

AMT DER NIEDERÖSTERREICHISCHEN LANDESREGIERUNG
Gruppe Landesamtsdirektion - Abteilung Landesamtsdirektion

Kennzeichen
LAD1-AV-A-1886/153-02

Frist

DVR: 0059986

Bezug

Bearbeiter (0 27 42) 9005
MMag. Kodric

Durchwahl
12109

Datum
26. November 2002

Betrifft

NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz

Hoher Landtag!

Landtag von Niederösterreich
Landtagsdirektion
Eing.: 27.11.2002
Ltg.-1095/V-22-2002
V-Ausschuss

Zum Gesetzesentwurf wird berichtet:

Allgemeiner Teil

Die Kompetenz für die Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ist derzeit zwischen dem Bund und den Ländern geteilt. Folglich regelt das NÖ Vergabegesetz, LGBl. 7200, die Auftragsvergaben des Landes, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie von Rechtsträgern, die diesen Körperschaften und Verbänden zuzurechnen sind. Das NÖ Vergabegesetz regelt sowohl das materielle Vergaberecht als auch das Nachprüfungsverfahren. Der sachliche Geltungsbereich des NÖ Vergabegesetzes ist auf den Oberschwellenbereich eingeschränkt, weil keine Verpflichtungen normiert werden sollten, die über den vom EG-Recht zwingend umzusetzenden Rahmen hinausgehen.

Anlässlich der parlamentarischen Behandlung der Regierungsvorlage für ein Bundesvergabegesetz 2000 hat der Nationalrat mit einer EntschlieÙung vom 24. November 2000 die Bundesregierung ersucht, in Abstimmung mit den im Nationalrat vertretenen Parteien in Verhandlungen mit den Ländern und Gemeinden mit dem Ziel einzutreten, bis längstens 1. September 2002 ein zeitgemäßes einheitliches Vergabegesetz für Bund, Länder und Gemeinden in Kraft setzen zu können. Als Ergebnis dieses Prozesses liegen nunmehr ein neuer Art. 14b B-VG über die Kompetenzverteilung für die Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens und ein Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99/2002, vor.

Die neue Kompetenzverteilung, welche mit 1. Jänner 2003 in Kraft tritt, sieht wie folgt aus: Die Gesetzgebungskompetenz für das materielle Vergaberecht ist gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG nunmehr ausschließlich Bundessache. Landessache ist die Vollziehung hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden, die Gemeindeverbände und die diesen Gebietskörperschaften und Verbänden zuzurechnenden Rechtsträger (Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG). Landessache in Gesetzgebung und Vollziehung sind gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG nur noch die Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch die oben angeführten Auftraggeber. Alle materiellen landesrechtlichen Bestimmungen werden, soweit sie am 1. Jänner 2003 in Kraft stehen, gemäß Art. 151 Abs. 27 B-VG zu partikulärem Bundesrecht. Sie werden mit Inkrafttreten des (neuen) Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, spätestens aber mit 1. Juli 2003 in diesem Umfang durch das Bundesvergabegesetz 2002 ersetzt. Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfes ist daher die Schaffung eines neuen, auf die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen beschränkten Nachprüfungsgesetzes. Gleichzeitig wird das bisherige NÖ Vergabegesetz aufgehoben.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 30. November 2000, G-110,111/99, das Fehlen außenwirksamer Verfahrensregelungen und eines vergabespezifischen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich als verfassungswidrig bezeichnet. Daher besteht die Notwendigkeit, auch den Unterschwellenbereich zu verrechtlichen und die in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich getroffenen Entscheidungen des Auftraggebers einer nachprüfenden Kontrolle zugänglich zu machen. Gestützt auf die mittlerweile gefestigte Vorjudikatur wurde auch § 8 des NÖ Vergabegesetzes, LGBl. 7200-3, vom Verfassungsgerichtshof mit Ablauf des 30. Juni 2003 als verfassungswidrig aufgehoben (vgl. Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 26. Juni 2002, G 184/02-8). Weiters wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 23. September 2002, G 211/02-8, die Wortfolge „dann, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens 200.000 Euro beträgt“ in § 7 des NÖ Vergabegesetzes, LGBl. 7200-3, mit Ablauf des 30. Juni 2003 als verfassungswidrig aufgehoben.

Die Nachprüfungsinstanzen, die sich in der Praxis bewährt haben, sollen organisatorisch in ihrer bisherigen Form (NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge und Unabhängiger Verwaltungssenat) erhalten bleiben. Ihre Zuständigkeit wird entsprechend den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofes auf den Unterschwellenbereich ausgedehnt. Das Verfahrensrecht lehnt sich eng an die Verfahrensbestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 an. Das Schlichtungsverfahren hat obligatorischen Charakter.

In legislativer Hinsicht wurde bei Verweisen auf Regelungsinhalte des Bundesvergabegesetzes 2002 auf eine tatbestandliche Anknüpfung zurückgegriffen, um die bei einer statischen Verweisung auf das Bundesvergabegesetz 2002 laufend erforderlichen Anpassungen des Vergabe-Nachprüfungsgesetzes möglichst zu vermeiden.

Zur Kompetenzgrundlage:

Die Zuständigkeit zur Erlassung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes stützt sich auf Art. 14b Abs. 3 B-VG, jene zur Festsetzung der Pauschalgebühren (§ 19 des Entwurfes) auf § 8 Abs. 1 F-VG 1948, jene zur Festlegung des (zivilrechtlichen) Ersatzanspruches der zumindest teilweise obsiegenden Partei (§ 19 Abs. 5) auf Art. 15 Abs. 9 B-VG.

Die Pauschalgebühr ist als (Sonder)Verwaltungsabgabe aufgrund § 8 Abs. 1 F-VG 1948 zu verstehen. Landesgesetzliche Regelungen über Verwaltungsabgaben sind ausschließlich am F-VG 1948 zu messen und in diesem Sinne ausschließliche Landesabgaben (vgl. VfSlg. 5158/1965).

Zur Kostenfrage:

Die Erläuterungen zum Bundesvergabegesetz 2002 gehen von einem Verhältnis der Vergaben im Ober- zu den Vergaben im Unterschwellenbereich von 1:10 aus. Nach stichprobenartiger Umfrage bei einigen Dienststellen des Landes wird dieses Verhältnis für den Landesbereich ähnlich gelagert sein. Im Bereich der Gemeinden werden die Vergaben im Unterschwellenbereich jedoch bei weitem überwiegen. Aufgrund der

Tatsache, dass im Unterschwellenbereich weniger formalisierte Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt werden (z.B. Direktvergabe), ist davon auszugehen, dass die Zahl der durchgeführten Vergabeverfahren nicht in voller Höhe auf die Zahl der Nachprüfungsverfahren durchschlagen wird. Durch eine Novelle zum AVG (BGBl. I Nr. 117/2002) wird für die Nachprüfungsverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat im Unterschwellenbereich die Zuständigkeit eines Einzelmitgliedes statt einer Kammerzuständigkeit vorgesehen. Dadurch werden die zusätzlichen Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich auf den Personalbedarf des Unabhängigen Verwaltungssenates mit einem geringeren Faktor durchschlagen.

Für die Jahre 1999 bis 2001 ergibt sich für den Oberschwellenbereich folgende Statistik (abweichende Zahlen in der Statistik des Unabhängigen Verwaltungssenates ergeben sich dadurch, dass dort neben dem Nachprüfungsantrag auch Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. sonstige Anträge jeweils gesondert gezählt werden):

| | |
|------|--|
| 1999 | 24 Schlichtungsanträge, davon wurden 7 Fälle beim UVS anhängig gemacht und somit 17 Fälle nach dem Schlichtungsverfahren endgültig erledigt |
| 2000 | 26 Schlichtungsanträge, davon wurden 12 Fälle beim UVS anhängig gemacht und somit 14 Fälle nach dem Schlichtungsverfahren endgültig erledigt |
| 2001 | 23 Schlichtungsanträge, davon wurden 9 Fälle beim UVS anhängig gemacht und somit 14 Fälle nach dem Schlichtungsverfahren endgültig erledigt |

Daraus ergibt sich, dass mit geschätzt bis zu 250 zusätzlichen Schlichtungsverfahren und etwa geschätzt bis zu 100 zusätzlichen Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich zu rechnen sein wird.

Die für die Inanspruchnahme des Nachprüfungsverfahrens vorgesehenen Pauschalgebühren können bis zu einem gewissen Grad die Mehrkosten für diese Verfahren ausgleichen.

Es ist jedenfalls festzuhalten, dass allfällige finanzielle Mehrbelastungen für das Land und die Gemeinden nicht auf einer autonomen Entscheidung des Landes-

gesetzgebers beruhen, sondern Folge des Zwanges zur Öffnung des Nachprüfungsverfahrens auch für den Unterschwellenbereich und der – ebenfalls vom Verfassungsgerichtshof verlangten - Verrechtlichung des Unterschwellenbereiches durch das Bundesvergabegesetz 2002 sind.

EU-Konformität:

Durch dieses Gesetz werden folgende Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft umgesetzt:

1. Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI.Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 33.
2. Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI.Nr. L 76 vom 23.3.1992, S. 14.

Besonderer Teil

Zum Titel:

Der Titel orientiert sich an der Diktion des Art. 14b Abs. 3 B-VG. Gemäß dieser Bestimmung ist die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber, welche den Ländern zuzuordnen sind (Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG), Landessache. Zu den vom Landesgesetzgeber zu regelnden Angelegenheiten gehören insbesondere die Festlegung der Behördenzuständigkeit, die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten, (vom AVG abweichende oder dieses ergänzende) Vorschriften für das (Nachprüfungs- oder Feststellungs-)Verfahren einschließlich der Parteistellung.

Zu § 1:

Der Geltungsbereich des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes grenzt auch die Zuständigkeit der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge und des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich von anderen Vergabekontrollinstanzen ab.

Zur Abgrenzung müssen drei Fragestellungen herangezogen werden:

- Zunächst ist zu prüfen, ob der Auftraggeber unter den persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt (z.B. öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber). Die Beantwortung der Frage richtet sich nach dem materiellen Vergaberecht des Bundesvergabegesetzes.
- Wenn ein Auftraggeber unter den persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt und daher grundsätzlich verpflichtet ist, das Vergaberecht einzuhalten, ist weiter zu fragen, ob das durchgeführte bzw. durchzuführende Vergabeverfahren in den Vollziehungsbereich des Bundes oder der Länder fällt. Die Abgrenzungskriterien finden sich in Art. 14b Abs. 2 B-VG.
- Fällt das Vergabeverfahren in den Vollziehungsbereich der Länder und ergeben sich Anknüpfungspunkte zu verschiedenen Ländern (z.B. bei Beteiligungen oder gemeinsamer Vergabe), ist schließlich zu fragen, ob das entscheidende Zuordnungskriterium gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG ein Überwiegen zugunsten des Landes Niederösterreich ergibt. Diesfalls fällt das Vergabeverfahren dann in den Geltungsbereich des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes.

Nicht in den Geltungsbereich des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes fallen all jene Vergaben, die vom sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes ausgenommen sind (z.B. Inhouse-Vergaben oder Arbeitsverträge).

Zu § 2:

Der derzeitige § 23 des NÖ Vergabegesetzes, LGBl. 7200, beinhaltet sowohl organisationsrechtliche als auch verfahrensrechtliche Regelungen. Zur besseren Übersichtlichkeit sollen die beiden Regelungsinhalte auf zwei Paragraphen aufgeteilt werden.

Da aus heutiger Sicht genaue Prognosen über die Zahl der zu erwartenden Schlichtungsverfahren kaum möglich sind, soll die Bestellung der Mitglieder (und Ersatzmitglieder) der Schlichtungsstelle je nach dem erforderlichen Bedarf möglichst flexibel handhabbar sein. Am bewährten Grundsatz, dass die Schlichtungskommission aus zwei Mitgliedern besteht, von denen eines rechtskundig ist und das andere technisches Fachwissen in das Verfahren einbringen soll, soll nichts geändert werden.

Zu § 3:

Die Sperrwirkung eines Schlichtungsantrages (keine Öffnung der Angebote, keine Zuschlagserteilung) ist analog zu jener bei Einbringung einer einstweiligen Verfügung geregelt. Die Sperrwirkung tritt automatisch ein. Ausnahmen von der automatischen Sperrwirkung soll es lediglich im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bei dringlichen zwingenden Gründen und im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit geben. Da diese beiden Verfahrenstypen wegen objektiver und vom Auftraggeber sachlich zu rechtfertigender Dringlichkeit auf eine möglichst rasche Auftragsvergabe zielen, soll diese durch ein allfälliges Schlichtungsverfahren grundsätzlich nicht behindert werden. Zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke besteht die Möglichkeit, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Unabhängigen Verwaltungssenat zu beantragen. Im Verfahren vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung findet eine Interessensabwägung statt, in die der Auftraggeber die Gründe für die besondere Dringlichkeit einbringen kann. Bei einer automatischen Sperrwirkung würden diese Dringlichkeitsgründe jedenfalls unberücksichtigt bleiben. In Kombination mit der verkürzten, sechswöchigen Entscheidungsfrist des Unabhängigen Verwaltungssenates ist der Rechtsschutz vollständig gewährleistet.

Die aufschiebende Wirkung endet jedenfalls nach vier Wochen. In bestimmten Fällen (Zurückziehung des Antrages, Zustandekommen einer gütlichen Einigung bzw. Mitteilung der Schlichtungsstelle, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird) endet die aufschiebende Wirkung bereits zu einem früheren Zeitpunkt. Es kann somit im Falle der Mitteilung über die Nichtdurchführung eines Schlichtungsverfahrens zu einer Verkürzung, aber keinesfalls zu einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung kommen.

Die Fristen für die Einbringung eines Schlichtungsantrages ergeben sich einerseits aus den festgesetzten Fristen, innerhalb der die Nachprüfungsbehörde (Unabhängiger Verwaltungssenat) angerufen werden kann (§ 11 Abs. 1 oder 2) und andererseits aus der Festlegung, dass die Zeit, in der ein Schlichtungsverfahren anhängig ist, nicht in die vorangeführten Fristen eingerechnet wird (§ 11 Abs. 3).

Die Schlichtungsstelle hat bei der Durchführung ihrer Tätigkeit einen objektiven Prüfungsmaßstab anzulegen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Schlichter – ungeachtet ihrer dienstrechtlichen Zuordnung – als unabhängige, ausschließlich dem Vergaberecht verpflichtete Experten tätig sind.

Zu § 7:

Abweichend vom Bundesvergabegesetz 2002 muss ein mündlicher Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren bereits am Beginn der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Dadurch soll dem Unabhängigen Verwaltungssenat die Verhandlungsführung erleichtert werden.

Gemäß § 13 Abs. 3 hat der Unabhängige Verwaltungssenat die voraussehbaren Folgen einer einstweiligen Verfügung für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Die Erweiterung der Parteistellung bei Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auf jenen Bieter, welchem der Zuschlag erteilt werden soll und der somit von einer allfälligen Verzögerung der Zuschlagserteilung der hauptsächlich betroffene Bieter ist, soll diese Interessensabwägung für die Nachprüfungsbehörde erleichtern.

Zu § 8, 9, 10 und 11:

Soweit sich dies aus dem obligatorischen Charakter des Schlichtungsverfahrens ergibt, waren Ergänzungen gegenüber dem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt vorzunehmen.

Zu § 13 Abs. 3:

Ergibt die vom Unabhängigen Verwaltungssenat vorzunehmende Interessensabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, so ist der Antrag abzuweisen. Da die Abweisung des Antrages bescheidmäßig zu erfolgen hat, bedarf es keiner gesonderten Regelung über die Zustellung des Bescheides an die Parteien.

Zu § 13 Abs. 7:

Der öffentliche Auftraggeber darf bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag bis zur Entscheidung über den Antrag nicht erteilen oder die Angebote öffnen. Diese Rechtsfolge tritt bereits kraft Gesetzes ein. Der Hinweis des Unabhängigen Verwaltungssenates auf diese Rechtsfolge in seiner Verständigung vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist somit als Dienstleistung gegenüber den Verfahrensparteien zu sehen, nicht aber als der die Rechtsfolge erst begründende Akt. Die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kann nach den Vorschriften des AVG eine Zurückweisung, Abweisung oder Stattgebung sein und hat jedenfalls bescheidmäßig zu erfolgen.

Zu § 14 Abs. 4:

Es besteht die Möglichkeit der Durchführung einer Verhandlung von Amts wegen (§ 14 Abs. 1). Der Antragsteller sollte daher nur die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung zum Antrag auf Durchführung einer Nachprüfungsverhandlung haben. Sofern ein oder mehrere Verhandlungsanträge zurückgezogen werden, soll es Sache des Unabhängigen Verwaltungssenates als Nachprüfungsbehörde sein, zu entscheiden, ob die Verhandlung durchgeführt wird oder nicht. Gesonderte Verhandlungen darüber zwischen den Parteien des Verfahrens erscheinen entbehrlich und der Raschheit des Verfahrens abträglich.

Zu § 17:

Es wird eine einheitliche Entscheidungsfrist für Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung normiert, da die zur Durchführung eines förmlichen Verfahrens vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat erforderlichen Schritte durch das AVG vorgegeben sind und unabhängig vom Streitwert (Ober- oder Unterschwellenbereich) den gleichen Zeitrahmen erfordern werden. Eine Verkürzung der Entscheidungsfrist ist lediglich in den Vergabeverfahren mit besonderer Dringlichkeit erforderlich.

Zu § 19:

Die Höhe der Gebühren soll mit Verordnung der Landesregierung festgesetzt werden. Diese Vorgangsweise entspricht der legislativen Praxis des Landes, welche etwa auch bei der Festsetzung der Höhe der Landes- und Gemeindeverwaltungsabgaben, der Landes- und Gemeindeüberwachungsgebühren bzw. der Landes- und Gemeindekommissionsgebühren zur Anwendung kommt. Um eine einheitliche Struktur zwischen den Pauschalgebühren des Bundes und des Landes sicherzustellen, ist dabei auf die diesbezüglichen Parameter des Bundesrechts Bedacht zu nehmen.

Der in Abs. 5 vorgesehene Gebührenersatz ist ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch und kann mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. dem Teilhabeantrag. Da dieser Ersatzanspruch keine Aufnahme in die Bestimmungen des 4. Hauptstückes des 5. Teiles des Bundesvergabegesetzes 2002 („Zivilrechtliche Bestimmungen“) gefunden hat, ist diese Regelung durch den Landesgesetzgeber erforderlich.

Zu § 21:

Gemäß der Übergangsbestimmung in § 188 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002 sind die im Zeitpunkt seines jeweiligen In-Kraft-Tretens bereits eingeleiteten Vergabeverfahren vom Geltungsbereich des neuen Bundesvergabegesetzes ausgenommen.

Absatz 3 der gegenständlichen Übergangsbestimmungen soll sicherstellen, dass jene Vergabeverfahren, auf welche gemäß der oa. Übergangsbestimmung das materielle Vergaberegime des Bundesvergabegesetzes 2002 noch nicht anzuwenden ist, auch nach Außerkrafttreten des NÖ Vergabegesetzes, LGBl. 7200, noch nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes zu Ende geführt werden können. Andernfalls würden für diese Vergabeverfahren gesetzliche Regelungen fehlen.

Die NÖ Landesregierung beehrt sich daher den Antrag zu stellen:

Der Hohe Landtag wolle die beiliegende Vorlage der NÖ Landesregierung über den Entwurf eines NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes der verfassungsmäßigen Behandlung unterziehen und einen entsprechenden Gesetzesbeschluss fassen.

NÖ Landesregierung
Dr. P r ö l l
Landeshauptmann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung