

09.05.2019

Landtag von Niederösterreich
Landtagsdirektion
Eing.: 09.05.2019
Ltg.-671/A-1/47-2019
R- u. V-Ausschuss

ANTRAG

der Abgeordneten Mag. Schneeberger, Dr. Michalitsch, Ing. Rennhofer, Hinterholzer, Ing. Schulz, Mag.^a Tanner und Kaufmann

betreffend Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG)

Ziel der Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 89/665/EWG) ist die wirksame und möglichst rasche Nachprüfung der Entscheidungen von Auftraggebern in Vergabeverfahren auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht oder gegen einzelstaatliche Vorschriften, die dieses Recht umsetzen. Das NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) regelt im Bereich des öffentlichen Auftragswesens die Nachprüfung von Entscheidungen von Auftraggebern im Vollziehungsbereich des Landes NÖ.

§§ 2 und 3 des NÖ VNG enthalten Regelungen über die Einrichtung einer Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge und Schlichtungsverfahren.

Im Jänner 2018 hat die Kommission gegen Österreich ein Vertragsverletzungsverfahren wegen des Verstoßes dieser Regelungen des NÖ VNG gegen Art. 1 Abs. 1, Unterabs. 4, gegen Art. 1 Abs. 3 und gegen Art. 2 Abs. 3 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG eingeleitet (Vertragsverletzung Nr. 2017/4111). Insbesondere wurden die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 NÖ VNG (Verpflichtung zur Anrufung der Schlichtungsstelle) und des § 3 Abs. 2 NÖ VNG (Sperrwirkung) als mit der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG unvereinbar beurteilt. Nach Änderung des NÖ VNG im Herbst 2018 (LGBl. Nr. 70/2018) richtete die Kommission ein ergänzendes Mahnschreiben an die Bundesministerin für Europa, Integration und Äußeres, wonach neben der Einrichtung einer der gerichtlichen Kontrolle zwingend vorgeschalteten Schlichtungsstelle insbesondere die Regelungen des § 9 (Unzulässigkeit eines Antrags auf Nichtigkeitserklärung ohne vorhergehenden Schlichtungsantrag) und § 13 Abs. 4 (keine zwingende aufschiebende Wirkung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) als mit der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG unvereinbar beurteilt wurden. Demnach ist es den

Mitgliedstaaten nicht gestattet, den Zugang zu den in der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG festgelegten Rechtsmitteln von Bedingungen, die nicht in der Richtlinie vorgesehen sind, wie das zwingende Erfordernis der Einbringung eines Schlichtungsantrags, abhängig zu machen. Das gilt im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes aufgrund eines allfälligen grenzüberschreitenden Interesses der Unternehmer an Aufträgen auch im Unterschwellenbereich.

Es besteht daher ein Anpassungsbedarf des NÖ VNG an die Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG und an primärrechtliche Vorgaben des EU-Rechts.

Ziel der Novellierung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes ist die Anpassung des NÖ VNG an die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG und an die Grundsätze des EU-Rechts sowie an die mit 1. März 2019 in Kraft getretenen Bestimmungen des BVergG 2018. Erhalten bleiben soll die grundsätzliche Anlehnung an die Verfahrensbestimmungen des BVergG 2018.

Den Unternehmern wird bei Vergaben im Ober- und Unterschwellenbereich das Recht eingeräumt, Entscheidungen des Auftraggebers unmittelbar beim Landesverwaltungsgericht zu bekämpfen, ohne vorher einen Schlichtungsantrag bei der Schlichtungsstelle einbringen und ein Schlichtungsverfahren samt vierwöchiger Sperrwirkung durchführen zu müssen. Gleichzeitig wird den Unternehmern die Möglichkeit eingeräumt, vor Anrufung des Landesverwaltungsgerichts freiwillig die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge in Anspruch zu nehmen.

Zudem wurden mit 1. März 2019 die §§ 59, 64, 229 und 234 BVergG 2018 geändert (Art. 2 Z 5, 6, 12 und 13 Vergaberechtsreformgesetz 2018) und daher die entsprechenden Verweise im NÖ VNG angepasst.

Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält folgende wesentliche Änderungen:

- Abänderung der Bestimmungen über das Schlichtungsverfahren im Hinblick auf die Freiwilligkeit der Anrufung der Schlichtungsstelle (§ 3)

- Regelung der Ausnahmen von der Akteneinsicht im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht (§ 4 Abs. 6)
- Elektronische Zustellung schriftlicher Erledigungen des Landesverwaltungsgerichts (§ 4 Abs. 7)
- Ausdehnung der Senatszuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts auf den Unterschwellenbereich und Einführung der Laiengerichtbarkeit im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht im Ober- und Unterschwellenbereich (§ 4 Abs. 8 und 9)
- Entfall der Möglichkeit einer formlosen Einstellung des Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch das Landesverwaltungsgericht (§ 14 Abs. 4).

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. Die Zuständigkeit zur Regelung der Pauschalgebühren stützt sich auf § 8 Abs. 1 F-VG 1948. Gemäß § 16 Abs. 1 Z. 17 FAG 2017 sind die Eingabegebühren für Anträge an die in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG betrauten Behörden ausschließliche Landes(Gemeinde-)abgaben und daher vom Landesgesetzgeber zu regeln. Der Gesetzesentwurf entspricht den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU sowie der Richtlinie 89/665/EWG und der Richtlinie 92/13/EWG.

Zu den einzelnen Änderungen im Detail:

Zu Z 2 (§ 1):

Die Bestimmung des § 1 Abs. 1 ist an § 1 Z 3 und § 327 BVergG 2018 angelehnt.

Zu Z 4 (§ 3):

Eingeführt wird das Recht auf Akteneinsicht (Abs. 6) im Sinne der Gewährleistung eines fairen Verfahrens und der Waffengleichheit der Streitteile (Art. 6 EMRK). Die Bestimmungen sind an das BVergG 2018 angelehnt.

Die Schlichtung ist im Ober- und Unterschwellenbereich dem Nachprüfungsverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nicht mehr zwingend vorgeschaltet, die Schlichtungsstelle kann künftig aber freiwillig angerufen werden. Das gilt für beide Streitparteien gleichermaßen: Ein Unternehmer kann daher die Schlichtungsstelle vor Befassung des Landesverwaltungsgerichts anrufen; der Auftraggeber ist aufgrund der Freiwilligkeit allerdings nicht verpflichtet, sich in das Schlichtungsverfahren einzulassen (§ 3 Abs. 7).

Zu beachten ist für die Unternehmer und Auftraggeber im Ober- und Unterschwellenbereich, dass die Nachprüfungsfrist trotz Stellung eines Schlichtungsantrags aufgrund des Wegfalls der Sperrwirkung weder gehemmt noch unterbrochen wird, sondern weiterläuft.

Im Oberschwellenbereich widersprechen die zwingend vorgeschaltete Schlichtungsstelle und die Sperrwirkung den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie an die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG).

Für Aufträge im Unterschwellenbereich hat der EuGH klargestellt, dass - soweit die Vergaberichtlinien nicht anwendbar sind - die Binnenmarktregeln des EG-Vertrags gelten (EuGH C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard*; C-324/98 *Teleaustria*; C-231/03 *Coname*; C-458/03 *Parking Brixen*; C-264/03 *Kommission./Frankreich*). Demnach ist bei Aufträgen im Unterschwellenbereich bei Bestehen eines grenzüberschreitenden Interesses dem Unternehmer ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren (EuGH C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores*; EuGH C-222/86 *Heylens*). Das Recht auf einen solchen Rechtsschutz gehört dabei zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sich aus der allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Verfassungstradition ergeben. Gemäß der EuGH-Rechtsprechung zum Rechtsschutz müssen die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe dem Äquivalenzgrundsatz und dem Effektivitätsgebot entsprechen (EuGH C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*; EuGH C-327/00 *Santex*). Mit diesen beiden Grundsätzen stehen aufgrund eines allfälligen grenzüberschreitenden Interesses bei jedem Auftrag im Unterschwellenbereich eine dem Landesverwaltungsgericht zwingend vorgeschaltete Schlichtungsstelle und eine mit dem Schlichtungsantrag verbundene Sperrwirkung im Widerspruch. Daher ist den Unternehmern auch in den im Unterschwellenbereich durchgeführten

Vergabeverfahren aufgrund eines auch im Unterschwellenbereich bestehenden grenzüberschreitenden Interesses am Auftrag ein unmittelbarer Zugang zum Landesverwaltungsgericht zu gewähren, ohne dass vorab ein Schlichtungsantrag gestellt werden muss.

Für das Bestehen eines grenzüberschreitenden Interesses können weder wertmäßige Grenzen noch andere allgemein gültige Kriterien definiert werden. Es ist daher davon auszugehen, dass grundsätzlich an jedem Auftrag im Unterschwellenbereich ein grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann.

Zu Z 5 (§ 4):

Im Abs. 3 Z 4 erfolgt eine Präzisierung der bestehenden Bestimmungen. Die Regelung ist an § 353 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 angelehnt.

Im Abs. 3 Z 7 wird der Verweis auf § 17 Abs. 10 richtiggestellt.

Im Abs. 6 werden die Ausnahmen von der Akteneinsicht im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht neu geregelt. Neu geregelt werden weiters die elektronische Zustellung (Abs. 7) und die Ausdehnung der Senatszuständigkeit auf den Unterschwellenbereich sowie die Einführung der Laiengerichtsbarkeit beim Landesverwaltungsgericht (Abs. 8 und 9). Die Bestellung der fachkundigen Laienrichter erfolgt gemäß § 6 Abs. 4 des NÖ Landesverwaltungsgerichtsgesetzes durch die Landesregierung. Das Vorschlagsrecht für die Bestellung der fachkundigen Laienrichter ist nicht gleichbedeutend mit der Herstellung des Einvernehmens (Abs. 10).

Die Bestimmungen sind weitgehend an die entsprechenden Regelungen im BVergG 2018 (§§ 328, 329, 330, 331, 337, 338) angelehnt.

Zu Z 21 und Z 24 (§ 10 Abs. 3, § 11 Abs. 2 Z 2):

Die Regelung des § 10 Abs. 3 wird zu § 11 Abs. 2 Z 2 verschoben.

Zu Z 32 (§ 13 Abs. 3, 1. Satz):

Künftig ist jeder beim Landesverwaltungsgericht eingebrachte Nachprüfungsantrag im Internet bekannt zu machen.

Zu Z 35 (§ 14 Abs. 4):

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kommt künftig immer aufschiebende Wirkung zu, unabhängig von einer allfälligen Zurückziehung oder Nichteinbringung eines Schlichtungsantrags. Damit wird den Anforderungen des Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG an die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung getragen.

Zu Z 41 (§ 17 Abs. 7 Z 2):

Ab 1. März 2019 muss bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich sowohl eine Bekanntgabe auf Unionsebene als auch auf österreichischer Ebene erfolgen bzw. im Unterschwellenbereich eine Bekanntgabe gemäß § 66 Abs. 1 oder 2 bzw. § 237 Abs. 1 BVergG 2018, um die Möglichkeit einer Verkürzung der Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrags von sechs Monaten auf 30 Tage in Anspruch nehmen zu können. Neben der Bekanntgabe muss der Auftraggeber den im Vergabeverfahren allenfalls verbliebenen Bietern mitteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt worden ist.

Der Auftraggeber ist zu einer derartigen nachträglichen Bekanntgabe vergebener Aufträge jedoch nicht verpflichtet. Macht der Auftraggeber davon keinen Gebrauch oder befüllt der Auftraggeber bei einer ex post-Bekanntmachung das Standardformular nicht bzw. nicht vollständig, kann der Vertrag nach Einbringung eines Feststellungsantrags innerhalb der sechsmonatigen Frist gemäß § 17 Abs. 7, 1. Satz vom Landesverwaltungsgericht für nichtig erklärt oder aufgehoben werden.

Die Regelung ist an § 356 Abs. 7 Z 2 BVergG 2018 angelehnt, der am 1. März 2019 in Kraft getreten ist (Art. 2 (Änderung des Bundesvergabegesetzes 2018) Z 15 (§ 356 Abs. 7 Z 2) und Art. 5 (Änderung des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018) Z 5 (§ 100 Abs. 7 Z 2) des Vergaberechtsreformgesetzes 2018, BGBl. I Nr. 65/2018).

Zu Z 42 (§ 17 Abs. 8):

§ 17 Abs. 8 regelt die Möglichkeit einer weiteren Fristverkürzung auf zehn Tage für die Einbringung des Antrags auf Nichtigerklärung des Vertrags bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Voraussetzung für die Fristverkürzung ist, dass der Auftraggeber die Vergabe vor der Zuschlagserteilung freiwillig bekanntmacht und dass die Bekanntmachung zulässig und begründet ist.

Diese sog. ex-ante-Bekanntmachung führt dazu, dass der Vertrag bei einem Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen vom Landesverwaltungsgericht nicht mehr für nichtig erklärt oder aufgehoben werden kann.

Zu Z 49 (§ 23):

Die Regelungen des NÖ VNG über die Einführung der Laiengerichtsbarkeit sollen aus organisatorischen Gründen erst nach einer Übergangsfrist in Kraft treten (§ 23 Abs. 3).

Die Regelungen des NÖ VNG über die Schlichtung sollen nach drei Jahren außer Kraft treten. Damit wird der NÖ Rechtsbestand automatisch bereinigt, wenn diese Regelungen aufgrund der zu erwartenden niedrigen Fallzahlen nicht mehr erforderlich sind (§ 23 Abs. 4).

Die Gefertigten stellend daher folgenden

A n t r a g :

Der Hohe Landtag wolle beschließen:

- „1) Der beiliegende Gesetzesentwurf betreffend die Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG) wird genehmigt.

- 2) Die NÖ Landesregierung wird aufgefordert, das zur Durchführung dieses Gesetzesbeschlusses Erforderliche zu veranlassen.“

Der Herr Präsident wird ersucht, diesen Antrag dem RECHTS-UND VERFASSUNGS-AUSSCHUSS so rechtzeitig zuzuweisen, dass eine Behandlung am 16. Mai 2019 möglich ist.