsse der Landeshauptmännerkonferenz, zuletzt am 24. November 1993).

Das NÖ Vergabegesetz regelt weiterhin nur jene Vergabeverfahren, hinsichtlich derer eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Regelung besteht, sodaß Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht erfaßt werden. Dennoch müssen auch bei den nicht geregelten Vergabeverfahren die allgemeinen Grundsätze des EGV beachtet werden (z. B. verbietet das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit die Anwendung von Lokalpräferenzen). Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft nennt in ihrer Mitteilung "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union" vom 11. März 1998, KOM (1998) 143 endg., unter anderem das Gleichbehandlungsgebot, das Diskriminierungsverbot, das Transparenzgebot oder den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als Prinzipien, die auch unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden sind.

Zur Kostenfrage:

Da die Gebietskörperschaften aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie bereits derzeit verpflichtet sind, ihre diesbezüglichen Vergabeverfahren EU-konform abzuwickeln, ist in diesem Bereich mit einem Mehraufwand durch den vorliegenden Entwurf nicht zu rechnen.

Auch die Organe der Vergabekontrolle (NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge und Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich) sind vom Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien ausgegangen und haben auch Verfahren aus jenen Bereichen, die bisher vom Geltungsbereich des NÖ Vergabegesetzes nicht erfaßt waren (z. B. Dienstleistungsaufträge mit einem Auftragswert von mehr als 200.000 ECU) in analoger Anwendung der bereits umgesetzten Bestimmungen einer Behandlung zugeführt (vgl. z. B. den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 9. September 1997, Senat-AB-97-013/1). Es ist somit auch im Bereich der Vergabekontrolle durch den vorliegenden Entwurf nicht mit einem Mehraufwand zu rechnen.

Da sich der Entwurf auf die notwendige Umsetzung von Richtlinien beschränkt, ist er schon aus diesem Grund von einem allfälligen Konsultationsmechanismus ausgenommen.

Besonderer Teil

Zu Z. 1 (Titel):

Der Titel des Gesetzes wurde den NÖ Legistischen Richtlinien angepaßt.

Zu Z. 3 (§§ 1 - 4):

Die Bestimmungen entsprechen den §§ 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes 1997.

Zu § 3 Abs. 1 Z. 8 (neu) wird festgehalten:

Eine "öffentliche Dienstleistungskonzession" ist ein "Vertrag anderer Art als eine öffentliche Baukonzession im Sinne der Baukoordinierungsrichtlinie, der zwischen einem Auftraggeber und einer anderen Stelle geschlossen wird, und aufgrund dessen der Auftraggeber die Ausführung einer Tätigkeit zugunsten der Öffentlichkeit, die seiner Verantwortung untersteht, einer anderen Stelle seiner Wahl überträgt, die die Tätigkeit gegen ein Nutzungsrecht, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung einer Vergütung ausführt". Diese in den Richtlinienvorschlägen der Kommission noch enthaltene Definition wurde in den endgültigen Text der Richtlinie nicht aufgenommen, sodaß derartige Verträge nicht von der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie erfaßt werden. Folgerichtig wird eine diesbezügliche Ausnahmebestimmung in das NÖ Vergabegesetz aufgenommen.

Zu Z. 4 (§ 5 Abs. 2 Z. 1) und Z. 5 (§ 5 Abs. 3):

Die Änderungen stellen lediglich eine sprachliche Anpassung an die entsprechend novellierte Bestimmung des Bundesvergabegesetzes 1997 dar.

Zu Z. 6 (§ 6 Abs. 2):

Der in den EG-Vergaberichtlinien verwendete Begriff "Los" stammt aus der bundesdeutschen Terminologie und bezeichnet dort Teile oder Abschnitte eines Vergabeverfahrens, aber auch Teile einer Gesamtleistung (Teil- oder Fachlose). Es erscheint daher geboten, klarzustellen, daß "Lose" im Sinne dieses Gesetzes auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges 1, also "Gewerke" im Sinne der österreichischen Terminologie, umfassen.

Zu Z. 7 (§§ 7 und 8):

Die Bestimmungen entsprechen den §§ 7 und 8 des Bundesvergabegesetzes 1997.

Zu Z. 8 (§ 9):

Die Bestimmungen entsprechen dem § 9 des Bundesvergabegesetzes 1997. Es handelt sich dabei um die (teilweise geringfügig sprachlich modifizierte) Bestimmungen des bisherigen § 4, in welchen die erforderlichen Anpassungen zur Einbeziehung der Dienstleistungsaufträge in den Sektorenbereich aufgenommen wurden.

Zu Z. 9 und 10 (§ 10 Abs. 1 und 2):

Die EG-Vergaberichtlinien sehen vor, daß der Gegenwert der Schwellenwerte in nationaler Währung, beginnend mit 1. Jänner 1994, alle 2 Jahre revidiert wird.

Die Berechnung dieser Gegenwerte erfolgt auf der Grundlage des in ECU angegebenen Mittelwertes der Tageswerte dieser Währungen in den 24 Monaten, die am letzten Augusttag vor der zum 1. Jänner in Kraft tretenden Revision enden. Diese Gegenwerte werden jeweils Anfang November im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht.

Durch die Kundmachungspflichtung der Landesregierung soll innerstaatlich eine umfassende Publizität gewährleistet werden.

Aus verfassungsrechtlichen Überlegungen soll der Gesetzestext des NÖ Vergabegesetzes jedenfalls nur durch den Landesgesetzgeber geändert werden können. Die im § 10 Abs. 3 des Bundesvergabegesetzes 1997 festgelegte Möglichkeit, per Verordnung andere Schwellenwerte festzulegen, soweit völkerrechtliche Verpflichtungen Österreichs oder die Änderung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften dies erforderlich machen, wurde daher nicht in das NÖ Vergabegesetz übernommen.

Z. 11 (§ 11 Abs. 1):

Durch die vorgeschlagenen Änderungen sollen - im Zusammenhalt mit den weiter in Geltung stehenden Bestimmungen des § 11 (neu) - Lücken im persönlichen Geltungsbereich des NÖ Vergabegesetzes geschlossen werden.

Nach den Vergaberichtlinien sind öffentliche Auftraggeber nicht nur die Gebietskörperschaften, sondern auch "Einrichtungen des öffentlichen Rechts". Das sind Einrichtungen, die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und die einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen,
- Rechtspersönlichkeit besitzen und
- überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder deren Leitung einer Kontrolle durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden.

Den Richtlinien unterliegen also alle Einrichtungen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet wurden und die dem Einfluß des Staates unterliegen. Dem Einfluß des Staates unterliegen sie dann, wenn zu diesem Verbindungen im Sinne mindestens eines Punktes des obigen dritten Kriteriums bestehen.

Dem Erfordernis der Richtlinien, alle Einrichtungen zu erfassen, die vom Staat beherrscht werden, wird in den Stammfassungen der Vergabegesetze des Bundes und der Länder nicht ausreichend Rechnung getragen, weil darunter nur solche Einrichtungen verstanden werden, die der Gebarungskontrolle durch den Rechnungshof unterliegen. Es hat sich bald gezeigt, daß es vereinzelt auch Körperschaften des öffentlichen Rechts, Fonds oder Anstalten gibt, welche die Kriterien der "Einrichtungen des öffentlichen Rechts" der Richtlinien erfüllen aber nicht der Rechnungshofkontrolle unterliegen.

Unter den in dieser Bestimmung demonstrativ aufgezählten "Einrichtungen des Landes" sind alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu verstehen, deren Grundlage landesgesetzliche Bestimmungen sind. Damit werden beispielsweise auch Einrichtungen wie die Landwirtschaftskammer, die Landarbeiterkammer oder der Landesfeuerwehrverband, die bisher vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen waren, erfaßt. Rechtsträger, zu deren Einrichtung der Bundesgesetzgeber zuständig ist, wie beispielsweise die Wirtschaftskammern, die Arbeiterkammern, die Ingenieurkammern, die Wasserverbände und anderes mehr fallen hingegen in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 1997.

Die genannten Einrichtungen unterliegen dem Anwendungsbereich des Gesetzes freilich nur dann, wenn sie zu dem Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Dazu ist folgendes auszuführen:

Unter im "Allgemeininteresse liegende Aufgaben" ist ein gewisser Kernbereich von Agenden zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat besorgt werden. Anhaltspunkte bietet Art. 90 Abs. 2 EGV und die Judikatur des EuGH zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.

