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

Synopse

Im Begutachtungsverfahren wurden folgende Stellen eingeladen, zum Entwurf einer Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes Stellung zu nehmen:

Bundeskanzleramt
Ämter der Landesregierungen
Abteilung Landesamtsdirektion/Verfassungsdienst
Abteilung Landesamtsdirektion/Europareferat
Abteilung Landesamtsdirektion/Rechtsbüro
Abteilung Landesamtsdirektion/Informationstechnologie
Gruppe Baudirektion
Abteilung Landeshochbau
Gruppe Straße
Gruppe Wasser
Gruppe Raumordnung, Umwelt und Verkehr
Abteilung Personalangelegenheiten A
Abteilung Personalangelegenheiten B
Abteilung Gebäudeverwaltung
Abteilung Finanzen
Abteilung Wohnungsförderung A
Abteilung Wohnungsförderung B
Abteilung Allgemeine Förderung
Abteilung Stiftungsverwaltung
Abteilung Gemeinden
Abteilung Feuerwehr und Zivilschutz
Abteilung Kultur und Wissenschaft
Abteilung Schulen
Abteilung Kindergärten
Abteilung Landwirtschaftliche Bildung
Abteilung Landwirtschaftsförderung
Abteilung Forstwirtschaft
Abteilung Wirtschaft, Tourismus und Technologie
Abteilung Sport

Abteilung Energiewesen und Strahlenschutzrecht
Abteilung Sanitäts- und Krankenanstaltenrecht
Abteilung Landeskrankenanstalten und Landesheime
Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich
Wirtschaftskammer Niederösterreich
Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Niederösterreich
NÖ Landes-Landwirtschaftskammer
Industriellenvereinigung Niederösterreich
Verband der NÖ Gemeindevertreter der ÖVP
Verband Sozialdemokratischer Gemeindevertreter in Niederösterreich
NÖ Landesfeuerwehrverband
Verband der Elektrizitätsunternehmen Österreichs
EVN AG
NÖ HYPO Leasinggesellschaft m.b.H.
Volksanwaltschaft
NÖ Landeskliniken-Holding

Gleichzeitig wurden auch ein Verfahren nach dem Konsultationsmachanismus und ein Verfahren zur Bürgerbegutachtung durchgeführt.

Innerhalb der festgelegten Begutachtungsfrist sind folgende inhaltliche Stellungnahmen eingelangt:

Zur Kostenfrage:
Unabhängiger Verwaltungssenat:
Grundsätzlich bestehen gegen die Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, die zusätzliche Kompetenzen für den Unabhängigen Verwaltungssenat im Land NÖ mit sich bringt, keine Einwände. Gleich vorweg muss aber darauf verwiesen werden, dass durch verschiedene geplante Bestimmungen ein außergewöhnlich hoher Verfahrensaufwand vorprogrammiert ist.

Tangiert wird der Unabhängige Verwaltungssenat insbesondere durch die Möglichkeiten

a) einer Nichtigerklärung des Vertrages,
a) Verhängung von Sanktionen,
b) Unwirksamerklärung des Widerrufes.

Hinsichtlich der für den Unabhängigen Verwaltungssenat im Land NÖ zu erwartenden zusätzlichen **Kosten** wird folgendes ausgeführt:

Wie bereits in den Erläuterungen ausgeführt, kann – und wird es aus Sicht des UVS NÖ auch – zu einem Anstieg der Nachprüfungsverfahren vor dem UVS NÖ kommen, wenngleich rein zahlenmäßig diese zusätzlichen Verfahren derzeit nicht exakt abgeschätzt werden können.

Neben dieser rein zahlenmäßig zu erwartenden Zunahme an Verfahren darf aber auch der Aufwand pro Verfahren keineswegs unterschätzt werden. Insbesondere bei der zusätzlichen Kompetenz der Nichtigerklärung eines Vertrages ergibt sich die Notwendigkeit der Klärung einer Fülle von komplexen Fragestellungen. An mehreren Stellen des vorliegenden Entwurfes wird die Möglichkeit vorgesehen, unter gewissen Voraussetzungen von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen. Es sind dies z.B. „zwingende Gründe eines Allgemeininteresses an der Vertragsaufrechterhaltung, in Ausnahmefällen wirtschaftliche Interessen mit unverhältnismäßigen Folgen“.

Auch ist zu prüfen, ob die erbrachten Leistungen oder Leistungsteile noch zur Gänze oder nur wertgemindert zurückgestellt werden können. Weiters ist etwa auch im Unterschwellenbereich vorgesehen, von einer Nichtigerklärung abzusehen, wenn das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen überwiegt.

Diese beispielhaften Aufzählungen legen unmissverständlich dar, dass es sich dabei um eine hochkomplexe Rechtsmaterie handelt, nämlich um die Rückabwicklung von für absolut nichtig erklärten Verträgen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat im Land NÖ hat in den letzten Jahren bei Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen, die zusätzliche Kompetenzen bedeutet haben, immer wieder auf die besonders angespannte Personalsituation hingewiesen und dargelegt, dass ohne entsprechende Personalaufstockung (insbesondere im Mitgliederbereich) zusätzliche Aufgaben nicht mehr bewältigt werden können. Auch Kompetenzen, die für sich alleine nur einen vermutlich kleinen und schwer zu quantifizierbaren Zusatzaufwand bilden, dürfen unter dem Gesichtspunkt des Summationseffekts nicht vernachlässigt werden.

Im gegenständlichen Fall muss aber davon ausgegangen werden, dass die zu erwartenden zusätzlichen Verfahren einen ausgesprochen hohen zeitlichen und somit auch personellen Aufwand verursachen werden. Schließlich ist die rechtliche Beurteilung bei der Rückabwicklung von Verträgen im Regelfall hochkomplex und wird in vielen Fällen die Frage der Möglichkeit einer Rückabwicklung nur unter Beiziehung von Sachverständigen geklärt werden können. Es muss auch davon ausgegangen werden, dass vermutlich bei drohender Nichtigerklärung die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber damit argumentieren werden, dass eine Rückabwicklung entweder zur Gänze oder zumindest teilweise nicht möglich sei und ist daher ein aufwändiges Prüfungsverfahren durchzuführen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass grundsätzlich gegen diese neuen Aufgaben und Kompetenzen kein Einwand besteht, im Falle der Übertragung dieser Kompetenzen ist jedoch unbedingt eine Personalaufstockung insbesondere im Mitgliederbereich notwendig. Sollte eine Kompetenzübertragung ohne personelle Ressourcenverstärkung erfolgen, würde dies zu einer deutlich längeren Verfahrensdauer mit allen damit verbundenen nachteiligen Folgen für die Qualität des zu bietenden Rechtschutzes führen und muss auf diesen Umstand unmissverständlich hingewiesen werden! Sollte es zugunsten der Nachprüfungsverfahren zu einer Verzögerung bei den Strafverfahren kommen, wären damit zwangsläufig auch Verjährungen verbunden!

Der Umfang der notwendigen Personalaufstockung kann naturgemäß nicht exakt abgeschätzt werden. Unter Berücksichtigung aller zusätzlichen Kompetenzen, die in

den letzten Jahren dem Unabhängigen Verwaltungssenat im Land NÖ übertragen wurden und zu keiner Personalaufstockung geführt haben, ist jedenfalls von einem Mehrbedarf im Umfang von zwei Mitgliedern auszugehen. Damit verbunden ist auch die Notwendigkeit der Aufstockung im Bereich des Verwaltungspersonals von zumindest einem Mitarbeiter/in.

Zu Z. 7 (§ 4 Abs. 3):

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst:

Die Materialien führen aus, es solle der Grundsatz erhalten bleiben, dass sich das Verfahrensrecht möglichst eng an die Verfahrensbestimmungen des BVergG 2006 anlehne. Vor diesem Hintergrund wird angeregt, in Z 3 und Z 4 anstatt der Wendung „in rechtswidriger Weise“ die Wendung „rechtswidriger Weise“ (so auch § 312 Abs. 3 Z 3 und 4 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 idF BGBl. I Nr. 15/2010 [in der Folge: BVergG 2006]) zu verwenden.

Es wird weiters angeregt, – ebenfalls der Diktion des BVergG 2006 folgend – in der Z 4 nach dem Wort „Zuschlagsentscheidung“ die Wortfolge „gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010“ einzufügen.

Zu Z. 11 (§ 4 Abs. 4):

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst:

In Z 3 wird angeregt, ebenfalls die Wendung „rechtswidriger Weise“ anstatt „in rechtswidriger Weise“ zu verwenden sowie nach dem Wort „Widerrufsentscheidung“ die Wendung „gemäß § 140 bzw. 279 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010“ einzufügen.

Zu Z. 15 (§ 6 Abs. 2):

Unabhängiger Verwaltungssenat:

In § 6 Abs. 2 (neu) findet sich u.a. die Wortfolge „… oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben. …“. Mit dem Begriff „behördliche Entscheidung kann offenbar nur die Nachprüfungsentscheidung des UVS gemeint sein und könnte vor Erlassung dieser Entscheidung durch den UVS eine Nichtigkeit des Vertrages sowieso nicht ausgesprochen werden. Der Hintergrund der erwähnten Wortfolge ist daher nicht einsichtig.

Zu Z. 22 (§ 11):

Unabhängiger Verwaltungssenat:

In § 11 Abs. 1 (neu) wird die Regelung getroffen, dass die Frist mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung beginnt. Diese Bestimmung sollte auch einer Verklarung zugeführt werden. Gemeint könnte möglicherweise bei der „Absendung der Entscheidung“ die Übermittlung per Fax oder auf elektronischem Wege und bei „erstmalige Verfügbarkeit der Bekanntmachung“ die Übermittlung auf brieflichem Wege sein. Im Entwurf heißt es überdies anstatt „Weg“ fälschlicherweise „Wag“.

Sollte die obigerwähnte vermutete Interpretation zutreffen, ist aber zu hinterfragen, warum im Hinblick auf Gleichheitsüberlegungen im erstgenannten Fall nur 10 Tage für die Einbringung des Nachprüfungsantrages zur Verfügung stehen, im zweitgenannten Fall aber 15 Tage.

In § 11 Abs. 6 ist die Wortfolge „oder hätte erlangen können“ enthalten. Eine derartige Terminologie setzt logischerweise einen gewissen Sorgfaltsmaßstab des Antragstellers voraus und wäre es wünschenswert, dass das Gesetz über Art und Umfang dieses Sorgfaltsmaßstabes Auskunft gibt, damit sich danach die Beurteilung und Prüfung der Behörde orientieren kann.

NÖ Landeskliniken-Holding:

Es wird angeregt, die Bestimmung des § 11 Abs 5 dahingehend zu konkretisieren, dass die sechsmonatige Frist als absolute Frist, bis zu welcher Anträge gemäß § 6 Abs. 1 Z 1, 4 oder 5 einzubringen sind, zu verstehen ist.

Die derzeitige Formulierung würde beispielsweise einem nicht im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter eines nicht offenen Verfahrens die Antragsstellung auch nach Ablauf der 6 Monate nach Zuschlagserteilung ermöglichen, wenn der Auftraggeber (zB nach Ablauf von 7 Monaten) eine Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag vornimmt und der Bieter den Antrag binnen 30 Tagen ab erstmaliger Verfügbarkeit dieser Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag einbringt.

Dasselbe würde auch für die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter bei einer Absendung der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung nach Ablauf von 6 Monaten nach Zuschlagserteilung gelten.

Zu Z. 27 (§ 16):

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst:

Es wird auf das Schreibversehen „Vertages“ hingewiesen.

Unabhängiger Verwaltungssenat:

In der Überschrift zu § 16 erfolgt die Anfügung der Wortfolge „Nichtigerklärung des Vertages“. Richtig müsste es „Nichtigerklärung des Vertrages“ heißen.

Zu Z. 28 (§ 16 Abs. 2 bis 8):

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst:

In der Novellierungsanordnung wäre die Mehrzahlform „Bezeichnungen“ zutreffend. Außerdem wird angeregt, den zweiten Satz der Novellierungsanordnung als Einfügung zu formulieren, wie dies zutreffend in Z 33 geschieht.

Weiters wird angeregt, in Abs. 3 zwischen der Wendung „des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG)“ und der Wendung „des unmittelbar anwendbaren“ ein „oder“ einzufügen. Darüber hinaus wird angeregt, den Ausdruck „Gemeinschaftsrechts“ durch „Unionsrechts“ zu ersetzen.

Zu Abs. 7 wird darauf hingewiesen, dass gemäß Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2007/66/EG Geldbußen nicht an den sanktionierten Auftraggeber selbst zu entrichten sein dürfen („*Alternative Sanktionen sollten auf die Verhängung von Geldbußen bzw. -strafen, die an eine von dem öffentlichen Auftraggeber oder dem Auftraggeber unabhängige Stelle zu zahlen sind …..*“). In § 334 Abs. 7 BVergG 2006 wurde vor diesem Hintergrund ein Zufluss der Geldbußen an den ERP Fonds normiert (vgl. dazuauch 327 BlgNR XXIV. GP, 39). Da nach Abs. 7 die Geldbußen „*dem Land für Zwecke der Sozialhilfe* [zufließen]“, ist die von der Richtlinie geforderte Trennung bei Auftragsvergaben durch das Land nicht gewährleistet.

Zu Abs. 8 wird angemerkt, dass der Verweis auf § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes als ein dynamischer und daher von Verfassungswidrigkeit bedrohter (vgl. etwa VfSlg. 17.335/2004) verstanden werden könnte. Eine allfällige Klarstellung – etwa durch eine explizite Bezugnahme auf die letzte Änderung des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes durch die Novelle BGBl. I Nr. 112/2007 – wird angeregt.

Unabhängiger Verwaltungssenat:

In § 16 Abs. 2 (neu) sind mehrere unbestimmte Gesetzesbegriffe enthalten (z.B. „zwingende Gründe eines Allgemeininteresses“, „unverhältnismäßige Folgen“). Wenngleich es in der Natur eines unbestimmten Gesetzesbegriffes liegt, dass dieser im Wege der Judikatur „mit Leben erfüllt“ wird, so wäre es dennoch hilfreich, wenn bereits von Seite der Gesetzgebung entsprechende Klarstellungen zur Vermeidung

aufwendiger Prüfungen und Verfahrensverzögerungen (z.B. VwGH-Beschwerde) erfolgen.

In § 16 Abs. 7 erfolgt eine Regelung dahingehend, welche Eigenschaften eine Geldbuße aufzuweisen hat (wirksam, angemessen und abschreckend). Wenngleich eine derartige Geldbuße im formellen Sinne keine Strafe darstellt, so sind dennoch gewisse Parallelüberlegungen gegeben. Im Strafverfahren etwa wird auch die Angemessenheit gefordert und gibt es hiezu Strafzumessungsregeln sowohl im StGB als auch im VStG. Im gegenständlichen Fall verschweigt sich aber das Gesetz, nach welchen Kriterien die Angemessenheit zu prüfen ist. Ob z.B. eine Geldbuße angemessen und abschreckend ist, hängt sicherlich z.B. auch mit der Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens zusammen.

NÖ Landeskliniken-Holding:

zu § 16 Abs 4:
Es wird angeregt, diese Bestimmung in Entsprechung mit den Erläuterungen zu § 16 dahingehend zu erweitern, dass auch in der Fallkonstellation des § 16 Abs 4 der Auftraggeber einen entsprechenden Antrag stellen kann, wonach der Vertrag nur insoweit aufgehoben werde, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. In der derzeitigen Formulierung ist in dieser Fallkonstellation keine Antragsbefugnis vorgesehen.

In den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf wird zu Z. 28 (16 Abs. 2 bis 8) im dritten Absatz dargestellt, dass *„[…] Unter bestimmten Voraussetzungen der Unabhängige Verwaltungssenat* ***auf Antrag des Auftraggebers*** *[…] absehen“* kann. Es wird angeregt, eine Klarstellung vorzunehmen, wonach der Unabhängige Verwaltungssenat auch ohne entsprechenden Antrag des Auftraggebers von einer Nichtigerklärung absehen kann (siehe beispielsweise die Fallkonstellation des § 16 Abs 4).

zu § 16 Abs 7:
Es wird weiters angeregt, im Zusammenhang mit der Bemessung der Geldbuße klarzustellen, in welcher Höhe die Auftragssumme im Falle von unbefristeten Vertragsverhältnissen zu bestimmen ist.

Zu Z. 33 (§ 19 Abs. 2 bis 5):

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst:

Es wird angeregt, in Abs. 4 anstatt „Hat der Antragsteller“ die Wendung „Hat ein Antragsteller“ zu verwenden. Die vergleichbare Bestimmung des § 318 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 lautet ebenso. Überdies vermittelt die Wendung „Der Antragsteller“ den Eindruck, dass es jedenfalls nur einen geben könne. Durch die später folgende Formulierung, wonach „von diesem Antragsteller“ nur einen Teil der Gebühr zu entrichten sei, wird dieser Eindruck jedoch nicht bestätigt.

Es wird eine Überprüfung angeregt, ob es im zweiten Satz von Abs. 5 anstatt „Antrag nach Kundmachung der mündlichen Verhandlung“ nicht vielmehr „Antrag nach Kundmachung der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung“ lauten sollte. So lautet auch die Wendung im ersten Satz des Abs. 5.