

## **Gesetz vom ..... mit dem das Burgenländische Vergaberechtsschutzgesetz geändert wird**

Der Landtag hat beschlossen:

Das Burgenländische Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG, LGBl. Nr. 66/2006, wird wie folgt geändert:

### *1. Im Inhaltsverzeichnis wird*

*a) der Eintrag zu § 5 durch folgenden Eintrag ersetzt:*

„§ 5 Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags“

*b) der Eintrag zu § 16 durch folgenden Eintrag ersetzt:*

„§ 16 Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen“

*c) nach dem Eintrag zu § 16 (neu) folgender Eintrag eingefügt:*

„§ 16a Unwirksamerklärung des Widerrufs“

*d) nach dem Eintrag zu § 18 folgender Eintrag eingefügt:*

„§ 18a Zustellungen“

2. In § 2 Abs. 3 Z 2 entfällt im Klammersausdruck die Wortfolge „ , BGBl. I Nr. 17“.

3. § 2 Abs. 4 und 5 lautet:

„(4) Nach Zuschlagserteilung ist der Unabhängige Verwaltungssenat zuständig

1. im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
2. in einem Verfahren gemäß Z 1 auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers zur Feststellung, ob die Antragstellerin oder der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte;
3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;
4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 des Bundesvergabegesetzes 2006 erteilt wurde;
5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 rechtswidrig war;
6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrags;
7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 16 Abs. 7.

(5) Nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist der Unabhängige Verwaltungssenat zuständig

1. im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;
2. in einem Verfahren gemäß Z 1 auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers zur Feststellung, ob die Antragstellerin oder der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte;
3. zur Feststellung, ob der Widerruf rechtswidriger Weise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß den §§ 140 bzw. 279 des Bundesvergabegesetzes 2006 erklärt wurde;
4. in einem Verfahren gemäß Z 1 und 3 zur Unwirksamerklärung des Widerrufs gemäß § 16a.“

4. § 4 lautet:

#### **„§ 4**

##### **Fristen für Nachprüfungsanträge**

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Frist - außer im Fall der Anfechtung einer gemäß den § 55 Abs. 5 oder § 219 Abs. 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 freiwillig bekannt gemachten Entscheidung - auf sieben Tage.

(3) Bei der Durchführung einer Direktvergabe beträgt die Frist sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

(4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags können über die in den Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags auf brieflichem Weg übermittelt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt.“

5. Die Überschrift zu § 5 lautet:

##### **„Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags“**

6. § 5 Abs. 1 Z 2 lautet:

„2. die genaue Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse;“

7. Dem § 5 wird folgender Abs. 3 angefügt:

„(3) Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 4 genannten Fristen gestellt, wenn er bei der in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung keine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 4 genannten Fristen gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde.“

8. In § 6 Abs. 3 wird die Wortfolge „zwei Wochen“ jeweils durch die Wortfolge „zehn Tagen“ ersetzt.

9. In § 7 Abs. 1 Z 1 wird das Wort „gesonderte“ durch das Wort „gesondert“ ersetzt.

10. § 8 Abs. 2 Z 1 lautet:

„1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse;“

11. In § 9 erster Satz wird nach der Wortfolge „Erteilung des Zuschlags,“ die Wortfolge „die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung,“ eingefügt.

12. In § 9 Z 1 wird nach der Wortfolge „Zuschlag nicht erteilen“ die Wortfolge „oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen“ eingefügt.

13. In § 11 erhalten die bisherigen Abs. 2 bis 4 die Absatzbezeichnungen „(3)“ bis „(5)“; folgender Abs. 2 (neu) wird eingefügt:

„(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.“

14. In § 11 Abs. 3 zweiter Satz wird nach dem Wort „jedoch“ die Wortfolge „sechs Wochen, oder“ eingefügt.

15. § 12 Abs. 1 lautet:

„(1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen oder gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags hatte, kann, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder
3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 des Bundesvergabegesetzes 2006 wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder
4. der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 rechtswidrig war, oder
5. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

Die Antragstellerin oder der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 2 Abs. 4 Z 1 bis 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1 kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber oder die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger die Feststellung beantragen, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrags abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben.“

16. § 13 lautet:

### **„§ 13**

#### **Fristen**

(1) Anträge gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 und 5 sowie Abs. 4 sind binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

(2) Anträge gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist

1. ein Antrag gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 bis 4 - wenn es sich bei der Antragstellerin oder beim Antragsteller um eine oder einen im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin oder verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß den § 132 Abs. 2 oder § 273 Abs. 2 des Bundesvergabegesetzes 2006 bzw.
2. ein Antrag gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 - wenn es sich bei der Antragstellerin oder beim Antragsteller nicht um eine oder einen im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin oder verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung gemäß § 54 Abs. 6, § 55 Abs. 6, § 217 Abs. 7 oder § 219 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006

einzubringen.“

17. § 14 Abs. 1 Z 2 lautet:

„2. die genaue Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse;“

18. In § 14 erhalten die bisherigen Abs. 2 und 3 die Absatzbezeichnungen „(3)“ und „(4)“; folgender Abs. 2 (neu) wird eingefügt:

„(2) Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 13 genannten Fristen gestellt, wenn er bei der in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung keine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 13 genannten Fristen gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde.“

19. Dem § 14 wird folgender Abs. 5 angefügt:

„(5) Ein Antrag gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 ist ferner unzulässig, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber die Entscheidung gemäß § 49 Abs. 2, § 55 Abs. 5, § 210 Abs. 2 oder § 219 Abs. 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist.“

20. Die §§ 15 und 16 lauten:

## **„§ 15**

### **Parteien des Verfahrens**

Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 2 Abs. 4 und 5 sind die Antragstellerin oder der Antragsteller, die Auftraggeberin oder der Auftraggeber und eine allfällige Zuschlagsempfängerin oder ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 2 Abs. 6 sind die Antragstellerin oder der Antragsteller, die Auftraggeberin oder der Auftraggeber sowie alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieterinnen und Bieter.

## **§ 16**

### **Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen**

(1) Der Unabhängige Verwaltungssenat hat eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 Z 1 und 5 und Abs. 5 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat von einer Nichtigerklärung des Vertrags oder einer Aufhebung des Vertrags gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrags nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) Soweit in den Abs. 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin oder des Auftraggebers auf Grund bundesgesetzlicher Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder den dazu ergangenen Verordnungen oder auf Grund von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht offenkundig unzulässig war.

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat der Unabhängige Verwaltungssenat, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Der Unabhängige Verwaltungssenat kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem

späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dies beantragt hat. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat dafür das Interesse der Auftraggeberin oder des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse der Antragstellerin oder des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrags sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

(6) Der Unabhängige Verwaltungssenat hat von einer Nichtigerklärung des Vertrags gemäß Abs. 3 oder einer Aufhebung des Vertrags gemäß den Abs. 4 oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse der Auftraggeberin oder des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse der Antragstellerin oder des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses - auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen - überwiegt.

(7) Wenn der Unabhängige Verwaltungssenat von der Nichtigerklärung des Vertrags gemäß Abs. 2 erster Satz oder Abs. 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über die Auftraggeberin oder den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 vH, im Unterschwellenbereich 10 vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem Burgenländischen Ökoenergiefonds, welcher mit dem Burgenländischen Ökoförderungsgesetz eingerichtet wurde, LGBl. Nr. 40/2007, zu.

(8) Der Unabhängige Verwaltungssenat hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise der Auftraggeberin oder des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, in der Fassung des Gesetzes BGBl. I Nr. 112/2007, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.“

21. Nach § 16 wird folgender § 16a eingefügt:

#### **„§ 16a**

##### **Unwirksamerklärung des Widerrufs**

Der Unabhängige Verwaltungssenat hat im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 5 Z 3 sowie bei Verfahren im Unterschwellenbereich im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 5 Z 1 den Widerruf für unwirksam zu erklären, wenn

1. die Antragstellerin oder der Antragsteller dies beantragt hat und
2. das Interesse der Bieterinnen oder der Bieter an der Fortführung des Vergabeverfahrens das Interesse der Auftraggeberin oder des Auftraggebers - auch unter der Berücksichtigung der allfälligen betroffenen öffentlichen Interessen - an der Beendigung des Vergabeverfahrens überwiegt.“

22. In § 18 Abs. 6 wird nach der Wortfolge „Erteilung des Zuschlages,“ die Wortfolge „die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung,“ eingefügt.

23. Nach § 18 wird folgender § 18a eingefügt:

#### **„§ 18a**

##### **Zustellungen**

Soweit dem Unabhängigen Verwaltungssenat die im Vergabeverfahren bekannt gegebene Faxnummer oder elektronische Adresse einer Partei bekannt ist, hat der Unabhängige Verwaltungssenat schriftliche Erledigungen an diese Adresse zuzustellen.“

24. In § 20 Abs. 1 wird die Wortfolge „aber zwei Monate“ durch die Wortfolge „sechs Wochen“ ersetzt und dem Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung eines mündlich verkündeten Bescheids hat unverzüglich, spätestens zwei Monate nach Verkündung zu erfolgen.“

25. In § 20 Abs. 2 wird die Wortfolge „binnen einer Woche“ durch die Wortfolge „binnen sieben Werktagen“ ersetzt.

26. Dem § 20 wird folgender Abs. 3 angefügt:

„(3) Über Anträge auf Feststellung gemäß § 12 Abs. 1 und 2 ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrags zu entscheiden. Die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung eines mündlich verkündeten Bescheids hat unverzüglich, spätestens zwei Monate nach Verkündung zu erfolgen.“

27. Im § 22 Abs. 2 letzter Satz wird vor dem Wort „Bieter-“ die Wortfolge „Bieterinnen- oder“ eingefügt.

28. § 24 Z 1 und 2 lautet:

- „1. Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989 S 33, in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 209 vom 24.07.1992 S 1, und der Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007 S 31;
2. Richtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeberin oder Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenrechtsmittelrichtlinie), ABl. Nr. L 76 vom 23.03.1992 S 14, in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007 S 31.“

29. Dem § 25 wird folgender Abs. 3 angefügt:

„(3) Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes LGBl. Nr. xx/xxxx beim Unabhängigen Verwaltungssenat anhängige Verfahren sind vom Unabhängigen Verwaltungssenat nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.“

30. Der bisherige Text des § 26 erhält die Absatzbezeichnung „(1)“; folgender Abs. 2 wird angefügt:

„(2) Die Änderungen des Inhaltsverzeichnisses und des § 2 Abs. 3 Z 2, § 2 Abs. 4 und 5, § 4, der Überschrift zu § 5, des § 5 Abs. 1 Z 2, § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 3, § 7 Abs. 1 Z 1, § 8 Abs. 2 Z 1, § 9, § 11 Abs. 2 bis 5, § 12 Abs. 1, § 13, § 14 Abs. 1 Z 2, § 14 Abs. 2 bis 5, der §§ 15, 16 und 16a, des § 18 Abs. 6, § 18a, § 20 Abs. 1 bis 3, § 22 Abs. 2, § 24 Z 1 und 2 sowie des § 25 Abs. 3 in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. xx/xxxx treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.“

## Vorblatt

### **Problem:**

Die Richtlinie 2007/66/EG 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, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007 S 31, ist bis 20. Dezember 2009 in Burgenländisches Landesrecht umzusetzen.

### **Lösung:**

Novellierung des Burgenländischen Vergaberechtsschutzgesetzes - Bgld. VergRSG.

### **Alternativen:**

Keine. Die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage würde zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission führen.

### **Kosten:**

Auf Grund der neuen Kompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats im Bereich der Feststellungsverfahren kann es zu einem Anstieg an Verfahren und damit zu finanziellen Belastungen kommen. Da nicht abgeschätzt werden kann, inwieweit von den neuen Antragsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird bzw. inwieweit die Auftraggeberinnen oder 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.

### **EU - Konformität:**

Die vorliegende Regierungsvorlage dient der Umsetzung der beiden „Rechtsmittelrichtlinien“ 89/665/EWG, ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989 S 33, und 92/13/EWG, ABl. Nr. L 76 vom 23.03.1992 S 14, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007 S 31 (CELEX-Nr. 32007L0066).

## **Erläuterungen**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Anlass und Inhalt**

Die Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) und 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie) des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007 S 31, ist bis spätestens 20. Dezember 2009 umzusetzen.

Im Hinblick auf die starke Verflechtung von Bundes- und Landesrecht im Vergabewesen und die praktische Handhabung durch die Rechtsanwender ist eine enge Anlehnung der landesrechtlichen Rechtsschutzgesetze an die entsprechenden bundesrechtlichen Regelungen geboten. Die vorliegende Regierungsvorlage bezweckt eine Anpassung an die in der Regierungsvorlage des Bundes vorgesehenen Änderungen der entsprechenden Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006.

Die Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) und 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie) des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge erfordert eine Novellierung des Burgenländischen Vergaberechtsschutzgesetzes. Um elementare Verstöße gegen das Vergaberecht wirksam hintanhalten zu können, sehen die beiden genannten Richtlinien in ihren geänderten Fassungen eine zwingende Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags in bestimmten Fällen vor. Daher sind nicht nur die bestehenden Kompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats zu erweitern, sondern es ist ihm auch die Kompetenz einzuräumen, Verträge unter gewissen Voraussetzungen für nichtig zu erklären sowie allenfalls sogenannte alternative Sanktionen zu verhängen.

Wie schon die Stammfassung des Burgenländischen Vergaberechtsschutzgesetzes folgt auch die gegenständliche Regierungsvorlage im Wesentlichen dem Bundesvergabegesetz 2006. Die Kompetenzverteilung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens bringt eine enge Verschränkung bundesrechtlicher Bestimmungen mit landesrechtlichen Vorschriften mit sich. Aus ihr folgt, dass im Rahmen der Landesvergaberechtsschutzgesetze an das Bundesvergabegesetz und die bundesvergaberechtlichen Durchführungsverordnungen angeknüpft werden muss. Im Interesse der beteiligten Wirtschaftskreise werden die Bestimmungen über den Rechtsschutz möglichst homogen formuliert.

Die vorliegende Regierungsvorlage enthält keine Verfassungsbestimmungen und sieht keine Mitwirkung von Bundesorganen im Sinne des Artikel 97 Abs. 2 B-VG vor.

#### **II. Kompetenzgrundlagen**

Gemäß Artikel 14b Abs. 1 und 3 B-VG ist die Gesetzgebung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache, soweit es sich nicht um die Gesetzgebung „in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen“ durch das Land, die Gemeinden und diesen zurechenbare Auftraggeberinnen oder Auftraggeber handelt. Die vorliegende Regierungsvorlage hat seine kompetenzrechtliche Grundlage daher in Artikel 14b Abs. 3 B-VG.

Im Verhältnis zwischen Artikel 14b Abs. 3 B-VG und der Bedarfsgesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Artikel 11 Abs. 2 B-VG und der Bundeskompetenz zur Regelung des Verfahrens der Unabhängigen Verwaltungssenats (Artikel 129b Abs. 6 B-VG) sind nicht alle Fragen restlos geklärt. Einerseits betonen die Materialien (1118 BlgNR XXI. GP), dass „vom AVG abweichende oder dieses ergänzende“ Vorschriften für das Nachprüfungsverfahren zu den Angelegenheiten gemäß Artikel 14b Abs. 3 gehören; andererseits hält derselbe Ausschussbericht fest, dass die Bedarfskompetenz des Bundes nach Artikel 11 Abs. 2 B-VG (sowie der vor dem Hintergrund dieser Bestimmung betrachtete Artikel 129b Abs. 6 B-VG) von der Einführung des Kompetenztatbestandes des Artikels 14b Abs. 3 B-VG „unberührt“ bleiben soll. Der Verfassungsgerichtshof hat sich offenbar die aus Sicht des Landesgesetzgebers restriktivere Auffassung zu Eigen gemacht und misst vom AVG abweichende landesgesetzliche Regelungen betreffend das vergaberechtliche Rechtsschutzverfahren am Maßstab der „Erforderlichkeit“ im Sinne des Artikels 11 Abs. 2 B-VG (VfGH 23.6.2005, B 1478/03). Dabei hat der Gerichtshof jedenfalls in Bezug auf die im Vergleich zum AVG eingeschränkte Verpflichtung zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung festgestellt, dass eine solche Abweichung schon durch die Besonderheiten des Vergabekontrollverfahrens, das sich in mehrerlei Hinsicht von den von einem unabhängigen Verwaltungssenat

üblicherweise durchzuführenden Verfahren unterscheidet, gerechtfertigt seien. Damit dürfte es dem Landesgesetzgeber gestattet sein, Abweichungen vom AVG immer dann vorzusehen, wenn dies auf Grund der Besonderheiten des Vergabekontrollverfahrens zweckmäßig bzw. „erforderlich“ ist.

### **III. Finanzielle Auswirkungen**

Auf Grund der neuen Kompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats im Bereich der Feststellungsverfahren kann es zu einem Anstieg an Verfahren und damit zu finanziellen Belastungen kommen. Da nicht abgeschätzt werden kann, inwieweit von den neuen Antragsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird bzw. inwieweit die Auftraggeberinnen oder 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. Gleichzeitig mit einem allfälligen Anstieg der Verfahren werden auch die Einnahmen aus den Antragsgebühren steigen.

Auf Grund der gemeinschaftlichen Rechtsgrundlagen hat der Unabhängige Verwaltungssenat künftig in bestimmten Fallkonstellationen Geldbußen zu verhängen (vgl. dazu § 16). Die vom Unabhängigen Verwaltungssenat verhängten Geldbußen fließen dem Burgenländischen Ökoenergiefonds, welcher mit dem Burgenländischen Ökoförderungsgesetz eingerichtet wurde, LGBl. Nr. 40/2007, zu. Die daraus entstehenden Mehreinnahmen können aus heutiger Sicht nicht quantifiziert werden, da die Verhängung dieser Geldbußen teilweise von der Stellung eines Antrags abhängt bzw. davon abhängt, ob eine gänzliche Rückabwicklung nicht (mehr) möglich ist. Es ist weder absehbar, in welchem Ausmaß Auftraggeberinnen oder Auftraggeber bereit sein werden, diesen Antrag zu stellen, um die ex tunc Nichtigkeit von Verträgen abzuwenden, und inwieweit der Unabhängige Verwaltungssenat derartigen Anträgen im Einzelfall auf Grund des Vorliegens zwingender Gründe eines Allgemeininteresses stattgeben wird, noch ist absehbar, in welchen bzw. in wie vielen Fällen eine Geldbuße verhängt wird, weil eine gänzliche Rückabwicklung des Vertrags nicht (mehr) möglich ist.

### **IV. EU-Konformität**

Die vorliegende Regierungsvorlage dient der Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG 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, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007 S 31 (CELEX-Nr. 32007L0066).

## **B. Zu den einzelnen Bestimmungen:**

### **Zu Z 1 (Änderung des Inhaltsverzeichnisses):**

Die Änderungen im Inhaltsverzeichnis waren auf Grund der Neubezeichnung der §§ 5 und 16 und der Einfügung der §§ 16a und 18a notwendig.

### **Zu Z 3 (§ 2 Abs. 4 und 5):**

Die Feststellungskompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats nach Zuschlagserteilung bzw. nach Widerruf sind an den neuen Art. 2d der Rechtsmittelrichtlinie und der Sektorenrechtsmittelrichtlinie (beide im Folgenden: RMRLen) anzupassen.

Die Z 1 und 2 des vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 entsprechen inhaltlich weitgehend der geltenden Regelung des § 2 Abs. 4 Z 1 und 2 Bgld. VergRSG.

Die Z 3 bis 5 des vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 enthalten die gemäß Art. 2d Abs. 1 lit. a bis c der RMRLen vorzusehenden Kompetenzen der Vergabekontrollbehörde. Gemäß diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben müssen folgende Fälle grundsätzlich eine Unwirksamkeit des Vertrags nach sich ziehen:

1. Unzulässige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung: Dies wird durch den vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 umgesetzt. Durch den Wortlaut wird u.a. auch die Fallkonstellation des bisherigen § 2 Abs. 4 Z 3 erfasst (offenkundig unzulässige Zuschlagserteilung direkt an eine Unternehmerin oder einen Unternehmer, ohne dass andere Unternehmerinnen oder Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren). Klarzustellen ist, dass im Rahmen der Z 3 festzustellen ist, ob „ein Vergabeverfahren“ rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Wenn daher statt des gewählten Verfahrens (zB Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) ein anderes Verfahren ohne Bekanntmachung (zB ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung) zulässig gewesen wäre, so wurde nicht im Sinne der Z 3 ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt.
2. Verstoß gegen Art. 2a Abs. 2 der RMRLen: Die genannten Bestimmungen sehen vor, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber im Anschluss an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist einzuhalten hat, während der der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Aus Gründen der Klarheit werden die materiell darin zum Ausdruck kommenden Verstöße (Unterbleiben der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, wodurch überhaupt keine Stillhaltefrist ausgelöst wird, sowie Missachtung der Stillhaltefrist) getrennt ausgewiesen.

Die Unwirksamkeit als Folge des erstgenannten Verstoßes (Unterbleiben der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung) wird durch den vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 4 umgesetzt. Zur Frage, wann von einer Zuschlagserteilung ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung auszugehen ist, ist erneut auf die Definition des § 2 Z 48 des Bundesvergabegesetzes 2006 zu verweisen, wonach es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die an die Bieterin oder den Bieter abgegebene Absichtserklärung handelt, welcher Bieterin oder welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Wenn daher die gesetzlichen Vorgaben in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht (oder nicht ausreichend) enthalten sind, kann dies zur Anfechtbarkeit der (rechtswidrigen) Zuschlagsentscheidung führen, begründet aber keinen Anwendungsfall des vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 4.

Die Missachtung der Stillhaltefrist hat wie bisher die absolute Nichtigkeit zur Folge; eine entsprechende Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde muss daher nicht vorgesehen werden.

3. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 3 der RMRLen: Die genannten Bestimmungen sehen vor, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber nach einem Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung den Vertrag so lange nicht abschließen darf, bis die Nachprüfungsstelle ihre Entscheidung (in der Hauptsache oder über eine vorläufige Maßnahme) getroffen hat. Da die Missachtung des Suspensiv-effekts (eines Antrags auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlags begehrt wird) wie bisher die Nichtigkeit zur Folge hat, muss eine entsprechende Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde nicht vorgesehen werden.
4. Da der Bund durch die in seiner Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 131 Abs. 2 Z 3 sowie § 272 Abs. 2 Z 2 und 3 des Bundesvergabegesetzes 2006 die Ausnahmebestimmung des Art. 2b lit. c erster Unterabsatz der RMRLen in Anspruch nimmt, sind in Entsprechung der weiteren Unterabsätze dieser Bestimmung Regelungen über die Unwirksamkeit eines derart abgeschlossenen Vertrags vorzusehen: Dies erfolgt durch den vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 6. Der Anwendungsbereich der

Nichtigkeit als Folge eines Feststellungsbescheids des Unabhängigen Verwaltungssenats wird somit im Ergebnis erweitert.

Das Bgld. VergRSG kennt derzeit noch keine Kompetenz einer Vergabekontrollbehörde, Verträge für nichtig zu erklären. Auf Grund der Neuerungen durch die Rechtsmittelrichtlinien sind im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit von Verträgen weitere Befugnisse vorzusehen. So muss nicht nur über die Unwirksamkeit selbst, sondern auch über den Zeitpunkt ihres Eintretens abgesprochen werden. Weiters besteht nach den RMRLen die Möglichkeit - trotz des Vorliegens eines (im Regelfall) die Unwirksamkeit des Vertrags nach sich ziehenden Verstoßes - von der Unwirksamkeit abzusehen und stattdessen sogenannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Aus diesem Grund scheint es nicht sinnvoll, das Konzept der ex lege Nichtigkeit innerstaatlich beizubehalten. Da es ebenso wenig zweckmäßig ist, die dargelegten Befugnisse auf verschiedene Behörden aufzuteilen, soll dem Unabhängigen Verwaltungssenat unmittelbar die Kompetenz eingeräumt werden, Verträge unter bestimmten Voraussetzungen für nichtig zu erklären sowie - wenn von der Nichtigkeitsklärung abgesehen wird - Sanktionen zu verhängen (siehe die vorgeschlagenen Z 6 und 7 des § 2 Abs. 4).

Die vorgeschlagenen Z 6 und 7 des § 2 Abs. 4 enthalten Kompetenzen, die nicht selbständig, sondern nur in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 ausgeübt werden können. Die näheren Regelungen hinsichtlich der Ausübung dieser neu einzuräumenden Kompetenzen finden sich im vorgeschlagenen § 16 Abs. 2 bis 8.

Wenn dem Unabhängigen Verwaltungssenat unmittelbar die Kompetenz eingeräumt wird, Verträge bei Vorliegen bestimmter Verstöße ex tunc für nichtig zu erklären, dann soll er gleichermaßen die Kompetenz haben, einen Widerruf für unwirksam zu erklären; dies dann, wenn er festgestellt hat, dass der Widerruf rechtswidriger Weise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung erklärt worden ist. Die näheren Vorgaben für die Ausübung dieser Kompetenz finden sich im vorgeschlagenen § 16a.

#### **Zu Z 4 (§ 4):**

Die Regelung der Fristen für Nachprüfungsanträge ist an den neuen Art. 2c der RMRLen anzupassen.

In Anlehnung an den durch die RMRLen eingeräumten Spielraum soll die Regelfrist von 14 auf zehn Tage reduziert werden. Nur wenn die angefochtene Entscheidung weder auf elektronischem Weg oder mittels Telefax übermittelt noch veröffentlicht worden ist, verlängert sich die Frist auf 15 Tage.

Umgekehrt kann die bislang für einzelne Fälle (zB beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit, Durchführung einer elektronischen Auktion) vorgesehene Fristverkürzung auf sieben Tage auch im Oberschwellenbereich - mangels gemeinschaftsrechtlicher Grundlage - nicht beibehalten werden. Es wird davon ausgegangen, dass eine zehntägige Frist ausreichend ist, um einen Nachprüfungsantrag auszuformulieren.

Die Verkürzung der Frist im Unterschwellenbereich auf sieben Tage soll ebenso beibehalten werden, wie die Regelung betreffend die Direktvergabe (da die Wahl der Verfahrensart Direktvergabe weder mitgeteilt noch bekannt gemacht wird, beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, zu dem von dieser Entscheidung Kenntnis erlangt wurde oder erlangt werden hätte können).

Neu geregelt wird auch der Sonderfall der Bekämpfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags, wobei von Folgendem auszugehen ist:

Die gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Mindestfristen dürfen nicht unterschritten werden, weshalb vorgesehen wird, dass entsprechende Nachprüfungsanträge über die in den Abs. 1 und 2 bestimmten Fristen hinaus eingebracht werden können.

Wenn die Mindestfrist von zehn Tagen nicht unterschritten werden darf, ist eine Beibehaltung des bisherigen § 4 Abs. 2 Z 1 aber überflüssig. Da bei einer Angebotsfrist von weniger als 15 Tagen der Antrag spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen ist, so wäre nur im Fall einer 14-tägigen Angebotsfrist eine Verlängerung der Antragsfrist um einen Tag - von zehn auf elf - denkbar; diese Konsequenz rechtfertigt eine Beibehaltung der genannten Bestimmung aber nicht. Vorgesehen wird daher, dass ein Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden kann. Da die Mindestfrist von zehn Tagen nicht unterschritten werden darf, kommt diese Ausweitung erst dann in Betracht, sofern „diese Frist“ - gemeint sind damit die im ersten Halbsatz angeführten Fristen, nämlich die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten bzw. die Teilnahmefrist - zumindest 18 Tage beträgt. Beträgt die Regelantragsfrist auf Grund einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage, kommt eine Ausweitung erst bei einer Angebotsfrist bzw. einer Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten bzw. einer Teilnahmefrist von zumindest 23 Tagen in Betracht.

Wenn die im vorgeschlagenen Abs. 4 normierten Bedingungen nicht erfüllt werden (also etwa die Angebotsfrist nur 17 Tage oder weniger beträgt) dann kommt es zu keiner Fristverlängerung, maßgeblich sind dann allein die Antragsfristen gemäß den vorgeschlagenen Abs. 1 und 2.

Die Regelung des vorgeschlagenen § 4 Abs. 4 (anders als dessen Abs. 1) normiert keine Frist im Sinne des AVG, sondern legt lediglich einen Endzeitpunkt fest, bis zu dem eine bestimmte Verfahrenshandlung spätestens gesetzt werden muss (vgl. die diesbezügliche Diskussion in der Lehre bei Hengstschläger/Leeb, AVG § 32 Rz 1). Damit sind insbesondere die Regelungen des § 33 AVG auf diese Bestimmung nicht anzuwenden. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des bisherigen § 4 Abs. 2 letzter Satz aber überflüssig. Grundsätzlich gilt daher, dass der Unabhängige Verwaltungssenat gemäß § 13 Abs. 5 AVG nur während der Amtsstunden verpflichtet ist, schriftliche Anbringen entgegenzunehmen oder Empfangsgeräte empfangsbereit zu halten.

**Zu Z 6 (§ 5 Abs. 1 Z 2), Z 10 (§ 8 Abs. 2 Z 1) und Z 17 (§ 14 Abs. 1 Z 2):**

Ungeachtet dessen, dass Auftraggeberinnen oder Auftraggeber gemäß § 43 Abs. 6 erster Satz bzw. § 204 Abs. 6 erster Satz des Bundesvergabegesetzes 2006 ohnehin eine Faxnummer bzw. eine elektronische Adresse bekannt zu geben haben, soll die Bezeichnung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers in einem Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag bzw. einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung um die Bezeichnung der Antragstellerin oder des Antragstellers einschließlich der Faxnummer oder der elektronischen Adresse der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und der Antragstellerin oder des Antragstellers ergänzt werden. Damit wird eine vereinfachte elektronische Übermittlung von Erledigungen ermöglicht.

**Zu Z 7 (§ 5 Abs. 3) und Z 18 (§ 14 Abs. 2):**

Durch diese Bestimmung wird nunmehr sichergestellt, dass die Frist für Nachprüfungsaufträge auch dann gewahrt ist, wenn ein Feststellungsantrag bei einer in der Ausschreibung angegebenen - allerdings unzuständigen Behörde - eingebracht wird. Die Gefahr der Fristversäumung soll aber auch im Fall des Fehlens einer Angabe der zuständigen Vergabekontrollbehörde hintan gehalten werden. Die Antragstellerin oder der Antragsteller kann sich allerdings in diesem Fall nur dann auf diese Bestimmung beziehen, und einer Zurückweisung seines Nachprüfungsantrags in Folge Fristversäumnis entgehen, wenn der Nachprüfungsantrag nicht bei einer offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Es ist davon auszugehen, dass eine offenkundig „nicht unzuständige“ Vergabekontrollbehörde dann vorliegt, wenn die Zuständigkeit einer bestimmten Vergabekontrollbehörde plausibel erscheint, was dann der Fall sein wird, wenn es sich um eine in den Gesetzen vorgesehene Vergabekontrollbehörde handelt (wie zB um das Bundesvergabeamt, einen unabhängigen Verwaltungssenat oder die Vergabekontrollkommission Wien). Ist dies nicht der Fall und sind beispielsweise Zivilgerichte oder Bezirkshauptmannschaften oder Landesregierungen vorgesehen, so ist von einer offenkundig nicht zuständigen Vergabekontrollbehörde auszugehen.

**Zu Z 8 (§ 6 Abs. 3):**

Durch die Umstellung auf Werktage soll vor dem Hintergrund des § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG (dieser tritt gemäß § 82 Abs. 16 BGBl. I Nr. 5/2008 mit Ablauf des 31. Dezember 2010 außer Kraft) dem Unabhängigen Verwaltungssenat ausreichend Zeit zur Bearbeitung des Antrags eingeräumt werden.

**Zu Z 11 und Z 12 (§ 9) und Z 22 (§ 18 Abs. 6):**

Damit die Effektivität des Rechtsschutzsystems im Zusammenhang mit Rahmenvereinbarungen nicht unterlaufen wird (zB durch Abschluss einer Rahmenvereinbarung und sofortigem Abruf der Leistungen bzw. eines Leistungsteils), wird analog zur Regelung betreffend den Zuschlag bei einer „regulären“ Auftragsvergabe vorgesehen, dass dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegen den Abschluss einer Rahmenvereinbarung aufschiebende Wirkung zukommt, bzw. die Auftraggeberin oder der Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit die Rahmenvereinbarung nicht bis zur Entscheidung über einen derartigen Antrag abschließen darf.

**Zu Z 13 (§ 11 Abs. 2):**

§ 9 sieht vor, dass in den Fällen, in denen ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf die Untersagung der Zuschlagserteilung oder des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung gerichtet ist, ein vor der Entscheidung über diesen Antrag erteilter Zuschlag oder Abschluss einer Rahmenvereinbarung nichtig ist. Gleiches gilt sinngemäß für die Untersagung der Erklärung des Widerrufs eines Verfahrens. Nicht geregelt ist hingegen die Konsequenz einer Zuschlagserteilung oder eines Abschlusses einer Rahmenvereinbarung entgegen einem mittels einstweiliger Verfügung verhängtem Verbot der Zuschlagserteilung oder des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung. Durch den vorgeschlagenen neuen Abs. 2 in § 11 soll zum Ausdruck gebracht werden, dass auch eine derartige Zuschlagserteilung bzw. ein Abschluss einer Rahmenvereinbarung absolut nichtig ist.

### **Zu Z 15 (§ 12 Abs. 1):**

Auf Grund der neuen Feststellungskompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats sind die Regelungen betreffend die Einleitung eines Feststellungsverfahrens anzupassen:

1. Der vorgeschlagene § 12 Abs. 1 Z 1 entspricht inhaltlich dem geltenden § 12 Abs. 1 Z 2.
2. Der vorgeschlagene § 12 Abs. 1 Z 2 entspricht inhaltlich weitgehend dem geltenden § 12 Abs. 1 Z 1.
3. Die neu vorgeschlagene Z 3 des § 12 Abs. 1 resultiert aus der in Art. 2d Abs. 1 lit. b der RMRLen grundgelegten neuen Kompetenz des Unabhängigen Verwaltungssenats (umgesetzt durch den vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 4).
4. Die neu vorgeschlagene Z 4 des § 12 Abs. 1 resultiert aus der in Art. 2d Abs. 1 lit. c der RMRLen grundgelegten neuen Kompetenz des Unabhängigen Verwaltungssenats (umgesetzt durch den vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 5).
5. Die vorgeschlagene Z 5 des § 12 Abs. 1 entspricht inhaltlich dem geltenden § 12 Abs. 1 Z 3.

Da in der Praxis ein Bedürfnis danach bestehen kann, Anträge etwa gemäß den vorgeschlagenen Z 3 oder 4 mit einem Antrag gemäß der vorgeschlagenen Z 1 zu verbinden, es aber nicht gerechtfertigt scheint, in diesen Fällen eine zweifache Gebühr einzuheben, soll durch den vorgeschlagenen zweiten Satz des § 12 Abs. 1 klargestellt werden, dass im Fall einer „Antragskumulierung“ ein Antrag gestellt werden kann, in dem mehrere Feststellungen begehrt werden, für den aber - da es sich eben nur um einen Antrag handelt - auch nur eine Gebühr zu entrichten ist.

Aus systematischen Erwägungen ist es zweckmäßig, auch die im vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 2 grundlegende Möglichkeit der Antragstellung durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber (Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte) in diese Bestimmung aufzunehmen (vorgeschlagener dritter Satz).

### **Zu Z 16 (§ 13):**

Die neuen Kompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats erfordern auch eine Änderung der Regelungen über die Fristen für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens sowie über die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines solchen Antrags. Hinsichtlich der Unbedenklichkeit der Fristen ist auf das Erkenntnis des VfGH vom 5. Dezember 2008, G 113/08-11, zu verweisen.

Der vorgeschlagene § 13 Abs. 1 entspricht inhaltlich weitgehend dem geltenden § 13 Abs. 1. Die Bezugnahme auf die Feststellung der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens entfällt. Stattdessen sieht der vorgeschlagene § 12 Abs. 1 Z 2 die Bekämpfung der rechtswidrigen Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vor.

Der vorgeschlagene § 13 Abs. 2 erster Satz setzt die Grundregel des Art. 2f Abs. 1 lit. b der RMRLen um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrags gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, „gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde“, einzubringen ist.

Davon abweichend enthält der vorgeschlagene § 13 Abs. 2 zweiter Satz zwei Möglichkeiten einer Fristverkürzung auf 30 Tage (wie dies auf Grund des Art. 2f Abs. 1 lit. a der RMRLen gemeinschaftsrechtlich zulässig ist):

1. Wenn es sich bei der Antragstellerin oder beim Antragsteller um eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin oder um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt, dann kommt es zu einer Fristverkürzung, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber diesem gemäß dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 132 Abs. 2 (bzw. § 273 Abs. 2) des Bundesvergabegesetzes 2006 mitgeteilt hat, welcher Bieterin oder welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.
2. Im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung hat zusätzlich eine Bekanntmachung gemäß dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 54 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006 oder dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 55 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006 (bzw. der entsprechenden Sektorenregelung) zu erfolgen. (Bei einem Antrag gemäß dem vorgeschlagenen § 12 Abs. 1 Z 3 oder 4 [Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bzw. Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung bei Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems] ist eine Bekanntmachung nicht vorgesehen und daher auch für eine Fristverkürzung nicht Voraussetzung). Wenn es sich um einen Antrag gemäß dem vorgeschlagenen § 12 Abs. 1 Z 2 (Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) handelt und keine Bieterin oder kein Bieter im Vergabeverfahren

verblieben ist, ist für eine Fristverkürzung allein die Bekanntmachung gemäß dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 54 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006 oder dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 55 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006 (bzw. der entsprechenden Sektorenregelung) ausreichend.

Wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sicher gehen will, dass es zu einer Verkürzung der grundsätzlich sechsmonatigen Frist auf 30 Tage kommt, dann muss sie oder er jedenfalls eine Bekanntmachung gemäß dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 54 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006 oder dem in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 55 Abs. 6 des Bundesvergabegesetzes 2006 (bzw. der entsprechenden Sektorenregelung) vornehmen und zusätzlich der oder den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieterinnen oder Bieter (sofern es solche gibt) mitteilen, welcher Bieterin oder welchem Bieter der Zuschlag erteilt worden ist.

3. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass der Fall eines Antrags gemäß dem vorgeschlagenen § 12 Abs. 1 Z 3 verbunden mit der Tatsache, dass keine Bieterin oder kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist, nicht eintreten kann, da bei einem Fehlen weiterer verbleibender Bieterinnen oder weiterer verbleibender Bieter die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht rechtswidrig sein kann.

#### **Zu Z 19 (§ 14 Abs. 5):**

Durch den vorgeschlagenen § 14 Abs. 5 wird Art. 2d Abs. 4 der RMRLen umgesetzt (siehe dazu ausführlich die Erläuterungen zu den in der entsprechenden Regierungsvorlage vorgeschlagenen § 49 Abs. 2, § 55 Abs. 5, § 210 Abs. 2 und § 219 Abs. 5 des Bundesvergabegesetzes 2006).

#### **Zu Z 20 (§§ 15 und 16):**

##### Zu § 15:

Es wird lediglich eine Differenzierung hinsichtlich der Parteien des Feststellungsverfahrens durchgeführt.

##### Zu § 16:

Auf Grund der erweiterten Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden im Zusammenhang mit der Nichtigkeit von Verträgen ist § 16 neu zu gestalten.

Der Inhalt des geltenden § 16 wird im vorgeschlagenen § 16 Abs. 1 übernommen. Die folgenden Absätze enthalten Regelungen betreffend die Nichtigklärung von Verträgen bzw. den Umfang der Aufhebung des Vertrags, das Absehen von der Nichtigklärung und die Verhängung von Geldbußen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Grundsatzregelungen betreffend die Nichtigkeit von Verträgen für den Oberschwellen- und den Unterschwellenbereich getrennt geregelt (Abs. 2 und 3). Die Regelungen betreffend die Geldbuße finden sich (für beide Bereiche) in den Abs. 7 und 8.

Für den Oberschwellenbereich wird folgendes Regelungsregime vorgeschlagen: Aus dem vorgeschlagenen Abs. 2 ergibt sich, dass im Oberschwellenbereich eine Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 grundsätzlich zur Nichtigklärung des Vertrags durch den Unabhängigen Verwaltungssenat führt, wobei der Vertrag für absolut nichtig - somit ex tunc nichtig - zu erklären ist. Eines besonderen Antrags auf Nichtigklärung durch die Antragstellerin oder den Antragsteller im Feststellungsverfahren bedarf es hierzu nicht.

Durch den vorgeschlagenen zweiten und dritten Satz des Abs. 2 wird Art. 2d Abs. 3 der RMRLen umgesetzt. Soweit zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, ist von der Nichtigklärung abzusehen.

Zusätzlich wird dafür aber auch noch ein diesbezüglicher Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers verlangt. Art. 2d Abs. 3 sowie Art. 2e Abs. 1 der RMRLen sehen zwar vor, dass trotz Vorliegens eines die Unwirksamkeit nach sich ziehenden Verstoßes die vertraglichen Wirkungen bei zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses aufrechterhalten werden können, in diesem Fall sind allerdings sogenannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Da eine Antragstellerin oder ein Antragsteller in einem Verfahren nach dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 kein Interesse daran haben kann, dass von der Nichtigklärung abgesehen wird, es aber Konstellationen geben kann, in denen auch eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber eher die ex tunc Nichtigklärung des Vertrags in Kauf nehmen wird als die Verhängung von Sanktionen, soll eine Verhängung von Sanktionen (in diesem Fall) nur dann in Betracht kommen, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beantragt, von einer Nichtigklärung abzusehen. Dabei kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber auch primär beantragen, von der ex tunc Nichtigklärung gänzlich abzusehen, und subsidiär beantragen, den Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben (vgl. dazu auch Abs. 5). Der Unabhängige Verwaltungssenat ist an diesen Antrag nicht gebunden; er hat somit auch bei Vorliegen eines entsprechenden Antrags (aber

bei Fehlen der zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses bzw. bei Überwiegen der Antragstellerinneninteressen oder Antragstellerinteressen) den Vertrag ex tunc für nichtig erklären. Umgekehrt kann der Unabhängige Verwaltungssenat aber - eine Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 vorausgesetzt - ohne einen entsprechenden Antrag gemäß Abs. 2 nicht von der Nichtigkeitsklärung absehen (vgl. aber auch Abs. 4). Durch diese Antragsbedürftigkeit wird letztlich vermieden, dass der Unabhängige Verwaltungssenat auch dann prüfen muss, ob von der Nichtigkeit abgesehen werden soll, wenn keine der Parteien dies begehrt. Es obliegt somit der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrags in die Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenats einfließen können.

Im dritten Satz des vorgeschlagenen § 16 Abs. 2 wird weiters ausgeführt, dass wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit des Vertrags nur dann als zwingende Gründe gemäß Abs. 2 gelten dürfen, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag dürfen jedoch keinesfalls als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses gelten. Als derartige wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag werden in der diesbezüglichen Richtlinienregelung des Art. 2d Abs. 2 dritter Unterabsatz der RMRLen unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrags verursachten Kosten genannt, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel der Wirtschaftsteilnehmerin oder des Wirtschaftsteilnehmers, der den Vertrag ausführt, verursachten Kosten sowie die Kosten, die durch rechtliche Verpflichtungen auf Grund der Unwirksamkeit verursacht werden. Derartige Kosten können es somit unter keinen Umständen rechtfertigen, von der Unwirksamkeit des Vertrags abzusehen.

Der vorgeschlagene § 16 Abs. 2 zweiter und dritter Satz regelt somit die Konsequenzen einer Feststellung, dass rechtswidriger Weise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt oder der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt worden ist oder eine Leistungsvergabe auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems mit einem materiell-rechtlichen Verstoß verbunden war, in gleicher Weise.

Für den Unterschwellenbereich wird folgendes grundsätzliches Regelungsregime vorgeschlagen:

Eingangs ist festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof in seiner Judikatur zum vergaberechtlichen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich (zuletzt VfSlg. 17.867/2006) ausführt, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Regelungen bestünden, die bei Verfahren unterhalb bestimmter Wertgrenzen Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensbeschleunigungen vorsehen oder denkbare Rechtszüge beschränken. Vor diesem Hintergrund soll das Konzept der Nichtigkeit von Verträgen als Folge bestimmter Verstöße zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert ausgestaltet werden.

Der vorgeschlagene Abs. 3 sieht daher für den Unterschwellenbereich als Grundregel vor, dass eine Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 nur dann zur ex tunc Nichtigkeitsklärung des Vertrags durch den Unabhängigen Verwaltungssenat führt, wenn die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin oder des Auftraggebers auf Grund des Gesetzes „offenkundig unzulässig“ war. Abs. 3 beschränkt daher das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereichs auf die gravierendsten Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz 2006 (und die Richtlinien), wobei zusätzlich diese Verstöße als „offenkundig“ zu qualifizieren sind. War hingegen die Vorgangsweise der Auftraggeberin oder des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommt das gesamte Regime der Abs. 3 bis 6 (und in weiterer Folge auch nicht die Abs. 7 und 8) im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung. Zum Konzept der Offenkundigkeit wird wiederum (vgl. schon RV 1171 B1gNR XXII. GP, 87) auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen: Der Begriff „offenkundig“ ist im Sinne der Judikatur des EuGH zur Staatshaftung (vgl. Rs C-224/01: „Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht ... prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist.“) und der Judikatur des VwGH auszulegen (vgl. VwGH 27.4.1993, 90/04/0265: „Offenkundig ... ist eine Tatsache dann, wenn sie entweder allgemein bekannt [notorisch] oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt und dadurch „bei der Behörde notorisch“ [„amtsbekannt“] geworden ist.“; mit Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 23.1.1986, 85/02/0210). Offenkundig bedeutet somit, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam „ins Auge springend“) ist (ebenso auch schon BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42) und nicht erst auf Grund von Erhebungen, komplexen rechtlichen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. feststeht. Als Beispiel für derartige offenkundige Rechtsverstöße ist die Direktvergabe hoch standardisierter Leistungen oberhalb der entsprechenden Schwellenwerte zu nennen. Kein „offenkundiger“ Rechtsverstoß liegt daher dann vor, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber über das Vorliegen eines Tatbestandes, der die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einer Bieterin oder einem Bieter rechtfertigt, einem entschuldigen Irrtum unterlegen ist.

Der vorgeschlagene Abs. 4 regelt (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) den Fall, dass der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar: Ist die Leistung zur Gänze noch vorhanden und in natura rückstellbar (zB die gelieferten Computer befinden sich noch in der Originalverpackung in einem Lager der Auftraggeberin oder des Auftraggebers), so hat der Unabhängige Verwaltungssenat gemäß der Grundregel des Abs. 2 bzw. 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5) ex tunc für nichtig zu erklären. Kann die Leistung zur Gänze oder (bei teilbaren Leistungen) ein Leistungsteil nicht mehr rückgestellt werden (etwa weil die Leistung bereits ganz oder teilweise konsumiert oder gebraucht wurde) oder kann die Leistung oder ein Leistungsteil nur mehr wertvermindert rückgestellt werden (weil die Leistung/der Leistungsteil „nicht mehr neu ist“; zB die gelieferten Computer wurden ausgepackt und Software installiert), so hat der Unabhängige Verwaltungssenat - bei Vorliegen einer Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 - den Vertrag nur teilweise und zwar hinsichtlich des noch ausstehenden oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteils aufzuheben. Der Vertrag bleibt somit hinsichtlich des bereits konsumierten oder nicht rückstellbaren Leistungsteils bestehen (samt den diesbezüglichen vertraglichen Rechten). Aus der Formulierung des Gesetzes („auszusprechen, dass der Vertrag soweit aufgehoben wird“) folgt, dass hinsichtlich des aufgehobenen Vertragsteils ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs. 4 (ex nunc Aufhebung hinsichtlich des noch ausstehenden oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteils) steht unter dem Vorbehalt, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den Antrag stellen kann, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden soll und der Unabhängige Verwaltungssenat nach Durchführung der Interessensabwägung gemäß Abs. 5 dem Antrag stattgibt und die Aufhebung erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt.

Der vorgeschlagene Abs. 5 sieht (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) vor, dass - abweichend von der Grundregel des vorgeschlagenen Abs. 2 bzw. 3, demzufolge der Vertrag für absolut nichtig (somit ex tunc nichtig) zu erklären ist - der Unabhängige Verwaltungssenat auf diesbezüglichen Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers aussprechen kann, dass der Vertrag erst mit einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird (frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung). Die Determinanten für das damit eingeräumte Ermessen (Nichtigerklärung des Vertrags ex tunc trotz Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder Aufhebung des Vertrags zu einem anderen Zeitpunkt) werden im vorgeschlagenen letzten Satz normiert.

Abs. 6 sieht im Sinne der zulässigen differenzierten Ausgestaltung des Rechtsschutzes zwischen Ober- und Unterschwellenbereich eine Sonderregelung allein für den Unterschwellenbereich vor. Gemäß Abs. 6 hat der Unabhängige Verwaltungssenat bei Vorliegen einer Feststellung gemäß dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 4 Z 3 bis 5 - selbst wenn die Vorgangsweise offenkundig unzulässig war - die vertraglichen Wirkungen aufrechtzuerhalten, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dies beantragt hat und eine Interessensabwägung (zwischen den Interessen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrags und den Interessen der Antragstellerin oder des Antragstellers an der Beendigung des Vertrags) zu seinen Gunsten ausfällt. Bei dieser Interessensabwägung sind auch allfällige von der Vertragsbeendigung betroffene öffentliche Interessen zwingend zu berücksichtigen. Abs. 6 erfasst somit jedenfalls alle Konstellationen gemäß Abs. 2 („zwingende Gründe eines Allgemeininteresses“), enthält aber eine darüber hinausgehende Berücksichtigungsregel. Als sachliche Gründe, die für eine spätere Aufhebung des Vertrags sprechen, können etwa die Unzumutbarkeit der (sofortigen) ex nunc Aufhebung von Heizungs- oder Stromlieferverträgen (zB kurz vor oder während einer Heizperiode) genannt werden, wenn die Versorgung von Amtsgebäuden, Schulen usw. nicht mehr gewährleistet wäre und die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eine gewisse Zeit für die Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens benötigt.

Gemäß Art. 2d Abs. 2 der RMRLen richten sich die Folgen der Unwirksamkeit des Vertrags nach einzelstaatlichem Recht. Es kann somit vorgesehen werden, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Wenn die Nichtigkeit aber nicht rückwirkend (ex tunc) eintritt, dann haben so genannte „alternative Sanktionen“ im Sinne des Art. 2e Abs. 2 der RMRLen Anwendung zu finden.

Art. 2e Abs. 2 der RMRLen nennt die Verkürzung der Laufzeit des Vertrags als eine mögliche alternative Sanktion. Dies ist jedoch, wie auch die Kommission bestätigte, insofern verfehlt, als die Verkürzung der Laufzeit ohnehin nur in Betracht kommt, wenn der Vertrag nicht ex tunc vernichtet wird. Als alleinige „Sanktion“ kommt somit - auch im Einklang mit der Auffassung der Kommission - die Laufzeitverkürzung nicht in Betracht. Vor diesem Hintergrund sieht der vorgeschlagene Abs. 7 Geldbußen (als „Sanktionen“) für alle Fälle vor, in denen abweichend von den Grundregeln der vorgeschlagenen Abs. 2 erster Satz und 3 der Unabhängige Verwaltungssenat gemäß den zitierten Bestimmungen den Vertrag nicht für absolut nichtig erklärt und somit zumindest teilweise bestehen lässt.

Während in Bezug auf den Oberschwellenbereich sich die Regelung des Abs. 7 vor dem Hintergrund der gemeinschaftlichen Rechtslage als notwendig erweist, ergibt sich ein, durch die Anwendungsvoraussetzungen des Abs. 3 ohnehin auf die gravierendsten Verstöße eingeschränktes Regelungsbedürfnis im Unterschwellenbereich durch das Sachlichkeitsgebot. So ist es sachlich nicht zu rechtfertigen, dass in den Fällen, in denen Vergabeverfahren offenkundig rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurden, der Zuschlag offenkundig rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde oder die Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems offenkundig rechtswidrig war und in denen darüber hinaus die Leistung nicht mehr vollständig oder ohne Wertverminderung rückgestellt werden kann, eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber lediglich damit „sanktioniert“ wird, dass der Vertrag nur teilweise weiterbesteht.

Der vorgeschlagene § 16 Abs. 7 enthält die Grundlage für die Verhängung von Geldbußen. Hinzuweisen ist darauf, dass es sich bei der Verhängung einer Geldbuße („alternative Sanktion“) gemäß dem vorgeschlagenen § 16 Abs. 7 nicht um eine Verwaltungsstrafe handelt und dass das diesbezügliche Verfahren somit kein Verfahren wegen einer Verwaltungsübertretung darstellt. Die darin vorgeschlagene neuartige Sanktion stellt vielmehr - vergleichbar etwa mit den Geldbußen gemäß § 29 Kartellgesetz 2005, BGBl. I Nr. 61, - ein neues Sanktionssystem dar, das zu bestehenden Strafrechtssystemen hinzutritt (vgl. zum kartellrechtlichen Geldbußensystem etwa Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477 [491], Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005 [2007] § 29 KartG Rz 6 f; vgl. auch die Entscheidung des OGH vom 12.9.2007, 16 Ok 4/07, wonach kartellrechtliche Geldbußen Mittel des staatlichen Zwangs sind, um die kartellrechtlich vorgesehene Wirtschaftsordnung durchzusetzen, und somit nicht Kriminalunrecht, sondern die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften pönalisiert wird).

Zu bedenken ist dafür insbesondere, dass die Geldbuße gegenüber der primären Sanktion der Unwirksamkeit des Vertrags subsidiär ist und dass das Ziel dieser primären Sanktion nicht in einem Strafcharakter zu sehen ist, sondern in der Wiederherstellung des - durch einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht gestörten - Wettbewerbs. Es handelt sich somit primär um eine Maßnahme zum Schutz des lautereren Wettbewerbs. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass zwar für die Frage der Höhe der Geldbuße Aspekte, wie die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder bestimmte Erschwerungs- und Milderungsgründe einzubeziehen sind (siehe zu diesen gleich unten), dass es aber zu keiner dahingehenden Verschuldensprüfung kommt, ob die Verhängung der Geldbuße auf Grund fehlenden Verschuldens überhaupt unterbleiben kann (auch das Gemeinschaftsrecht sieht zwingend die Verhängung einer alternativen Sanktion vor, unabhängig davon, ob im konkreten Fall ein Verschulden eines Beteiligten vorliegt oder nicht). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass in bestimmten Fällen die Verhängung der Geldbuße antragsbedürftig ist; der Unabhängige Verwaltungssenat kann gemäß Abs. 2 zweiter Satz sowie Abs. 5 und 6 überhaupt nur dann eine solche Sanktion verhängen, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber beantragt, von der Nichtigkeitserklärung des Vertrags zur Gänze (oder zumindest teilweise) abzusehen. Die Regelung weist somit Züge einer Wahlmöglichkeit derjenigen oder desjenigen auf, über der oder den die Sanktion verhängt werden soll, was ebenfalls der Annahme des Vorliegens einer Verwaltungsstrafe entgegensteht (siehe dazu auch Köhler, Artikel 129a B-VG, in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg. [1999] Rz 32). Die Verstöße gegen die genannten vergaberechtlichen Vorschriften werden somit durch die Normierung der Verhängung einer Geldbuße nicht zu Verwaltungsübertretungen.

Allgemein wird festgehalten, dass der grundsätzliche Maßstab für die Höhe der Geldbuße die in Abs. 7 genannten Kriterien (wirksam, verhältnismäßig und abschreckend) sind. Diese Vorgaben sind insbesondere bei der Bemessung der Höhe einer Geldbuße zu beachten.

Hinsichtlich der Begrenzung der Höchstsumme der Geldbuße ist Folgendes festzuhalten: Da das System der Geldbuße der Wiederherstellung des - durch einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht gestörten - Wettbewerbs dient, ist es sachgerecht die Höhe der Geldbuße an der Auftragssumme zu orientieren. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist eine Begrenzung der Höchstsumme (orientiert an der Auftragssumme) (auch nach Auffassung der Kommission) zulässig, wobei im Anwendungsbereich der RMRLen seitens der Kommission eine Höchstgrenze von weniger als 20 vH der Auftragssumme nicht mehr als abschreckend angesehen würde. Im Unterschwellenbereich soll - im Sinne der oben erwähnten zulässigen verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich - die Höchstgrenze reduziert und mit 10 vH der Auftragssumme gedeckelt werden.

Zum Begriff der Auftragssumme wird auf die Definition des § 2 Z 26 lit. a des Bundesvergabegesetzes 2006 verwiesen, wonach der Angebotspreis (Auftragssumme) die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer ist.

Gemäß der Richtlinie 2007/66/EG dürfen Geldbußen nicht an die sanktionierte Auftraggeberin oder den sanktionierten Auftraggeber selbst entrichtet werden. Aus diesem Grund wird der Burgenländische Ökoenergiefonds als Empfänger der Geldbußen festgelegt. Der Burgenländische Ökoenergiefonds wurde mit dem Burgenländischen Ökoförderungsgesetz, LGBl. Nr. 40/2007, eingerichtet. Der Fonds dient der Förderung von erneuerbaren Energieträgern, zur Förderung von neuen Technologien zur Ökostromerzeugung sowie zur Steigerung der Energieeffizienz im Burgenland. Zur praktischen Abwicklung ist Folgendes auszuführen: Der Unabhängige Verwaltungssenat hat bei der Verhängung von Geldbußen gemäß § 59 Abs. 2 AVG im diesbezüglichen Bescheid gleichzeitig eine Frist zur Zahlung der Geldbuße festzulegen. Die Geldbußen sind in einem ersten Schritt an den Unabhängigen Verwaltungssenat zu zahlen und von diesem an den Burgenländischen Ökoenergiefonds weiterzuleiten. Im Falle der Nichtzahlung hat der Unabhängige Verwaltungssenat die Geldbußen gemäß § 3 VVG einzutreiben.

Gemäß dem vorgeschlagenen § 16 Abs. 8 hat der Unabhängige Verwaltungssenat für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw. die Vorgangsweise der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und insbesondere zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrechterhalten wird. Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß der Auftraggeberin oder des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Der ebenfalls bezogene § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, nennt in seinem Abs. 2 als Erschwerungsgründe das Ausmaß der Schädigung bzw. der Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteils sowie das Ausmaß, in dem gesetzwidriges Verhalten der Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter geduldet wurde. In Betracht zu ziehende Milderungsgründe gemäß § 5 Abs. 3 VbVG sind zB bereits vor der Tat gesetzte Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten (Z 1) oder Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten (Z 5).

#### **Zu Z 21 (§ 16a):**

Auf Grund der erweiterten Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden im Zusammenhang mit der Unwirksamklärung des Widerrufs werden die diesbezüglichen Kompetenzen des Unabhängigen Verwaltungssenats in einem eigenen Paragraphen neu gefasst.

Der vorgeschlagene § 16a enthält die Kompetenz des Unabhängigen Verwaltungssenats, den Widerruf bei Vorliegen eines bestimmten Verstoßes für unwirksam zu erklären. Voraussetzung dafür ist, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller dies beantragt hat und dass im Rahmen einer Interessensabwägung der Unabhängige Verwaltungssenat zum Schluss kommt, dass das Interesse der Bieterinnen oder der Bieter an der Fortführung des Verfahrens das Interesse der Auftraggeberin oder des Auftraggebers an der Beendigung des Verfahrens überwiegt.

#### **Zu Z 23 (§ 18a):**

Diese Regelung entspricht inhaltlich § 315 der Regierungsvorlage zum Bundesvergabegesetz 2006 und enthält - in Abweichung vom Zustellgesetz - ein Primat der elektronischen Zustellung unmittelbar von der Behörde an die Partei, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat Kenntnis von einer elektronischen Zustelladresse der Partei hat. Dieser Primat ist erforderlich, da im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zum einen sehr kurze Entscheidungsfristen für die Behörde bestehen und daher eine rasche Zustellung geboten ist. Zum anderen knüpft § 8 an die Übermittlung eines Antrags an die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber bestimmte Rechtsfolgen (zB Verbot der Zuschlagserteilung), was ebenfalls eine rasche Übermittlung erforderlich macht.

#### **Zu Z 24 (§ 20 Abs. 1):**

Gemäß § 67g AVG sind in Verfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten der Bescheid und seine wesentliche Begründung auf Grund der Verhandlung, und zwar wenn möglich, sogleich nach deren Schluss zu beschließen und öffentlich zu verkünden; den Parteien ist eine schriftliche Ausfertigung des Bescheids zuzustellen. Das AVG enthält keine ausdrückliche Regelung über die Zeitspanne, binnen derer die schriftliche Ausfertigung zuzustellen ist, doch ist davon auszugehen, dass dies unverzüglich - ohne unnötige Verzögerung - zu erfolgen hat. Aus verfahrensökonomischen Gründen und im Sinne eines effizienten Rechtsschutzes und Herbeiführung von Rechtssicherheit wird daher gegenständlich eine Frist von zwei Monaten für die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung eingeräumt, zumal die Rechtsmittelfristen, insbesondere die Beschwerdefristen für die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes erst mit der Zustellung des Bescheids zu laufen beginnen. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis VfSlg. 17.598/2005 festgestellt hat, dass landesgesetzliche Regelungen betreffend das vergaberechtliche Rechtsschutzverfahren, die vom AVG abweichen, am Maßstab der Erforderlichkeit im Sinne des Artikel 11 Abs. 2 B-VG zu messen sind. Gegenständlich wird - in Ergänzung bzw. abweichend zu § 67g AVG - normiert, dass die Zustellung der schriftlichen Ausfertigung binnen zwei Monaten zu erfolgen hat. Dies ist auf Grund der Besonderheiten des Vergaberechtsschutzverfahrens zweckmäßig und erforderlich, um dem speziellen Rechtssicherheits-

bedürfnis der Parteien des Nachprüfungsverfahrens entsprechend Rechnung zu tragen. Dadurch, dass nach Ende der in § 20 Abs. 1 vorgesehenen Frist von zwei Monaten jedenfalls der schriftliche Bescheid über den Nachprüfungsantrag zu ergehen hat, wird der Inhalt des Bescheids samt seiner gesamten Begründung in zeitlich relativ unmittelbarem Abstand zum Ende des Ermittlungsverfahrens in transparenter Weise den Parteien des Verfahrens kundgetan und fangen damit die Rechtsmittelfristen zu laufen an. Somit wird aus verfahrensökonomischer Sicht zur Effizienz des Rechtsschutzes und zur Herbeiführung von Rechtssicherheit beigetragen.

**Zu Z 26 (§ 20 Abs. 3):**

Es erfolgte eine Vervollständigung im Hinblick auf Feststellungsverfahren. Auf die Ausführungen zu Z 24 wird verwiesen.

**Zu Z 28 (§ 24 Z 1 und 2):**

Der Umsetzungshinweis ist an die umzusetzende Richtlinie 2007/66/EG anzupassen.