Im allgemeinen kann man davon ausgehen, daß ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Daß dabei wirtschaftliche Grundsätze zu beachten sind, steht der Verpflichtung auf das Allgemeininteresse nicht entgegen.

Handelt der Staat hingegen in privatrechtlichen Formen, so gilt diese Vermutung nicht. Daß der mit der Wirtschaftstätigkeit erzielte Gewinn letztendlich dem "Staat" zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses alleine ebenfalls nicht aus. Hinzutreten muß eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann.

Eine weitere Voraussetzung für die Qualifikation als "öffentliche Auftraggeber" ist die "Gewerblichkeit der Einrichtung". Auch dabei handelt es sich um einen europarechtlichen Begriff (einer europarechtlichen Definition), der "autonom" ausgelegt werden muß. Eine Begriffsdefinition allein anhand des nationalen Rechts, etwa anhand § 1 der Gewerbeordnung 1994, ist daher unzulässig.

Unter einer "gewerblichen Einrichtung" ist jene "Einrichtung des öffentlichen Rechts" zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (d. h. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt. Dies ist wohl dann nicht der Fall, wenn eine staatliche Kontrolle oder die Möglichkeit einer Einflußnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien erfolgen kann, gleichgültig in welcher Art diese verwirklicht werden. Die Einflußnahme kann auch darin liegen, daß Einrichtungen "vom Staat" bevorzugt oder Schranken für potentielle Mitbewerber errichtet werden, die bewirken, daß - wenn auch nur in Teilbereichen - der freie Wirtschaftswettbewerb verhindert oder eingeschränkt wird. Dies kann etwa durch eine Verhinderung oder Beschränkung des Anbieterwettbewerbes oder durch die besondere (z. B. gesetzliche) Ausgestaltung von Rahmenbedingungen betreffend die Abwicklung von Aufträgen geschehen, die einen bestimmten Anbieter oder eine Gruppe von Anbietern bevorzugt.

Daraus folgt für die Frage, ob eine Einrichtung "gewerblich" ist oder nicht, daß auf ihre Nähe zum originär staatlichen Tätigkeitsbereich sowie auf die Möglichkeit der Einflußnahme und Kontrolle durch den Staat abzustellen ist, wobei entscheidend ist, ob in den richtlinienrelevanten Sachverhalten eine - gegenwärtige oder zukünftige - Entscheidungsbeeinflussung (ex ante) nach spezifisch staatsbezogenen Kriterien möglich ist. "Gewerblich" wäre demnach eine Einrichtung dann, wenn sie sich in ihrem Tätigkeitsbereich (ungeachtet ihrer Rechtsform) nicht von anderen privaten Wettbewerbern unterscheidet, sie bei der Beschaffung wie ein gewöhnliches Unternehmen im privaten Wirtschaftsverkehr agiert und bei der Vergabe von Aufträgen kein staatlicher Einfluß stattfindet (vgl. etwa HAILBRONNER; Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, Wirtschaft und Verwaltung H 4/1994, 173, 194; derselbe, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, aaO, 140).

Einrichtungen, die zwar (auch) "gewerbliche" Tätigkeiten ausüben, eigentlich aber zur Erfüllung anderer im Allgemeininteresse liegender Aufgaben gegründet wurden, z. B. eine eigens für Verwaltungsaufgaben im Sozialbereich gegründete Einrichtung, die zum Ausgleich ihrer Bilanz eine gewinnbringende Tätigkeit ausübt, unterliegen jedoch dem Gesetz. Die Richtlinien und auch das NÖ Vergabegesetz stellen nämlich nicht auf das Überwiegen der "gewerblichen" Tätigkeit bei Unternehmen und Einrichtungen ab.

Zur Verbesserung der Transparenz enthält Anhang 1 der Baukoordinierungsrichtlinie in der Fassung der Beitrittsakte (Anhang 1 Ziffer XI Abschnitt E "Öffentliches Auftragswesen"), BGBl. Nr. 45/1995, eine indikative Auflistung aller jener Einrichtungen, somit auch der österreichischen, die unter diesen Begriff der Richtlinien fallen. Eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinne der Richtlinien ist jedoch nicht erst dann zur Einhaltung der Richtlinien verpflichtet, wenn sie in dem Verzeichnis angeführt ist, sondern von dem Zeitpunkt an, zu dem sie die genannten Kriterien erfüllt. Umgekehrt kann aber auch eine in dem Verzeichnis genannte Einrichtung aus dem Anwendungsbereich der Richtlinien herausfallen, falls mindestens eines der Kriterien nicht mehr erfüllt ist.

Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Einrichtung von den Richtlinienbestimmungen erfaßt wird oder nicht.

Z. 12 (§ 11 Abs. 5):

Der neue Abs. 5 enthält die bisherige Bestimmung des § 1 Abs. 3, die aufgrund des Art. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie bzw. Art. 3 Abs. 3 der Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie leicht modifiziert werden mußte. Die systematische Neueinordnung erfolgte analog dem Bundesvergabegesetz 1997.

Z. 13 (§ 12 Abs. 1):

Die Z. 1, 3 und 4 wurden in Übereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 neu formuliert. Die bisherige Z. 4 wird nunmehr zu Z. 5.

Z. 14 (§ 12 Abs. 2):

Durch die vorgenommenen Änderungen wird nunmehr der Rechtsschutz auch auf die vom NÖ Vergabegesetz erfaßten Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor ausgeweitet. Dadurch wird die Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie umgesetzt.

Z. 15 (§ 13 Abs. 1) und Z. 16 (§ 13 Abs. 2):

Durch die Änderungen wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetz 1997 bzw. des NÖ Vergabegesetzes Rechnung getragen.

Z. 17 (§ 13 Abs. 3):

Die ÖNORM A 2050 kennt eine Präferenz für Festpreise. Zu Festpreisen ist auszusprechen, anzubieten und zu vergeben, wenn nicht daraus den Vertragspartnern durch langfristige Verträge oder anderswie (z. B. preisbestimmende börsennotierende Rohstoffanteile) unzumutbare Unsicherheiten entstehen. Diesfalls ist zu veränderlichen Preisen auszusprechen, anzubieten und zu vergeben. Um unangemessen lange Zeiträume für die Geltung fester Preise zu vermeiden, soll mit der vorgeschlagenen Regelung - in Übereinstimmung mit dem Bundesvergabegesetz 1997 - der Zeitraum für Festpreisregelungen grundsätzlich mit zwölf Monaten begrenzt werden. Die Überschreitung der Geltungsdauer einer Festpreisregelung über zwölf Monate hinaus wird daher einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürfen.

Z. 18 (§ 13 Abs. 5):

Durch statische Verweisung wird nunmehr auf das Bundesvergabegesetz 1997 in seiner wiederverlautbarten Form verwiesen.

Z. 19 (§ 14 Abs. 1):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen. Da nunmehr im Bereich des Rechtsschutzes vorgesehen ist, daß der Auftraggeber innerhalb von vier Wochen ab Verständigung über die Anrufung der Schlichtungsstelle bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen darf (§ 23 Abs. 4), ist durch eine besondere Regelung sicherzustellen, daß während eines Schlichtungsverfahrens die Zuschlagsfrist (und damit die Bindung des Bieters an sein Angebot) nicht abläuft.

Z. 20 (§ 14 Abs. 2):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen.

Z. 21 (§ 14 Abs. 3) und Z. 22 (§ 14 Abs. 5):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des NÖ Vergabegesetzes Rechnung getragen.

Z. 23 bis Z. 26:

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen.

Z. 27 (§ 18. Überschrift):

Aufgrund der Umsetzung der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie waren auch die Dienstleistungsaufträge in die Überschrift aufzunehmen.

Z. 28 (§ 18 Abs. 1):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen.

Z. 29 (§ 18 Abs. 2):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen. Der Inhalt des § 64 Bundesvergabegesetz 1997 wird im neuen Abs. 3 wiedergegeben.

Z. 30 (§ 18 Abs. 3):

Die Kommission hat in ihrer Empfehlung vom 30. Juli 1996 über die Verwendung des gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) festgestellt, daß die Verwendung einer einheitlichen Nomenklatur zu einer größeren Transparenz im Bereich der öffentlichen Aufträge führt.

