

# Vorblatt

## 1. Anlass und Zweck der Neuregelung:

Am 1. Februar 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr.17/2006, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 enthält zahlreiche materiell-rechtliche Neuerungen, die auch im Bereich des Rechtsschutzes zu Ergänzungen und Änderungen führen. 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. Bereits das derzeit geltende Steiermärkische Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 43/1003, folgt in Inhalt und Struktur dem Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes 2002. Der vorliegende Entwurf bezweckt eine Anpassung an die inhaltlichen und strukturellen Änderungen der entsprechenden Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006. Die damit zusammenhängenden Änderungen im Vergleich zur geltenden Rechtslage sind so umfangreich, dass einer Neuerlassung des Gesetzes der Vorzug vor einer Novellierung zu geben ist. Die Neustrukturierung lässt eine Änderung des Titels sinnvoll erscheinen.

## 2. Inhalt:

Wesentliche Punkte sind eine klare Abgrenzung zwischen den einzelnen Rechtsschutzverfahren (Nachprüfungsverfahren, Feststellungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung), und die Vereinheitlichung und Vereinfachung des derzeit äußerst kasuistisch geregelten Systems der Anfechtungsfristen. Weiters werden neue Feststellungsverfahren zur Beseitigung von Rechtsschutzdefiziten eingeführt. Der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) hat die Einleitung von Verfahren und die Anberaumung von mündlichen Verhandlungen im Internet bekannt zu machen. Teilnahmeanträge in bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren entfallen. Parteistellung und Präklusion werden neu geregelt.

## 3. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Keine.

## 4. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Mit diesem Gesetz werden folgende Richtlinien umgesetzt:

1. **Rechtsmittelrichtlinie:** Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 vom 30.12.1989, in der Fassung von Art. 41 der Richtlinie 92/50/EWG;
2. **Sektorenrechtsmittelrichtlinie:** Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 vom 23.3.1992.

## 5. Kostenfolgen der beabsichtigten Regelung:

Mehrkosten können sich aus den im Entwurf vorgesehenen Bekanntmachungs- und Verständigungspflichten des UVS ergeben. Die durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes erforderliche differenziertere Neufestsetzung der Gebühren könnte zu einer Verminderung der Einnahmen führen.

---

# Erläuterungen

## I. Allgemeiner Teil

### 1. Anlass und Zweck der Neuregelung, Kompetenzlage:

Derzeit ist die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 43/2003, geregelt.

Die Zuständigkeit zur Erlassung des im Entwurf vorliegenden Gesetzes ergibt sich aus Art. 14b B-VG. Aufgrund dieser mit BGBl. I Nr. 99/2002 in die Bundesverfassung eingefügten Kompetenzbestimmung ist die Erlassung der materiellen Vorschriften in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ausschließlich Bundessache. Die Vollziehung kommt hinsichtlich des Bundes und der ihm zuzuordnenden Einrichtungen und Verbände dem Bund zu. Hinsichtlich der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände und der diesen zurechenbaren Einrichtungen und Verbände ist die Vollziehung Landessache. Nach Art. 14b Abs. 3 beschränkt sich die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder auf die „Angelegenheiten der Nachprüfung“ von Landes- und Gemeindevergaben. Die Gesetzgebungskompetenz umfasst im Wesentlichen die Zuständigkeit zur Regelung des Rechtsschutzes bei der Vergabe von Aufträgen

- durch das Land, die Gemeinden, die Gemeindeverbände,
- durch Stiftungen, Fonds und Anstalten iSd Art. 127 Abs. 1 und Art. 127a Abs. 1 und 8 B-VG,
- durch bestimmte Unternehmungen iSd Art. 126b Abs. 2 B-VG und durch Unternehmungen iSd Art. 127 Abs. 3 und Art. 127a Abs. 3 und 8 B-VG,
- durch landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften,
- durch Rechtsträger, die vom Land oder den Gemeinden (mit)finanziert werden bzw. hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes (einer Gemeinde) unterliegen bzw. deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land (von einer Gemeinde) ernannt worden sind,
- durch mehrere Länder oder durch Bund, Länder und Gemeinden, wenn die Auftragsvergabe gemeinsam erfolgt und der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert nicht mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder.

Im Verhältnis zwischen Art. 14b Abs. 3 B-VG und der Bedarfsgesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 11 Abs. 2 B-VG iVm Art. 129b Abs. 6 B-VG sind nicht alle Fragen geklärt. Einerseits betonen die Materialien (1118 BlgNR XXI.GP), dass „vom AVG abweichende oder diese ergänzende“ Vorschriften für das Nachprüfungsverfahren zu den Angelegenheiten gemäß Art. 14b Abs. 3 gehören, andererseits hält der Ausschussbericht fest, dass die Bedarfskompetenz des Bundes nach Art. 11 Abs. 2 B-VG (iVm Art. 129b Abs. 6 B-VG) von der Einführung des Kompetenztatbestandes Art. 14b Abs. 3 B-VG „unberührt“ bleiben soll. In der Judikatur des VfGH werden vom AVG abweichende landesgesetzliche Regelungen betreffend das Nachprüfungsverfahren im Vergaberecht am Maßstab der „Erforderlichkeit“ iSd Art. 11 Abs. 2 B-VG gemessen (vgl. VfGH vom 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 UVS 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.

Mit 1. Februar 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006 (B-VergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, in Kraft getreten. Damit wurde ua. das Legislativpaket der Europäischen Gemeinschaft (Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG) umgesetzt. Mit diesen Richtlinien wird das gemeinschaftliche Vergaberecht auf eine neue rechtliche Basis gestellt und das bisherige Regelungswerk aufgehoben. Inhaltliche Schwerpunkte des Legislativpaketes sind die Modernisierung und Adaptierung des rechtlichen Rahmens für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Dazu zählen ua. die Einführung neuer Vergabeverfahren (zB. dynamisches Beschaffungssystem, wettbewerblicher Dialog) und die Berücksichtigung neuer Formen der Beschaffung in den Mitgliedstaaten, insbesondere in Form der sog. Zentralen Beschaffungsstellen.

Ein weiterer Schwerpunkt des Bundesvergabegesetzes 2006 ist eine legistische Neudaption des geltenden Vergaberechtes im Anschluss an eine Evaluierung des Bundesvergabegesetzes 2002.

Schließlich zog die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zahlreiche Neuerungen nach sich, die sich auch in den Vergaberechtsschutzgesetzen der Länder widerspiegeln müssen (zB Rs C-15/04, Koppensteiner; Rs C-236/95, Kommission/Griechenland; Rs C-214/00, Kommission/Spanien).

## 2. Inhalt:

Wie schon das Steiermärkische Vergabe-Nachprüfungsgesetz aus dem Jahr 2003 folgt der Gesetzesentwurf im Wesentlichen dem Bundesvergabegesetz. 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 Landesvergaberechtschutzgesetze an das Bundesvergabegesetz und die bundesvergaberechtlichen Durchführungsverordnungen angeknüpft werden muss. Im Interesse der beteiligten Wirtschaftskreise werden die Bestimmungen über den Rechtsschutz möglichst homogen formuliert. Ferner ist eine entsprechende Harmonisierung auch aufgrund der Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) und der einschlägigen Judikatur des EuGH geboten. Damit orientiert sich das Landesgesetz auch künftig an Struktur und Inhalt des 4. Teiles des Bundesvergabegesetzes 2006.

Wesentliche Punkte des Gesetzesentwurfes sind eine klarere Abgrenzung zwischen den einzelnen Rechtsschutzverfahren (Nachprüfungsverfahren, Feststellungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung) und die klare Vereinheitlichung und Vereinfachung der derzeit äußerst kasuistisch geregelten Nachprüfungsfristen. Weiters werden neue Feststellungsverfahren zur Beseitigung von Rechtsschutzdefiziten eingeführt. Der UVS hat die Einleitung von Verfahren und die Anberaumung von mündlichen Verhandlungen im Internet bekannt zu machen. Teilnahmeanträge in bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren entfallen. Parteistellung und Präklusion werden neu geregelt.

Die Berufung des UVS für Steiermark als Nachprüfungsbehörde hat sich bewährt und wird beibehalten. Gemäß § 67a Abs. 1 AVG entscheiden die UVS „in Angelegenheiten der Nachprüfung einschließlich der Erlassung einstweiliger Verfügungen im Rahmen der Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich“ durch Einzelmitglied.

Hinsichtlich der Vorschreibung von Pauschalgebühren für die Inanspruchnahme der Vergabekontrollbehörden ist auf die Ermächtigung in § 14 Abs. 1 Z. 16 Finanzausgleichsgesetz 2005 (FAG 2005) zu verweisen. Nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (Erkenntnis des VfGH vom 4. März 2006, G 154/05-2, V 118/05-2) wird der Verordnungsgeber ein im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage wesentlich stärker differenziertes Gebührensystem einzurichten haben.

Im Hinblick auf die geänderte Struktur des Gesetzes und der Differenzierung der Rechtsschutzverfahren in Nachprüfungsverfahren, Feststellungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erscheint es sinnvoll, dass Gesetz nicht mehr „Vergabe-Nachprüfungsgesetz“ zu nennen. Um alle Verfahren zu erfassen, wird das Gesetz nun „Steiermärkisches Vergaberechtschutzgesetz“ genannt.

## 3. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Keine.

## 4. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Mit diesem Gesetz werden folgende Richtlinien umgesetzt:

1. **Rechtsmittelrichtlinie:** Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 vom 30.12.1989, in der Fassung von Art. 41 der Richtlinie 92/50/EWG;
2. **Sektorenrechtsmittelrichtlinie:** Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 vom 23.3.1992.

## 5. Kostenfolgen der beabsichtigten Regelung:

Welche Entscheidungen eines Auftraggebers einer Überprüfung in einem Rechtsschutzverfahren unterliegen, ergibt sich aus dem BVergG 2006. Der vorliegende Gesetzesentwurf kann daher die Anzahl der vom UVS durchzuführenden Verfahren nicht beeinflussen. Ein personeller und sachlicher Mehraufwand seitens des UVS kann sich allenfalls aus den zusätzlichen Bieterverständigungen sowie der Bekanntmachungspflicht im Internet ergeben.

Finanzielle Auswirkungen könnten sich jedoch mittelbar durch die Neufestsetzung der von den Antragstellern zu entrichtenden Pauschalgebühren ergeben, die durch Verordnung der Landesregierung vorzunehmen ist. Der Verordnungsgeber entsprechend der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Ausgestaltung des Gebührensystems ein wesentlich stärker differenziertes System einzurichten müssen, das unter Umständen bei bestimmten Arten von

Anträgen auch den Verzicht auf jegliche Gebühr vorsehen kann. Daraus könnten verminderte Einnahmen aus den Pauschalgebühren resultieren.

## II. Besonderer Teil

### Zu § 1:

Zur Regelung des Geltungsbereiches wird auf Art. 14b Abs. 2 Z. 2 B-VG verwiesen. Der Geltungsbereich erstreckt sich daher auf Auftragsvergaben durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, nach Maßgabe der entsprechenden Abgrenzungs- und Zusammenrechnungsregeln durch Stiftungen, Fonds und Anstalten der Länder und Gemeinden, durch Landes- bzw. Gemeindeunternehmungen, die der Rechnungshofkontrolle unterliegen bzw. durch Unternehmen mit überwiegender Landes- und/oder Gemeindebeteiligung, durch landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften und durch "Einrichtungen des öffentlichen Rechts".

Eingeschränkt wird der Geltungsbereich dahingehend, dass nur die Nachprüfung von Entscheidungen in solchen Vergabeverfahren geregelt sind, die den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – also insbesondere dem Bundesvergabegesetz – unterliegen.

Anders als das BVergG 2002 erklärt § 3 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 seinen 4. Teil ("Rechtsschutz") auch auf Auftragsvergaben durch "echte Private" für anwendbar, wenn der betreffende Bau- bzw. Dienstleistungsauftrag von öffentlichen Auftraggebern zu mehr als 50 % direkt subventioniert wird. In dieser Hinsicht besteht im Rahmen dieses Gesetzesentwurfes kein Regelungsbedarf, weil "echte Private" in der Aufzählung des Artikel 14b Abs. 2 Z. 2 B-VG fehlen und ihre Auftragsvergaben gemäß Artikel 14b Abs. 1 B-VG in die Gesetzgebung und gemäß Abs. 2 Z. 1 lit. g leg.cit. in die Vollziehung des Bundes fallen. Die Nachprüfung von Auftragsvergaben durch "echte Private", die von der öffentlichen Hand subventioniert werden, erfolgt daher auch dann nach den Bestimmungen des 4. Teiles des BVergG 2006, wenn der gewährte Zuschuss ausschließlich aus Landes- oder Gemeindemitteln stammt.

### Zu § 2:

Zuständige Nachprüfungsbehörde bleibt in erster und letzter Instanz der UVS. Gemäß § 67a AVG entscheidet in Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich das Einzelmitglied und in Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich die Kammer.

### Zu § 3:

§ 3 ist § 312 BVergG 2006 nachgebildet. Die Zuständigkeiten des Unabhängigen Verwaltungssenates werden erweitert. Es wird zwischen dem Nachprüfungsverfahren (vor der Zuschlagserteilung) und dem Feststellungsverfahren (nach Zuschlagserteilung oder nach Widerrufserklärung, also nach Beendigung des Vergabeverfahrens) unterschieden.

Ferner wird mit § 3 Abs. 1 zum Ausdruck gebracht, dass diese Vorschriften eine abschließende Regelung der materiellen Kompetenzen des UVS enthält und andere als die in den Abs. 3 bis 5 vorgesehenen Feststellungsbescheide nicht zulässig sind. Daneben bleiben selbstverständlich die nach dem AVG vorgesehenen Zuständigkeiten zur Erlassung verfahrensrechtlicher Bescheide zB Antrag auf Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme des Verfahrens.

Neu ist die ausdrückliche Feststellung, dass der UVS nicht nur Verstöße gegen bundesrechtliche Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, sondern auch Verstöße gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht prüft.

Die Umschreibung „Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG)“ beinhaltet das Bundesvergabegesetz und seine Durchführungsverordnungen. Es handelt sich dabei nicht um einen Verweis, sondern um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Tatstandsanknüpfung.

In der Literatur wird die Festlegung „unmittelbar anfechtbarer Entscheidungen“ überwiegend als verfahrensrechtliche Bestimmung angesehen, die für den Bereich der Landesvollziehung dem Landesgesetzgeber vorbehalten ist (vgl. Sachs in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 26f. zu § 20 Z 13; Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 3/2003, 69). Durch die Nennung des § 2 Z. 16 Bundesvergabegesetz 2006 in § 3 Abs. 2 wird sichergestellt, dass es sich auch in dem Fall, dass die Festlegung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen eine verfahrensrechtliche Norm und vom Landesgesetzgeber zu treffen ist, um keine unzulässige Verweisung handelt (aA. Rill in: Rill/Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Rz 33f. zu Art. 14b B-VG).

Die Differenzierung zwischen gesondert anfechtbaren und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen wird vom Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) aufrecht erhalten. Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen sind in § 2 Z. 16 BVergG 2006 taxativ aufgezählt (zB im offenen Verfahren: die Ausschreibung – zB Ausschluss von Subvergaben; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist – zB Verweigerung der Ausschreibungsunterlagen, einer Planeinsicht oder von notwendigen Informationen; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung).

Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen sind alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehende Entscheidungen. Diese können allerdings nur in dem gegen die nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden. Eine Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen ist ausgeschlossen. Trotzdem kann sich in der Praxis die Konsequenz ergeben, dass ein Auftraggeber eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung beseitigen muss, wenn deren Rechtswidrigkeit der Grund für die Nichtigerklärung der nachfolgend gesondert anfechtbaren Entscheidung war.

Ferner wird ausdrücklich klargestellt, dass sich die Prüfungsbefugnis des UVS – mit Ausnahme der „Gegenanträge“ des Auftraggebers bzw. des Zuschlagsempfängers – auf die Beschwerdepunkte beschränkt. Der Antragsteller hat daher zu präzisieren, in welchen subjektiven Rechten er sich als verletzt erachtet. Andere als die geltend gemachten Verstöße gegen Vergaberecht kann der UVS nicht behandeln. Von der Regelung unberührt bleibt freilich die Frage der amtswegigen Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes.

Bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens erhält der UVS nunmehr auch die Feststellungskompetenz für den Fall, dass ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren faktisch nicht weiterführt, ohne eine förmliche Entscheidung über die Beendigung des Verfahrens (Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung) zu treffen. Die Feststellung des UVS ersetzt die förmliche Widerrufserklärung des Auftraggebers.

Abs. 3 regelt die Kompetenzen des UVS in Anlehnung an die bisherige Rechtslage. Als Neuerung im Vergleich zum geltenden Recht ist insbesondere die Möglichkeit der Feststellung gemäß Abs. 4 Z. 3 zweiter Fall zu nennen. Der Unabhängige Verwaltungssenat ist zuständig zur Feststellung, ob eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 offenkundig unzulässig war. Dadurch wird die bisher de facto sanktionslose gravierendste Verletzung des Vergaberechts, nämlich die rechtswidrige Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens, erfasst. Konsequenz einer entsprechenden Feststellung durch den UVS ist gemäß § 132 Abs. 3 bzw. § 273 Abs. 3 BVergG 2006 die Nichtigkeit (ex nunc) des rechtswidrigerweise geschlossenen Vertrages.

Ebenso wie nach der bisherigen Rechtslage hat der UVS auf Antrag des Auftraggebers oder des Zuschlagsempfängers festzustellen, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der Vergabevorschriften keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Dieser Feststellungsbescheid bildet eine Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach § 338 Abs. 2 BVergG 2006. Das Vorliegen einer „echten Chance“ ist danach zu beurteilen, ob Bewerber oder Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wären. Der Begriff „echte Chance“ entstammt der Sektorenrechtsmittelrichtlinie und ist daher im Sinne der Rechtsprechung des EuGH auszulegen.

#### **Zu § 4:**

Die Antragsvoraussetzungen entsprechen der bisherigen Rechtslage. Das Interesse am Vertragsabschluss setzt in der Regel die Beteiligung am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes voraus. In Ausnahmefällen (zB Anfechtung diskriminierender Ausschreibungsbedingungen) ist dies jedoch nicht erforderlich (vgl. EuGH Rs C-230/02, Grossmann Air Service). In Angleichung an das BVergG 2006 wurde die im Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz vorgesehene Pflicht zur Stellung von Teilnahmeanträgen bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht übernommen. Daher ist es grundsätzlich möglich, dass mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers sukzessive anfechten.

Wegen des Wegfalls der Teilnahmeanträge entfällt auch die bisher vorgesehene Pflicht des Auftraggebers zur Verständigung anderer Bieter von der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung und die Pflicht des Antragstellers, den Auftraggeber von der beabsichtigten Antragstellung zu verständigen. Hinsichtlich der Kundmachungs- und Verständigungsverpflichtungen siehe die Erläuterungen zu § 7.

Nach Abs. 2 kann auch ein ausgeschiedener Bieter die Zuschlagsentscheidung oder die Widerrufsentscheidung anfechten, wenn die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung vor Ablauf der für die Anfechtung des Ausscheidens vorgesehenen Frist erfolgt. Der Bieter kann das Ausscheiden seines Angebotes in einem mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung anfechten.

Die Gründe, die einen Antrag unzulässig machen sind in Abs. 4 demonstrativ aufgezählt.

#### **Zu § 5:**

Das System der Präklusionsfristen wird beibehalten, jedoch wesentlich vereinfacht. Die bisher in der Anlage geregelte Vielzahl von Fristen reduziert sich im Oberschwellenbereich grundsätzlich auf 14 Tage, im Unterschwellenbereich grundsätzlich auf sieben Tage. Bei den Anfechtungsfristen handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32 f AVG erfolgt.

Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können nicht mehr angefochten werden; sie

werden „bestandskräftig“. Für den Fall der Versäumung einer Frist besteht die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

#### **Zu § 6:**

Die Vorschriften entsprechen im Wesentlichen dem bisher geltenden Recht (§ 8 Abs. 1 Steiermärkisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz). Die Frage der Zulässigkeit wird jetzt in § 4 Abs. 5 geregelt.

Modifikationen erfolgten im Hinblick auf Neuerungen im Nachprüfungsverfahren (zB Entfall der Verständigungspflicht durch den Unernehmer, Nennung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung), um dem UVS die Verständigung dieses Bieters zu ermöglichen.

Im Nachprüfungsantrag ist grundsätzlich nur die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung, nicht jedoch die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung, die allenfalls bekämpft wird, zu nennen. Die Nennung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung hat im Rahmen der Beschwerdepunkte und der Begründung zu erfolgen.

#### **Zu § 7 und 8:**

In Übernahme der Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 wird vom bisherigen System der Verständigungspflichten des Antragstellers und des Auftraggebers sowie der Teilnahmeanträge abgegangen.

Kern der Neuregelung ist, dass im Wesentlichen den UVS die wichtigsten Verständigungspflichten treffen. So hat er den Eingang eines Nachprüfungsantrages im Internet bekannt zu machen und den im Nachprüfungsantrag bezeichneten Auftraggeber sowie den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter im Fall der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung unverzüglich persönlich vom Eingang des Nachprüfungsantrages zu verständigen. Auch die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ist im Internet kundzumachen sowie der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger von der Anberaumung der mündlichen Verhandlung persönlich zu verständigen.

Diese Vorschriften stellen eine Abweichung von § 41 AVG dar, zu denen der Landesgesetzgeber nach Art. 11 Abs. 2 BVG ermächtigt ist.

Soweit der UVS der Ansicht ist, dass ein Nachprüfungsantrag offenkundig unzulässig ist, ist dieser Nachprüfungsantrag nicht im Internet kundzumachen und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. In diesem Fall hat nur der Antragsteller Parteistellung.

Die Kundmachung im Internet beschränkt sich auf wesentliche Sachverhaltselemente, die im Nachprüfungsantrag genannt sein müssen (Auftraggeber, Vergabeverfahren, gesondert anfechtbare Entscheidung), sowie einen Hinweis auf die Präklusionsfolgen des § 8 Abs. 3.

Die Versäumung der Frist nach § 8 Abs. 3 hat den Verlust der Parteistellung zur Folge. Daher entfallen mit Ablauf der Einwendungsfrist alle Rechte, die an die Parteistellung geknüpft sind, insbesondere das Recht zur Erhebung einer Beschwerde.

Diese Vorschriften korrelieren mit den Bestimmungen über die Parteistellung im Nachprüfungsverfahren. Demnach sind Parteien nicht nur Antragsteller und Auftraggeber, sondern alle Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner), insbesondere im Fall der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger. Dementsprechend wird auch in § 8 Abs. 3 normiert, dass der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger seine Parteistellung verliert, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhebt.

Andere Parteien verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag nicht binnen zwei Wochen ab Bekanntmachung des Nachprüfungsantrages im Internet erheben. Findet vor Ablauf von zwei Wochen eine mündliche Verhandlung statt, so sind diese Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung zu erheben.

#### **Zu § 9:**

Die Regelung entspricht im Wesentlichen dem bisher geltenden § 14 Steiermärkisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz. Sie stellt ausdrücklich klar, dass nur gesondert anfechtbare Entscheidungen Gegenstand einer Nichtigkeitsklärung durch den UVS sein können.

#### **Zu § 10:**

In § 10 wird die bisherige Regelung in Abweichung vom Bundesvergabegesetz 2006 beibehalten. Die Frist von zwei Monaten erscheint gerechtfertigt und hat sich in der Praxis bewährt, zumal der UVS keine Spezialbehörde in Vergabeangelegenheiten ist, sondern eine Vielzahl von Verwaltungsmaterien zu bearbeiten hat.

Eine Verkürzung der Entscheidungsfrist ist jedoch für Vergabeverfahren mit besonderer Dringlichkeit vorgesehen.

Die Entscheidungsfrist bezieht sich nicht auf die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge.

### **Zu § 11:**

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Möglichkeit der Erlassung einstweiliger Verfügungen unabhängig von der Erhebung eines Nachprüfungsantrags bestehen (vgl. EuGH Rs C-236/95, Kommission/Griechenland, Rs C-214/00, Kommission/Spanien).

Nachdem es sich bei diesem Verfahren um ein Provisorialverfahren handelt, erfolgt hinsichtlich des Vorliegens der Antragsvoraussetzungen zur Erstellung eines Nachprüfungsantrages nur eine Grobprüfung. Sollte sich im Nachprüfungsverfahren herausstellen, dass der Unternehmer zur Stellung des Nachprüfungsantrages nicht legitimiert ist, wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen und die einstweilige Verfügung tritt außer Kraft.

Die inhaltlichen Anforderungen an einen Antrag auf einstweilige Verfügung wurden erweitert, weil er auch schon vor Einbringung des Nachprüfungsantrages gestellt werden kann.

Abs. 3 und 4 machen deutlich, dass der Antrag auf einstweilige Verfügung nunmehr auch vor dem Nachprüfungsantrag gestellt werden kann. Dessen ungeachtet gilt weiterhin, dass die Legitimation zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung die Legitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrages voraussetzt. Die einstweilige Verfügung kann vor Einbringung eines Nachprüfungsantrages innerhalb der für den betreffenden Nachprüfungsantrag vorgesehenen Frist, nach Stellung des Nachprüfungsantrages grundsätzlich unbeschränkt, längstens aber bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, beantragt werden. Es gilt auch weiterhin, dass die einstweilige Verfügung auf Dauer nur im Zusammenhang mit einem Nachprüfungsverfahren Bestand haben kann (§ 11 Abs. 4).

Die Regelung des Abs. 5 erfolgt analog zu § 4 Abs. 4 Z. 3.

### **Zu § 15 und 16:**

Nachdem der Antrag auf einstweilige Verfügung nicht mehr an die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gekoppelt ist, wird die fixe Geltungsdauer (zwei Monate nach § 12 des Steiermärkischem Vergabe-Nachprüfungsgesetzes) beseitigt. In der einstweiligen Verfügung ist die konkrete Dauer festzulegen. Jedenfalls tritt die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung in der Hauptsache außer Kraft. Darüber hinaus ist sie vom UVS aufzuheben, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Ferner ist vorgesehen, dass der UVS die einstweilige Verfügung auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken hat, wenn die Voraussetzungen nach Zeitablauf fortbestehen.

Der Sicherung eines raschen vorläufigen Rechtsschutzes dient die kurze Entscheidungsfrist von (wie bisher) einer Woche. Allerdings ist im Fall eines Verbesserungsauftrages binnen zehn Tagen zu entscheiden. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich selbst bei zügigem Vorgehen des UVS die Zustellung der einstweiligen Verfügung aus Gründen verzögern kann, die nicht in seiner Sphäre liegen (zB bei traditioneller postalischer Zustellung an einen im Ausland ansässigen Antragsteller), sodass die Erledigung dem Adressaten erst nach Ablauf der – sehr kurz bemessenen – Entscheidungsfrist zugeht. Diese Problematik stellt sich bei den üblichen Entscheidungsfristen nicht in gleicher Weise wie der hier vorgesehenen einwöchigen (bzw. zehntägigen) Entscheidungsfrist, sodass es gerechtfertigt und notwendig erscheint, in diesem Punkt eine Sonderegelung zu treffen.

Die kurze Entscheidungsfrist gilt nur für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung, nicht für die Erledigung verfahrensrechtlicher Anträge. Abweichend von der allgemeinen Regelung des AVG wird zudem bestimmt, dass es zur Einhaltung der Entscheidungsfrist ausreicht, wenn die Entscheidung vor ihrem Ablauf nachweislich abgesendet wurde.

### **Zu § 17:**

Die Feststellungskompetenzen des UVS wurden erweitert: ein Feststellungsantrag kann sich auch darauf beziehen, ob die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung (nicht nur die Wahl der Direktvergabe) rechtswidrig war oder eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer offenkundig unzulässig war.

Ebenso neu ist die Möglichkeit für einen Bieter die Feststellung zu beantragen, dass der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens ein Verfahren weder beendet (durch Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung) noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat (sog. „Aussitzen“ des Verfahrens).

Nach Abs. 2 kann nur ein am Vergabeverfahren beteiligter Bieter einen Feststellungsantrag stellen. Auch im Feststellungsverfahren wird vom bisherigen System der Teilnahmeanträge abgegangen, es können daher mehrere Bieter wegen desselben Vergabeverfahrens Feststellungsanträge stellen. Parteien sind nach § 20 ausschließlich der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Damit entfallen auch die für den Auftraggeber aufwendigen Mitteilungspflichten nach den Bestimmungen des § 5 Abs. 2, 3 und 4 des Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetzes. Nach § 39 Abs. 2 AVG kann der UVS mehrere Feststellungsanträge verschiedener Bieter im

selben Vergabeverfahren aus verfahrensökonomischen Gründen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden.

Mit Abs. 4 wird klargestellt, dass im Fall der Zuschlagsentscheidung oder des Widerrufs während eines Nachprüfungsverfahrens dieses Verfahren nicht automatisch als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist, sondern dass es dazu eines Antrags des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, bedarf. Dieser Feststellungsantrag hat dieselben Formalerfordernisse zu erfüllen, wie andere Feststellungsanträge auch, er unterliegt jedoch nicht der Gebührenpflicht. Wird der Feststellungsantrag bis zum Ablauf der dafür maßgeblichen Frist nicht gestellt, ist das Nachprüfungsverfahren formlos, dh. ohne Erlassung eines Bescheides einzustellen.

Abs. 5 hält das bisherige System aufrecht, dass der sekundäre Rechtsschutz durch Feststellungs- oder Schadenersatzverfahren subsidiär bleibt gegenüber dem primären Rechtsschutz durch Nachprüfungsverfahren.

Abs. 6 regelt analog zu § 4 Abs. 4 Z. 3 und § 11 Abs. 5, dass Feststellungsanträge unzulässig sind, wenn sie trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergewährt werden.

#### **Zu § 18:**

Auf Grund der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg. 16.461) wird davon ausgegangen, dass es sich um materiell-rechtliche Fristen handelt. Ihre Versäumung führt daher zum Erlöschen des Feststellungsanspruches und ihre Berechnung richtet sich nicht nach den Bestimmungen der §§ 32 f AVG. Aus diesem Grund kommt bei Fristversäumung auch nicht der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht.

#### **Zu § 19:**

Gegenüber der bisherigen Rechtslage wurden die Anforderungen an den Inhalt des Feststellungsantrages erweitert, insbesondere ist, soweit zumutbar, der Zuschlagsempfänger namhaft zu machen.

#### **Zu § 22:**

Diese, § 20 Abs. 2 VfGG nachempfundene, Bestimmung war bereits im Steiermärkischen Vergabegesetz 1998 verankert und wird jetzt wieder in das neue Rechtsschutzgesetz aufgenommen. Sie enthält eine umfassende Vorlage- und Mitwirkungspflicht für Auftraggeber, vergebende Stellen und für an Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer sowie eine Sanktionsfolge bei Nicht-Mitwirkung.

#### **Zu § 23:**

Die Regelung über die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde z.T. neu gefasst, um sie an die Neugestaltung des Verfahrensablaufes anzupassen und den Anforderungen des Art. 6 EMRK verstärkt Rechnung zu tragen. § 23 gilt grundsätzlich sowohl für die Erlassung materiell-rechtlicher als auch verfahrensrechtlicher Bescheide.

#### **Zu § 24:**

Die Grenze für die Mutwillensstrafe wurde herabgesetzt, um verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde und die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK zu vermeiden. Zugleich werden die Regeln des VStG über die Strafbemessung für anwendbar erklärt; damit wird verschiedentlich in der Lehre geäußerten Bedenken Rechnung getragen, wonach es im Hinblick auf Art. 18 B-VG problematisch sei, dass keine Regelungen über die Bemessung der Mutwillensstrafen bestünden.

#### **Zu § 25:**

So wie bisher wird die Höhe der von den Antragstellern zu entrichtenden Pauschalgebühren nicht im Gesetz selbst, sondern in einer von der Landesregierung zu erlassenden Verordnung festgesetzt. Die Ermächtigung zur Vorschreibung der Gebühr ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Z. 16 Finanzausgleichsgesetz 2005.

In der Verordnungsermächtigung wird das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4. März 2006, G 154/05 und V 116/05 berücksichtigt, mit dem die einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (§§ 175, 177 und 191 sowie Anhang X) als gleichheitswidrig hinsichtlich der für Feststellungsanträge im Nachprüfungsverfahren zu leistende Pauschalgebühr aufgehoben wurden und die Gesetzeswidrigkeit der Pauschalgebührenverordnung mangels gesetzlicher Grundlage festgestellt wurde. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis festgehalten, dass die Kumulierung und Multiplizierung der hohen Gebühren infolge verschiedenartiger Anträge sachlich nicht gerechtfertigt sei und zu einer Behinderung der Effizienz des Rechtsschutzes führe.

Auch § 18 des derzeit noch geltenden Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz und die Vergabe-Pauschalgebührenverordnung; LGBl. Nr. 71/2003, werden derzeit vom Verfassungsgerichtshof auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit geprüft. Da sich die Landesregelungen am Bundesvergabegesetz 2002 orientiert haben, ist mit ihrer Aufhebung zu rechnen. Mit der gewählten Formulierung sollte es dem Ordnungsgeber möglich sein, die Gebühren in verfassungskonformer Weise festzusetzen.

**Zu § 26:**

Analog § 319 Abs. 3 BVergG 2006, der zur Entscheidung über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt zuständig macht, wird in § 26 klargestellt, dass der UVS auch zur Entscheidung über Ansprüche auf Gebührenersatz zuständig ist (vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091).

**Zu § 28:**

Vergabeverfahren, die am Tag des Inkrafttretens beim Unabhängigen Verwaltungssenat anhängig sind, sind nach dem Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz zu Ende zu führen. Diese Übergangsbestimmung entspricht § 345 Abs. 4 erster Satz BVergG 2006.

**Zu § 29:**

In den Vorbereitungen zum BVergG 2006 wurde in Aussicht genommen, dass die neuen Vergaberechtsschutzgesetze der Länder spätestens mit 1. Jänner 2007 in Kraft treten können. Daher setzt § 345 Abs. 3 BVergG 2006 insbesondere die Bestimmungen, die die neuen Verfahrensarten betreffen, für den Bereich der Länder mit 1. Jänner 2007 in Kraft. Das Steiermärkische Vergaberechtsschutzgesetz soll deshalb auch mit 1. Jänner 2007 in Kraft treten.