

Erläuterungen

zum Entwurf einer Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, LGBl. 7200

I. Allgemeines:

Mit dem am 28. März 2014 veröffentlichten Legislativpaket der Europäischen Union wurde das gemeinschaftliche Vergaberecht auf eine neue rechtliche Basis gestellt. Das Legislativpaket besteht aus drei Richtlinien (RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber), die das bisherige Regelwerk ablösen. Die inhaltlichen Schwerpunkte der RL 2014/24/EU liegen in der Modernisierung und Adaptierung des rechtlichen Rahmens für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Die Umsetzungsfrist für diese Richtlinien ist am 18. April 2016 abgelaufen.

Die RL 89/665/EWG gilt für öffentliche Aufträge im öffentlichen Sektor sowie für Konzessionen, die in den Anwendungsbereich der maßgeblichen materiell-rechtlichen Vorschriften fallen.

Das im April im Nationalrat und Bundesrat beschlossene Vergaberechtsreformgesetz 2018 enthält unter anderem ein neues Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) zur Umsetzung der RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU sowie ein eigenes Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) zur Umsetzung der RL 2014/23/EU.

Ziel der Novellierung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes ist die Anpassung an das neue vergabespezifische Sekundärrecht der Europäischen Union unter Berücksichtigung der Änderungen infolge des Vergaberechtsreformgesetzes 2018 für Vergabeverfahren, die in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält folgende wesentliche Änderungen:

- Klarstellung, dass neben den Baukonzessionen nun auch die Dienstleistungskonzessionen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen;

- Aufnahme der Möglichkeit der Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags (§ 4a) und
- Vereinheitlichung der Nachprüfungsfristen im Ober- und Unterschwellenbereich auf zehn Tage (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2)

Die neuen Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen den Bestimmungen über den Rechtsschutz im Vergaberechtsreformgesetz 2018. Es kann daher auf die entsprechenden Erläuternden Bemerkungen zum Vergaberechtsreformgesetz 2018 zurückgegriffen werden.

1. Ist-Zustand:

Regelung der Nachprüfung von Entscheidungen des Auftraggebers in Vergabeverfahren, die gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen auf Basis der vor dem 28. März 2014 geltenden EU-Richtlinien. Das Gesetz lehnte sich stets eng an den Text der für den Bundesbereich geltenden Rechtsschutzbestimmungen an.

2. Soll Zustand:

Änderungen im Hinblick auf die Umsetzung der neuen Vergabe-Richtlinie RL 2014/23/EU.

Wie bisher sollen sich die Änderungen an die für den Bundesbereich geltenden Rechtsschutzbestimmungen anlehnen.

3. Kompetenzgrundlage:

Der Gesetzesentwurf stützt sich auf Art. 14b Abs. 3 B-VG. Landessache ist die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung von Auftragsvergaben durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG. Hinsichtlich der Festlegung des zivilrechtlichen Ersatzanspruches betreffend die Pauschalgebühren der teilweise obsiegenden Partei (§ 19 Abs. 9) gründet sich der Entwurf auf Art. 15 Abs. 9 B-VG.

4. Verhältnis zu anderen landesrechtlichen Vorschriften:

Die NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung LGBl. 7200-2 soll um Tarifposten für Bau- und Dienstleistungskonzessionen und Tarifposten für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung erweitert werden.

5. EU - Konformität:

Der Gesetzesentwurf entspricht den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU sowie der RL 89/665/EWG und der RL 92/13/EWG.

6. Probleme bei der Vollziehung:

Durch die Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes wird mit keinen grundsätzlichen Problemen bei der Vollziehung gerechnet. Bei der Bewilligung der Verfahrenshilfe, die auf Feststellungsverfahren eingeschränkt ist, wird mit sehr geringen Anlaufschwierigkeiten gerechnet.

7. Beschreibung der finanziellen Auswirkungen:

Die neu eingeführte Möglichkeit der Bewilligung der Verfahrenshilfe wird zu keinen nennenswerten finanziellen Mehraufwendungen führen.

8. Konsultationsmechanismus:

Die vorliegende rechtserzeugende Maßnahme unterliegt nicht der Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen Konsultationsmechanismus und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften, LGBl. 0814.

9. Mitwirkung von Bundesorganen:

Keine

10. Auswirkungen auf die Erreichung der Ziele des Klimabündnisses:

Durch die Novelle sind keine Auswirkungen auf die Erreichung der Ziele des Klimabündnisses zu erwarten.

11. Informationsverfahren:

Die Novelle betrifft keine technischen Bestimmungen, die nach Art. 5 der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der

Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft vor ihrer Beschlussfassung der Europäischen Kommission mitgeteilt werden müssen.

II. Besonderer Teil

Zu Z 3, Z 4 und Z 5 (§ 3 Abs. 2):

Bislang fehlte eine Regelung für das Ende der Sperrfrist für den Fall, dass keine gütliche Einigung zustande gekommen ist und die Frist für die Stellung eines Nachprüfungsantrages an das Landesverwaltungsgericht - ohne dass ein Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde - abgelaufen ist. Der Auftraggeber hatte in diesen Fällen, obwohl der Bieter nicht mehr fristgerecht einen Nachprüfungsantrag einbringen konnte, die verbleibende Sperrfrist abzuwarten, um wieder Handlungsfreiheit zu erlangen. Aufgrund der gegenständlichen Regelung endet die aufschiebende Wirkung der Verständigung vom Einlangen des Schlichtungsantrags bereits mit der nichtgütlichen Einigung, und ist damit im Sinne eines effizienten Rechtsschutzes jedenfalls mit Ablauf der Nachprüfungsfrist begrenzt.

Zu Z 6 (§ 3 Abs. 7):

Die inhaltlichen Anforderungen an die Niederschrift werden um die Dienstleistungskonzessionsverträge ergänzt.

Zu Z 7, 8, 9, 10 und 12 (§ 4 Abs. 3 Z 4, § 4 Abs. 3 Z 5, § 4 Abs. 4 Z 3 und § 6 Abs. 1 Z 5)

Hier erfolgt eine Anpassung an das Vergaberechtsreformgesetz 2018.

Zu Z 10 (§ 4a):

Die neu geschaffene Möglichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe soll ausschließlich im Feststellungsverfahren gewährt werden. Damit wird der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg. 19.988/2015) und des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 6.10.2015, Rs C-61/14 Orizzonte Salute, Rz 64) Rechnung getragen (vgl. § 335 BVergG 2018; § 79 BVergGKonz 2018). Diese

Bestimmung enthält auch die erforderlichen Abweichungen vom sonst subsidiär geltenden § 8a VwGVG.

Die beabsichtigte Einschränkung auf Feststellungsanträge erfolgt im Hinblick auf die Anforderungen an die berufliche Zuverlässigkeit bzw. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bieter im Vergabeverfahren und damit auch im Nachprüfungsverfahren.

Zu Z 11 (§ 6 Abs. 1 Einleitungssatz und Z 1):

Hierbei handelt es sich um eine Anpassung an das BVergG 2018 bzw. BVergGKonz 2018.

Der Entfall der Wortfolge „oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb“ ist dadurch begründet, dass im Sektorenteil nun auch die Bezeichnung „mit vorheriger Bekanntmachung“ im BVergG 2018 verwendet wird.

Zu Z 15 (§ 6 Abs. 4 und 5):

Die Bestimmungen des § 16 Abs. 9 und 10 werden zu § 6 verschoben.

Die Bestimmungen entsprechen § 353 BVergG 2018 und § 97 BVergGKonz 2018.

Zu Z 16, 17 und 18 (§ 7 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5):

Die Bestimmungen entsprechen dem Vergaberechtsreformgesetz 2018.

Zu Z 21 und 23 (§ 9 Abs. 1 Z 2 und § 10 Abs. 1 Z 2):

Es soll für den Antragsteller möglich sein, jene Akteure zu bezeichnen, die ihm bekannt sind; eine genaue Bezeichnung wird gelegentlich nicht möglich sein, weshalb die bisherige diesbezügliche Voraussetzung („genau“) entfällt.

Zu Z 27 (§ 11 Abs. 1):

Im Hinblick auf die ab 18. Oktober 2018 verpflichtend elektronisch zu erfolgende Kommunikation zwischen öffentlichen Auftraggeber und Unternehmer kann der öffentliche Auftraggeber Informationen elektronisch übermitteln, aber auch bereitstellen.

Zu Z 29 (§ 11 Abs. 2 neu):

Das System der Präklusionsfristen wird beibehalten. Die bisherigen – zwischen dem Unter- und Oberschwellenbereich differenzierenden – Fristen werden aufgegeben und es werden stattdessen einheitliche Anfechtungsfristen normiert. Damit entspricht die Anfechtungsfrist der im Vergaberechtsreformgesetz 2018 normierten einheitlichen Stillhaltefrist für den Ober- und Unterschwellenbereich. Bei den Antragsfristen handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen.

Zu Z 32 (§ 11 Abs. 4 neu):

Es erfolgt nunmehr eine einheitliche Regelung der Frist. Bisher war vorgesehen, dass Feststellungsanträge gemäß § 6 Abs. 1 Z 1, 4 oder 5 binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen sind. Dies bedeutet, dass nach Fristablauf kein Feststellungsantrag mehr eingebracht werden konnte, auch nicht zum Zweck der späteren Geltendmachung von Schadenersatz. Der EuGH hat dazu im Urteil vom 26. November 2015, Rs C-166/14, MedEval, festgehalten, dass es gegen den Grundsatz der Effektivität verstößt, wenn die Geltendmachung von Schadenersatz im Ergebnis mit einer absoluten Sechs-Monatsfrist begrenzt ist, die auch dann zu laufen beginnt, wenn der Betroffene keine Kenntnis von Schaden und Schädiger haben konnte. Nunmehr ist vorgesehen, dass Anträge binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen sind, in dem der Antragsteller vom Zuschlag oder Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Die einheitliche sechsmonatige Frist ab Kenntnis bzw. Kenntnis-Erlangen-Können des Zuschlages oder des Widerrufs entspricht auch dem unionsrechtlichen Grundsatz der Äquivalenz.

Die sechsmonatige Antragsfrist ist eine materiell-rechtliche Frist, deren Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung dieser Frist ist daher nicht möglich. Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer vom Zuschlag bzw. vom Widerruf tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können; dabei ist davon auszugehen, dass er jedenfalls durch die Bekanntmachung dieser Entscheidungen von ihnen Kenntnis erlangen kann.

Zu Z 34 (§ 11 Abs. 6):

Die Bestimmungen entsprechen dem Vergaberechtsreformgesetz 2018.

Zu Z 44 und 45 (§ 15):

Abs. 1 Z 1 stellt klar, dass die angefochtene Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären ist, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist.

In Absatz 3 wird nunmehr normiert, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in dem betreffenden Vergabeverfahren mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des LVwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen, wenn das LVwG eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig erklärt. Diese Regelung ist an § 28 Abs. 6 VwGVG angelehnt.

Zu Z 46 (§ 16 Abs. 9 und 10):

Diese Absätze werden in den § 6 Abs. 4 und 5 verschoben.

§ 16 Abs. 9 (neu) entspricht dem Vergaberechtsreformgesetz 2018.

Zu Z 47 (§ 16 Abs. 7 und 8):

Die Bestimmungen entsprechen dem Vergaberechtsreformgesetz 2018.

Zu Z 50 (§ 17 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3):

Die Bestimmungen entsprechen dem Vergaberechtsreformgesetz 2018.

Da das AVG keine „Werktage“ kennt, soll nunmehr anstelle von sieben Werktagen auf zehn Tage abgestellt werden. Da es im Falle einer Zurückstellung des Antrages zur Verbesserung zu Verzögerungen kommen kann, die die Einhaltung dieser sehr kurzen Frist unmöglich machen kann, wird die Frist für den Fall einer Zurückstellung zur Verbesserung auf 15 Tage verlängert. Abweichend von der allgemeinen Regelung des AVG wird in Abs. 2 ergänzt, dass für die Einhaltung der Entscheidungsfrist auf die nachweisliche Absendung der Entscheidung abgestellt wird.

Zu Z 51 (§ 17 Abs. 4):

Die Entscheidungsfrist für Feststellungsanträge wird mit jener für Nichtigkeitserklärungen gleich geregelt.

Zu Z 52 (§ 18):

Einerseits wird auch das Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mitaufgenommen und andererseits werden die Regelungen des VStG für die Strafbemessung für anwendbar erklärt. Damit wird verschiedentlich in der Lehre geäußerten Bedenken Rechnung getragen, wonach es im Hinblick auf Art. 18 B-VG problematisch sei, weil es keine Regelungen über die Bemessung der Mutwillensstrafe gäbe.

Die Bestimmung entspricht § 349 und 352 Abs. 3 BVergG 2018 bzw. § 93 BVergGKonz 2018. Allerdings wird - anders als im § 93 BVergGKonz 2018 - die Höchststrafe im Konzessionsvergabeverfahren nicht mit € 40.000,--, sondern mit € 20.000,-- festgelegt.

Zu Z 53 und Z 54 (§ 19 Abs. 9 und Abs. 10):

Die Bestimmungen entsprechen § 341 Abs. 2 und Abs. 3 BVergG 2018 und § 85 BVergGKonz 2018.

Zu Z 56 (§ 21 Abs. 6):

Die Bestimmung entspricht § 376 Abs. 4 BVergG 2018 bzw. § 118 Abs. 4 BVergGKonz 2018.

§ 21 regelt die Inkrafttretens-Bestimmungen und die Übergangsbestimmungen. Wenn ein Vergabeverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits eingeleitet war und im Zusammenhang mit einem solchen Vergabeverfahren nach dem Inkrafttreten der Änderung dieses Gesetzes ein Rechtsschutzverfahren anhängig gemacht wird, dann sind für das Rechtsschutzverfahren die Regelungen des geänderten Gesetzes anzuwenden. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 bzw BVergGKonz 2018 bereits anhängige Rechtsschutzverfahren sind nach den derzeit geltenden Bestimmungen fortzuführen.