Das CPV wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. S 169 vom 3. September 1996 veröffentlicht. § 64 Bundesvergabegesetz 1997 sieht vor, daß der Bundeskanzler das CPV sowie dessen Änderungen unverzüglich kundzumachen hat. Diese Kundmachung erfolgte mit BGBl. II Nr. 272/1997.

Im Hinblick auf den Umfang des CPV (fast 200 eng bedruckte Seiten im Format DIN A 4) erscheint eine eigenständige Kundmachung durch die Landesregierung nicht zweckmäßig. Die erforderliche Publizität erscheint durch die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften und die Kundmachung des Bundeskanzlers im Bundesgesetzblatt in ausreichendem Ausmaß gegeben.

Die Verwendung allfälliger Aktualisierungen des CPV ist von der Landesregierung mit Verordnung festzulegen. In dieser Verordnung werden zur Erreichung der erforderlichen Publizität ebenfalls die Fundstellen der jeweiligen Änderungen anzugeben sein.

Z. 31 bis 34:

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen.

Z. 35 (§ 21):

Durch die Änderung werden die besonderen Bestimmungen über die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen aus dem Bundesvergabegesetz 1997 übernommen.

Z. 36 (§ 22 Abs. 1):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen. Da § 64 des Bundesvergabegesetzes 1997 (Verwendung des CPV) nicht rezipiert wird, tritt an seine Stelle § 18 Abs. 3 des NÖ Vergabegesetzes.

Zu Z. 37 (§ 22 Abs. 2):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des Bundesvergabegesetzes 1997 Rechnung getragen.

Zu Z. 38 (§ 23 Abs. 2 bis 8):

Nach dem Beschluß des NÖ Vergabegesetzes durch den Landtag hat das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst im Zuge des Verfahrens gemäß Art. 98 B-VG kritisiert, daß das NÖ Vergabegesetz keinerlei Bestimmungen über die Mitglieder der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge enthalte. Im Hinblick auf das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG erscheine es aber verfassungsrechtlich geboten, die personelle Zusammensetzung der Schlichtungsstelle in der gesetzlichen Rechtsgrundlage zu verankern, weiters die an die Mitglieder zu stellenden fachlichen Anforderungen, die Art ihrer Bestellung, der Funktionsdauer, der Abberufung sowie ihre Rechtsstellung.

Die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge besteht aus zwei Mitgliedern, nämlich dem Baudirektor und einem rechtskundigen Mitarbeiter der Abteilung Allgemeine Verwaltungsangelegenheiten. Im Falle der Verhinderung eines Mitgliedes (auch bei Verhinderung infolge von Befangenheit) findet eine Vertretung dieser Mitglieder statt. In einem neuen Abs. 2 sollen diese tatsächlichen Gegebenheiten, welche sich in der Praxis sehr gut bewährt haben, nunmehr rechtlich verankert werden. Hinsichtlich Bestellung, Funktionsdauer, Abberufung und Ende der Mitgliedschaft wurden die Bestimmungen über ähnliche beim Amt der NÖ Landesregierung eingerichtete Kommissionen, z. B. die Prüfungskommissionen, als Vorbild herangezogen.

Abs. 3 entspricht dem bisherigen Abs. 2, jedoch entfällt die Verpflichtung des Beschwerdeführers, den Auftraggeber von der Anrufung der Schlichtungsstelle zu verständigen. Diese Verständigung erfolgt nunmehr wegen der mit ihr verbundenen Rechtsfolgen durch die Schlichtungsstelle (vgl. Abs. 4). Um eine terminologische Trennung zwischen Schlichtungsverfahren und Nachprüfungsverfahren herzustellen, wird der Ausdruck "Nachprüfung" durch "nachträgliche Prüfung" ersetzt.

Es hat sich in der Praxis als unbefriedigend erwiesen, daß es dem Auftraggeber unbenommen bleibt, nach der Verständigung von der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen und damit das Ziel des Schlichtungsverfahrens zu vereiteln. Es wird daher in Abs. 4 eine Regelung eingeführt, wonach der Auftraggeber innerhalb von vier Wochen ab der Verständigung den Zuschlag nicht erteilen darf. In den Fällen der Z. 1 bis 3 kann die vierwöchige Frist auch zu einem früheren Zeitpunkt enden. Durch diese Regelung wird sichergestellt, daß während der Dauer des Schlichtungsverfahrens kein Vertrag abgeschlossen werden kann. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages, das heißt der Vertrag entfaltet ex tunc keine Wirkungen. Aus dem Verbotszweck der Norm folgt, daß sich jeder auf die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages berufen kann. Eine besondere Geltendmachung der Nichtigkeit (z. B. in Form einer Anfechtung) ist nicht erforderlich; die Nichtigkeit ist auch von Amts wegen wahrzunehmen. Als flankierende Regelung ist auf § 14 Abs. 1 (Verlängerung der Zuschlagfrist) zu verweisen. Durch diese Konstruktion wird jedenfalls gewährleistet, daß der Auftraggeber kein "fait accompli" zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden schaffen kann.

Abs. 5 entspricht dem bisherigen Abs. 3. Es wird jedoch klargestellt, wie für den Fall, daß sich ein Streitteil nicht in die Verhandlung einläßt, vorzugehen ist. Die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung erscheint in dieser Situation entbehrlich.

Abs. 6 entspricht dem bisherigen Abs. 4.

In der Praxis hat es sich als problematisch erwiesen, daß Dritte (z. B. Bewerber, Bieter) nicht am Schlichtungsverfahren beteiligt sind. Oft ist es etwa strittig, ob das Angebot eines Dritten überhaupt zulässig ist oder ob es auszuschneiden wäre. Es ist daher sinnvoll, dem betroffenen Unternehmer ein Teilnahmerecht einzuräumen. Dies soll auch einer Schlichtung zu Lasten Dritter vorbeugen helfen.

Abs. 8 entspricht dem bisherigen Abs. 5. Auf Wunsch des Unabhängigen Verwaltungssenates sollen auch die Art des Auftrages und der geschätzte Auftragswert in die Niederschrift aufgenommen werden.

Zu Z. 39 (§ 24 Abs. 2):

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des NÖ Vergabegesetzes Rechnung getragen und gleichzeitig in Anlehnung an das Bundesvergabegesetz 1997 eine geringfügige sprachliche Anpassung vorgenommen.

Zu Z. 40 (§ 24 Abs. 3):

Art 2 Abs. 7 der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie enthält eine Regelung über die Voraussetzung einer Klage auf Schadenersatz, die in der Rechtsmittelrichtlinie nicht enthalten war. Dadurch wird die nähere Terminierung der Prüfungsbefugnis des Unabhängigen Verwaltungssenates erforderlich. Aufgrund der einheitlichen Gestaltung des Rechtsschutzsystems gilt dies nun ebenfalls für den Bereich der "klassischen" Vergaberichtlinien. Das Vorliegen einer "echten Chance" wird vom Unabhängigen Verwaltungssenat danach zu beurteilen sein, ob Bewerber oder Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wären. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles wird zu entscheiden sein, ob eine echte Chance, das heißt eine konkrete Möglichkeit der Zuschlagserteilung, vorgelegen ist.

Zu Z. 41:

Der Entfall von § 24 Abs. 4 (neu) entspricht inhaltlich der Z. 116 der Änderung des Bundesvergabegesetzes, BGBl. Nr. 776/1996.

Zu Z. 42 (§ 25 Abs. 2):

Bisher ist als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens normiert, daß in derselben Sache ein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde und in diesem Schlichtungsverfahren keine gütliche Einigung erzielt wurde. Demnach besteht - da die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens eine notwendige Voraussetzung hierfür ist - keine Möglichkeit zur Beschreitung des Rechtsweges beim Unabhängigen Verwaltungssenat, wenn die Schlichtungsstelle sich für unzuständig erklärt hat oder untätig geblieben ist. Aus rechtsstaatlichen Überlegungen soll nunmehr auch für diesen Fall Vorsorge getroffen werden.

Bisher traf das NÖ Vergabegesetz auch keine Vorkehrung für den Fall, daß der Auftraggeber das Ergebnis einer gütlichen Einigung vor der Schlichtungsstelle mißachtet. Dem Bewerber oder Bieter soll auch in diesem Fall die Möglichkeit zur Anrufung des Unabhängigen Verwaltungssenates geboten werden.

Zu Z. 43 (§ 25 Abs. 3):

Die derzeit normierte Frist zur Erstellung eines Nachprüfungsantrages beim Unabhängigen Verwaltungssenat von vier Wochen ab Kenntnis des Zuschlages kann vom Bewerber oder Bieter nur eingehalten werden, wenn er den Schlichtungsantrag so rechtzeitig stellt, daß das zwingend vorgeschriebene Schlichtungsverfahren noch innerhalb dieser Frist durchgeführt werden kann. Die Dauer des Schlichtungsverfahrens ist dem Bewerber oder Bieter aber im vorhinein nicht exakt bekannt.

Zur Beseitigung dieser für den Rechtsschutzsuchenden unbefriedigenden Situation soll die Dauer des Schlichtungsverfahrens nicht in die Antragsfrist eingerechnet werden. Die Verlängerung der Antragsfrist auf sechs Wochen entspricht § 115 Abs. 4 des Bundesvergabegesetz 1997 und kann dem Auftraggeber schon deshalb nicht zum Nachteil gereichen, weil es sich bei der gegenständlichen Bestimmung ausschließlich um jene Fälle handelt, in denen der Zuschlag bereits erteilt wurde.

Zu Z. 44 (§ 25 Abs. 4 Z. 6):

Im neuen § 25 Abs. 2 wird die Anrufung des Unabhängigen Verwaltungssenates auch in Fällen möglich sein, in denen kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde (z. B. bei Untätigkeit der Schlichtungsstelle). In diesen Fällen kann keine Niederschrift des Schlichtungsverfahrens vorgelegt werden. Die bisher zwingend vorgeschriebene Vorlage der Niederschrift soll nunmehr durch einen Nachweis über die Befassung der Schlichtungsstelle ersetzt werden. Zweckmäßigerweise werden dem Antrag - sofern vorhanden - auch in Zukunft die Niederschrift über das Schlichtungsverfahren bzw. allfällige andere Erledigungen der Schlichtungsstelle (z. B. Schreiben, mit dem die Unzuständigkeit erklärt wird) anzuschließen sein.

Zu Z. 45 (§ 26 Abs. 2):

Die derzeit normierte Frist von einem Monat ab Kenntnis der behaupteten Rechtswidrigkeit oder der unmittelbar drohenden Schädigung kann vom Bewerber oder Bieter nur eingehalten werden, wenn er den Schlichtungsantrag so rechtzeitig stellt, daß das zwingend vorgeschriebene Schlichtungsverfahren noch innerhalb dieser Frist durchgeführt werden kann. Die Dauer des Schlichtungsverfahrens ist dem Bewerber oder Bieter aber im Vorhinein nicht exakt bekannt. Zur Beseitigung dieser für den Rechtsschutzsuchenden unbefriedigenden Situation soll die Frist durch ein Ereignis zu laufen beginnen, dessen Zeitpunkt vom Bieter oder Bewerber exakt festgestellt werden kann.

Zu Z. 46 (§ 26 Abs. 4) und Z. 47 (§ 26 Abs. 5):

Diese Bestimmungen wurden textlich an § 116 Abs. 4 und 5 des Bundesvergabegesetzes 1997 angepaßt.

Zu Z. 48 (§ 26 Abs. 6):

§ 26 Abs. 6 entspricht nunmehr dem § 116 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 1997 in seiner novellierten Fassung. Gleichzeitig war die statische Verweisung auf das VVG zu aktualisieren.

Zu Z. 49 (§ 27 Abs. 3):

Die Bestimmung wird sprachlich an § 24 Abs. 3 angeglichen.

Zu Z. 50 (§ 28 Abs. 3):

Die statische Verweisung auf das AVG war zu aktualisieren.

Zu Z. 51 (§ 29):

Das Zitat war an das Bundesvergabegesetz 1997 anzupassen; die Bezeichnung "Kommission der Europäischen Gemeinschaft" war richtigzustellen.

Zu Z. 52 (§ 30 und 31):

Die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 über das Bescheinigungsverfahren und die außerstaatliche Schlichtung werden mit den verfassungsrechtlich gebotenen Modifikationen übernommen. Die Verbindlicherklärung der ÖNORM-EN 45503 soll - abweichend vom Bundesvergabegesetz 1997 - nicht durch Verordnung, sondern unmittelbar durch Gesetz erfolgen. Die Fundstelle der ÖNORM-EN 45503 wird zur Erleichterung des Zuganges zu dieser Norm angeführt.

Zu Z. 53 (§ 32 Abs. 1):

Im Lichte der jüngsten Judikatur des EuGH (RS C-46/93 und C-48/93) entfällt in § 32 Abs. 1 der letzte Satz. In Verbindung mit der Regelung des § 34 folgt daraus, daß über den positiven Schaden hinausgehende Ansprüche gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen wären. Damit wird der Judikatur des EuGH vollinhaltlich Rechnung getragen. Lediglich der Klarstellung halber ist festzuhalten, daß um derartige Ansprüche (entgangener Gewinn) vor den ordentlichen Gerichten geltend machen zu können, vorerst ein Nachprüfungsverfahren nach dem NÖ Vergabegesetz (inklusive Feststellung gemäß § 24 Abs. 3) durchzuführen ist. Die Feststellung gemäß § 24 Abs. 3 ist sohin eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der ordentlichen Gerichte zur Erlangung von Schadenersatz. Ein Ersatz des entgangenen Gewinnes ist gleichwohl nur hinsichtlich eines allenfalls übergangenen Bestbieters vorstellbar.

Zu Z. 54 (§ 32 Abs. 2):

Damit ist klargestellt, daß in allen anderen Fällen (das heißt auch beim Bestehen einer "echten Chance" im Sinne des § 24 Abs. 3) ein Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 32 besteht. Es handelt sich damit nicht um Schadenersatz im strengen Sinn, der voraussetzt, daß der konkret Geschädigte identifiziert werden kann, sondern es können auch mehrere Bewerber oder Bieter - wenngleich nicht alle den Zuschlag hätten bekommen können - Schadenersatz geltend machen. Hinsichtlich des Ersatzes des entgangenen Gewinnes ist auf die Ausführungen zu § 32 Abs. 1 zu verweisen.

Zu Z. 55:

Durch Entfall des bisherigen § 25 (Schadenersatzansprüche des Auftraggebers, von Mitbewerbern oder Mitbieter) bleiben die nach allgemeinen Vorschriften bestehenden Schadenersatzansprüche aber jedenfalls unberührt. Die unberechtigte Inanspruchnahme der Rechte eines Bieters im Nachprüfungsverfahren (z. B. durch bewußt unrichtiges Vorbringen von Tatsachen zur Begründung eines Antrages oder daß die Unrichtigkeit bei höherer Sorgfalt hätte bewußt sein müssen) kann daher zu Schadenersatzansprüchen führen. So werden in der Regel den Mitbewerbern und/oder dem Auftraggeber regelmäßig Schäden durch die Verzögerung der Projektausführung entstehen bzw. könnten unter Umständen Mitbewerber, weil sie an ihr Angebot gebunden sind, keine anderen Aufträge annehmen und dadurch Verluste erleiden. Aufgrund der besonderen Schadensgeneigtheit der unberechtigten Inanspruchnahme eines vom Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfes (Nachprüfungsverfahren) wird deshalb in Zukunft den §§ 1295 ff ABGB besondere Bedeutung zukommen.

Zu Z. 56 bis 60:

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des NÖ Vergabegesetzes Rechnung getragen.

Zu Z. 61 (§ 38):

Gemäß den NÖ Legistischen Richtlinien soll die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft in Gesetzen oder Verordnungen in der jeweiligen Rechtsvorschrift als eigener Paragraph vor den Übergangs- und Schlußbestimmungen ersichtlich gemacht werden. Darin sind die Richtlinien mit dem Titel (Nummer, Bezeichnung der erlassenden Stelle, des Datums und des Inhaltes sowie der Fundstelle) mit fortlaufenden Ziffern anzuführen. Dies erfolgt durch den neuen § 38.

Zu Z. 62 bis 64:

Durch die Änderung wird den neuen Paragraphenbezeichnungen des NÖ Vergabegesetzes Rechnung getragen. Die vorgenommene Präzisierung im Anhang 2 entspricht Z. 502.7 des Anhanges II der Baukoordinierungsrichtlinie.

Zu Z. 65 (Anhang 3 und 4):

Die einzelnen Kategorien von Dienstleistungen nach der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie sollen dem NÖ Vergabegesetz als eigene Anhänge angefügt werden.

NÖ Landesregierung
Dr. P r ö l l
Landeshauptmann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung

