

Amt der Niederösterreichischen Landesregierung

LAD1-AV-A-1886/232-2010	Bearbeiter	Durchwahl	Datum
	MMag. Kodric	12109	15. Juni 2010

Betrifft:

Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes; Motivenbericht

Hoher Landtag!

**Landtag von Niederösterreich**  
Landtagsdirektion  
Eing.: 15.06.2010  
Ltg.-**573/V-22-2010**  
R- u. V-Ausschuss

Zum Gesetzesentwurf wird berichtet:

### Allgemeiner Teil

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) ist am 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Es regelt das materielle Vergaberecht für sämtliche öffentlichen Auftraggeber, also auch für die Länder und Gemeinden. Im BVergG 2006 erfolgt u.a. die Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG für alle Auftraggeber sowie der EG-Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG, 92/13/EWG und 2007/66/EG für jene Vergabeverfahren, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Im NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz wird der Rechtsschutz für jene Vergabeverfahren geregelt, die in den Vollziehungsbereich der Länder fallen, also Vergabeverfahren, in denen das Land, Gemeinden, Gemeindeverbände oder diesen Gebietskörperschaften und Verbänden zuzuordnende Rechtsträger als Auftraggeber fungieren. In diesem Gesetz erfolgt derzeit die Umsetzung der EG-Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG. Die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge erfordert nunmehr entsprechende Umsetzungsmaßnahmen im Landesrecht. Gemäß dieser Richtlinie muss die Möglichkeit bestehen, dass die Nachprüfungsinstanzen bei besonders gravierenden Verstößen gegen das Vergaberecht Verträge für nichtig erklären oder aufheben können, dass sie den Widerruf des Vergabeverfahrens für unwirksam erklären können und dass sie gegen den Auftraggeber Sanktionen verhängen können.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 4. März 2006, G 154/05-8, V 118/05-8, festgestellt, dass eine Wortfolge im § 177 Abs.1 BVergG 2002, in dem die Gebühren und der Gebührenersatz geregelt worden sind, verfassungswidrig war. Mit der vorliegenden Novelle soll auch den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes zur Sachlichkeit einer Gebührenregelung Rechnung getragen werden.

Die Novelle hat folgenden wesentlichen Inhalt:

- Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung des Vertrages, der Unwirksamklärung des Widerrufs sowie der Verhängung von Sanktionen durch die Nachprüfungsbehörde
- Verkürzung der Anfechtungsfristen im Oberschwellenbereich in Anlehnung an die Rechtsmittelrichtlinien auf zehn Tage, sofern die angefochtene Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zugestellt wurde
- Verlängerung der Frist zur Entscheidung über Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von sieben Tagen auf sieben Werktage

- Reduzierung der Eingabegebühren für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, für mehrmalige Antragstellung im selben Vergabeverfahren sowie im Falle der Zurückziehung des Antrages vor Anberaumung bzw. Durchführung einer mündlichen Verhandlung

Die Nachprüfungsinstanzen, die sich in der Praxis bewährt haben (Schlichtungsstelle und Nachprüfungsverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat), sollen unverändert erhalten bleiben.

Ebenfalls erhalten bleiben soll der Grundsatz, dass sich das Verfahrensrecht möglichst eng an die Verfahrensbestimmungen des BVergG 2006 anlehnt.

#### Zur Kompetenzfrage

Gemäß Artikel 14b Abs. 3 B-VG ist die Gesetzgebung Landessache in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, deren Vollziehung Landessache ist. Das Land ist daher berufen, den Rechtsschutz für jene Vergabeverfahren zu regeln, in denen das Land, Gemeinden, Gemeindeverbände oder diesen Gebietskörperschaften und Verbänden zuzurechnende Rechtsträger als Auftraggeber fungieren.

Gemäß § 14 Abs. 1 Z 16 FAG 2008 sind Eingabengebühren für Anträge an die in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Artikel 14b Abs.2 Z 2 B-VG betrauten Behörden ausschließliche Landes(Gemeinde)abgaben und daher vom Landesgesetzgeber zu regeln.

#### Zu den finanziellen Auswirkungen:

Aufgrund der neuen Kompetenzen im Bereich der Feststellungsverfahren kann es zu einem Anstieg der Verfahren und damit zu finanziellen Belastungen kommen. Da nicht abgeschätzt werden kann, inwieweit von den neuen Antragsmöglichkeiten

Gebrauch gemacht wird bzw. inwieweit Auftraggeber überhaupt zu derartigen Antragstellungen Anlass geben, können diese Mehraufwendungen nicht quantifiziert werden. Da die neuen Zuständigkeiten auf das Vorliegen elementarer Rechtsverstöße abstellen, ist allerdings davon auszugehen, dass die Verfahrenszahlen jedenfalls nicht übermäßig ansteigen werden.

Die Reduzierung der Eingabegebühren für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, für mehrmalige Antragstellung im selben Vergabeverfahren sowie im Falle der Zurückziehung des Antrages vor Anberaumung bzw. Durchführung einer mündlichen Verhandlung führt zu geringeren Einnahmen des Landes. Sie ist einerseits durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes vorgegeben und andererseits durch den geringeren Aufwand der Nachprüfungsbehörde in diesen Verfahren aus Sachlichkeitserwägungen geboten. Die zu erwartenden Einnahmehausfälle werden zum Teil dadurch kompensiert, dass sich auch der Kostenersatz des Auftraggebers an einen im Nachprüfungsverfahren obsiegenden Antragsteller entsprechend reduziert.

## **Besonderer Teil**

### Zu Z. 1 (Inhaltsverzeichnis) und Z. 2 (§ 1 Abs. 2):

Die erweiterten Befugnisse im Rahmen der Nachprüfung sollen auch im Inhaltsverzeichnis und im definierten Umfang der Nachprüfung zum Ausdruck kommen.

### Zu Z. 3 (§ 3 Abs. 2):

Um zu verhindern, dass ein Auftraggeber durch den Abschluss einer Rahmenvereinbarung während eines anhängigen Schlichtungsverfahrens vollendete, nicht mehr umkehrbare Tatsachen schafft, muss die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes auch auf das Verbot zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausgedehnt werden.

Zu Z. 4 bis 7 (§ 4 Abs. 3):

In Entsprechung der europarechtlichen Vorgaben müssen die Zuständigkeiten des Unabhängigen Verwaltungssenates nach Zuschlagserteilung neu definiert und um die Zuständigkeiten zur Nichtigkeitsklärung bzw. Aufhebung des Vertrages sowie zur Verhängung von Sanktionen (Geldbußen) erweitert werden.

Zu Z. 8 bis 11 (§ 4 Abs. 4):

In Entsprechung der europarechtlichen Vorgaben müssen die Zuständigkeiten des Unabhängigen Verwaltungssenates nach Erklärung des Widerrufs neu definiert und um die Zuständigkeit zur Unwirksamklärung des Widerrufs erweitert werden.

Zu Z. 12 bis 15 (§ 6 Abs. 1 und 2):

In Entsprechung der erweiterten Zuständigkeiten des Unabhängigen Verwaltungssenates müssen auch die Voraussetzungen für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens angepasst werden. Da das Absehen von der Nichtigkeitsklärung grundsätzlich von einem „Gegenantrag“ des Auftraggebers abhängig ist, soll auch diese Antragsmöglichkeit ausdrücklich verankert werden.

Zu Z. 16 (§ 7 Abs. 2):

Die Verkürzung der Frist zur Erhebung von Einwendungen durch Unternehmen, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen Interessen betroffen sein könnten, von bisher zwei Wochen auf nunmehr zehn Tage erfolgt im Gleichklang mit der Verkürzung der Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Zu Z. 17 (§ 9 Abs. 1 Z. 2), Z. 18 (§ 10 Abs. 1 Z. 2) und Z. 23 (§ 13 Abs. 2 Z. 1):

Durch die Angabe einer Faxnummer oder einer elektronischen Adresse soll die Kommunikation zwischen der Nachprüfungsbehörde und den Parteien des Nachprüfungsverfahrens erleichtert werden.

Zu Z. 20 (§ 10 Abs. 4):

Wenn ein Auftraggeber in einem von ihm ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführten Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung offiziell bekanntmacht und vor der Zuschlagserteilung eine zehntägige Stillhaltefrist einhält, kann ein am Auftrag interessierter Unternehmer noch vor Vertragsabschluss die Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigklärung gemäß § 5 begehren und die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung beantragen. Er ist diesfalls nicht auf ein Feststellungsverfahren gemäß § 6 angewiesen. Macht er von der ihm eröffneten Möglichkeit zur Bekämpfung des behaupteten Verstoßes vor Vertragsabschluss keinen Gebrauch, ist ein Antrag auf Feststellung jedenfalls unzulässig.

Zu Z. 21 und 22 (§ 11):

Das Fristenregime der Rechtsmittelrichtlinien sowie die neuen Kompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenates im Feststellungsverfahren erfordern eine Änderung der Regelungen über die Fristen zur Einleitung der Nachprüfungsverfahren. In Anlehnung an den von den Rechtsmittelrichtlinien eingeräumten Spielraum soll die Regelfrist im Oberschwellenbereich von 14 auf zehn Tage reduziert werden. Die bislang für einzelne Fälle (z.B. beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit, Durchführung einer elektronischen Auktion) vorgesehene Fristverkürzung auf sieben Tage auch im Oberschwellenbereich kann mangels gemeinschaftsrechtlicher Grundlage nicht beibehalten werden. Die Verkürzung der Regelfrist im Unterschwellenbereich auf sieben Tage soll beibehalten werden. Abs. 7 stellt sicher, dass die Zeit, in der ein Schlichtungsverfahren anhängig ist, in keine der Antragsfristen eingerechnet wird.

Zu Z. 24 und 25 (§ 13 Abs. 9):

Um zu verhindern, dass ein Auftraggeber durch den Abschluss einer Rahmenvereinbarung während eines anhängigen Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vollendete, nicht mehr umkehrbare Tatsachen schafft, muss die aufschiebende Wirkung auch auf das Verbot zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausgedehnt werden.

Zu Z. 26 (§ 13 Abs. 11):

In Abs. 9 ist die aufschiebende Wirkung für den Zeitraum zwischen der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über diesen Antrag geregelt. Ergänzend dazu soll nunmehr in Abs. 11 normiert werden, dass auch ein entgegen einer Anordnung des Unabhängigen Verwaltungssenates in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, Abschluss einer Rahmenvereinbarung sowie erklärter Widerruf absolut nichtig bzw. unwirksam ist.

Zu Z. 28 (16 Abs. 2 bis 8):

Das Regime betreffend die Nichtigkeitklärung von Verträgen, den Umfang der Aufhebung des Vertrages, das Absehen von der Nichtigkeitklärung und die Verhängung von Geldbußen folgt den Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006.

Das Konzept der Nichtigkeit von Verträgen als Folge bestimmter Verstöße soll zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert ausgestaltet werden:

Im Oberschwellenbereich führt eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z. 3 bis 5 grundsätzlich zur Nichtigkeitklärung des Vertrages durch den Unabhängigen Verwaltungssenat, wobei der Vertrag für absolut – und somit ex tunc - nichtig zu erklären ist. Es bedarf hierfür keines besonderen Antrages auf Nichtigkeitklärung durch den Antragsteller im Feststellungsverfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Unabhängige Verwaltungssenat auf Antrag des Auftraggebers ganz, teilweise oder hinsichtlich eines Teiles der Laufzeit von einer Nichtigkeitklärung absehen. Es obliegt somit dem Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in die Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates einfließen können.

Im Unterschwellenbereich führt eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z. 3 bis 5 nur dann zur Nichtigkeitklärung des Vertrages durch den Unabhängigen Verwaltungssenat, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers offenkundig

unzulässig (vgl. dazu im Oberschwellenbereich: rechtswidrig) war. Das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereiches wird somit auf die gravierendsten Verstöße gegen das Vergaberecht beschränkt. War hingegen die Vorgangsweise des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommt das gesamte Regime der Nichtigkeitsklärung (und in weiterer Folge der Geldbußen) im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung.

Die Geldbuße stellt keine Verwaltungsstrafe dar, sondern ein neuartiges Sanktionssystem, das zu bestehenden Strafrechtssystemen hinzutritt. Es handelt sich dabei primär um eine Maßnahme zum Schutz des laueren Wettbewerbs. Die Verhängung einer Geldbuße erfolgt unabhängig davon, ob im konkreten Fall ein Verschulden eines Beteiligten vorliegt. Die Verstöße gegen die genannten vergaberechtlichen Vorschriften werden durch die Normierung der Verhängung einer Geldbuße somit nicht zu Verwaltungsübertretungen und das diesbezügliche Verfahren nicht zu einem Verwaltungsstrafverfahren.

Geldstrafen fließen im Regelfall dem Land für Zwecke der Sozialhilfe zu. Auch die verhängten Geldbußen sollen daher bedürftigen Menschen zugute kommen. Gemäß dem Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2007/66/EG sind Geldbußen an eine vom (öffentlichen) Auftraggeber unabhängige Stelle zu zahlen. Sollte eine Geldbuße gegen das Land verhängt werden, darf diese also nicht dem Land zufließen. Zur Lösung dieses Problems sollen daher Geldbußen an den „NÖ Fonds zur Förderung von Einrichtungen für Menschen mit besonderen Bedürfnissen sowie für pflegebedürftige Menschen“, welcher eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, fließen.

#### Zu Z. 30 (§ 16a):

Das Regime betreffend die Unwirksamklärung des Widerrufs folgt den Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006. Voraussetzung für die Unwirksamklärung des Widerrufs ist, dass der Antragsteller dies beantragt hat und dass im Rahmen einer Interessenabwägung der Unabhängige Verwaltungssenat zum Schluss kommt, dass das Interesse der Bieter an der Fortführung des Verfahrens das Interesse des Auftraggebers an der Beendigung des Verfahrens überwiegt.

Zu Z. 31 (§ 17 Abs. 1):

Die Verlängerung der Entscheidungsfrist von einer Woche bzw. zehn Tagen auf sieben bzw. zehn Arbeitstage soll dem Unabhängigen Verwaltungssenat die Abwicklung der Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erleichtern.

Zu Z. 32 und 33 (§ 19 Abs. 2 bis 5):

In Entsprechung der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes soll das Regime der Pauschalgebühren stärker auf den durch den gebührenpflichtigen Antrag ausgelösten Verfahrensaufwand Bedacht nehmen und daher diesbezüglich differenzierter ausgestaltet werden. In den Fällen, in denen nunmehr eine reduzierte Gebühr vorgesehen ist, ist dies aus Sachlichkeitserwägungen geboten: Der Aufwand der Behörde im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen wird regelmäßig geringer sein wird als im eigentlichen Nachprüfungsverfahren. Im Falle eines zweiten Antrages zum gleichen Vergabeverfahren kann die Nachprüfungsbehörde in der Regel auf Vorwissen aus dem ersten Nachprüfungsverfahren aufbauen. Im Falle der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages vor Kundmachung bzw. Durchführung der mündlichen Verhandlung reduziert sich der Verwaltungsaufwand jedenfalls durch den Entfall der mündlichen Verhandlung und die Bescheiderlassung.

Zu Z. 34 (§ 20):

Die Liste der umgesetzten Richtlinien ist durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu ergänzen.

Die NÖ Landesregierung beehrt sich daher, den Antrag zu stellen:

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

NÖ Landesregierung  
Dr. Erwin PRÖLL  
Landeshauptmann

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung