

## **Vorlage der Landesregierung**

### **Gesetz**

vom ....., mit dem das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007  
geändert wird

Der Salzburger Landtag hat beschlossen:

Das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007, LGBl Nr 28, in der Fassung des Gesetzes LGBl Nr 24/2009 und der Kundmachung LGBl Nr 58/2009 wird geändert wie folgt:

1. Im Inhaltsverzeichnis werden folgende Änderungen vorgenommen:

1.1. Die den § 34 betreffende Zeile lautet:

„§ 34 Verfahrensrechtliche Bestimmungen“

1.2. Die den § 35 betreffende Zeile lautet:

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

1.3. Nach der den § 35 betreffenden Zeile wird eingefügt:

„§ 35a Unwirksamerklärung des Widerrufs“

2. Im § 8 Abs 1 wird in der Z 1 angefügt: „ausgenommen Verfahren gemäß § 14 Abs 3 Z 6 und Z 7,“.

3. § 14 Abs 3 und 4 lautet:

„(3) Nach Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zuständig:

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise 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 des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages 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 § 131 bzw § 272 BVergG 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 BVergG 2006 rechtswidrig war;
6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;
7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 35 Abs 7.

(4) Nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist der Vergabekontrollsenat zuständig:

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf eines Vergabeverfahrens rechtswidrig erklärt wurde;
2. in einem Verfahren gemäß Z 1 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
3. zur Feststellung, ob der Widerruf rechtswidriger Weise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß § 140 bzw § 279 BVergG 2006 erklärt wurde;
4. in einem Verfahren gemäß Z 1 und 3 zur Unwirksamklärung des Widerrufs.“

4. § 17 lautet:

### **„Zustellungen**

#### **§ 17**

Soweit dem Vergabekontrollsenat die im Vergabeverfahren bekannt gegebene Telefaxnummer oder elektronische Adresse einer Partei bekannt ist, hat der Vergabekontrollsenat schriftliche Erledigungen an diese Adresse zuzustellen.“

5. Im § 19 werden folgende Änderungen vorgenommen:

5.1. Die Z 1 lautet:

„1. Die Pauschalgebühr ist bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Die Gebührensätze sind durch Verordnung der Landesregierung entsprechend dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzusetzen und dabei nach objektiven Merkmalen abzustufen. Als objektive Merkmale sind insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeführten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder der Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags oder sonstiger gesondert anfechtbarer Entscheidungen oder um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.“

5.2. In der Z 6 werden jeweils die Worte „festgesetzten Gebühr“ durch die Worte „festgesetzten oder gemäß Z 4 reduzierten Gebühr“ ersetzt.

6. § 22 lautet:

### **„Fristen für Nachprüfungsanträge**

#### § 22

(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 BVergG 2006 freiwillig bekannt gemachten Entscheidung – auf sieben Tage.

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

(4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages 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, wenn diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen bzw die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages 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.“

7. Im § 23 Abs 1 lautet die Z 2:

„2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Telefaxnummer oder elektronische Adresse;“

8. Im § 25 Abs 3 werden jeweils die Worte „zwei Wochen“ durch die Worte „zehn Tagen“ ersetzt.

9. Im § 29 werden folgende Änderungen vorgenommen:

9.1. Im Abs 2 lautet die Z 1:

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

9.2. Im Abs 5 werden im ersten und zweiten Satz jeweils nach der Wortfolge „Untersagung der Erteilung des Zuschlages,“ die Wortfolge „die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung,“ eingefügt und in der Z 1 des dritten Satzes die Wortfolge „oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen“ angefügt.

10. Im § 30 erhalten die Abs 2 bis 4 die Absatzbezeichnungen „(3)“ bis „(5)“ und wird nach Abs 1 eingefügt:

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

11. Im § 31 Abs 3 werden die Wortfolge „binnen einer Woche“ durch die Wortfolge „binnen sieben Werktagen“ und die Wortfolge „binnen zehn Tagen“ durch die Wortfolge „binnen zehn Werktagen“ ersetzt.

12. § 32 Abs 1 lautet:

„(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die dazu ergangenen Verordnungen oder 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;
2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;
3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 bzw § 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;
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 BVergG rechtswidrig war; oder
5. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß Z 1 bis 3 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1 kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben.“

13. Im § 33 werden folgende Änderungen vorgenommen:

13.1. Im Abs 1 lautet die Z 2:

„2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Telefaxnummer oder elektronische Adresse.“

13.2. Die Abs 2 und 3 lauten:

„(2) Anträge gemäß § 32 Abs 1 Z 1 und 5 sowie Abs 4 sind binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.“

(3) Anträge gemäß § 32 Abs 1 Z 2 bis 4 sind innerhalb folgender Fristen einzubringen:

1. binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag, soweit die Z 2 und 3 nicht anderes bestimmen;
2. binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß § 132 Abs 2 bzw § 273 Abs 2 BVergG 2006 bei Anträgen gemäß § 32 Abs 1 Z 2 bis 4, wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt;
3. 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 BVergG 2006 bei Anträgen gemäß § 32 Abs 1 Z 2, wenn es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt.“

13.3. Nach Abs 5 wird angefügt:

„(6) Ein Antrag gemäß § 32 Abs 1 Z 2 ist ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß § 49 Abs 2, § 55 Abs 5, § 210 Abs 2 oder § 219 Abs 5 BVergG 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.“

14. Die Überschrift zu § 34, dessen bisheriger Wortlaut die Absatzbezeichnung „(1) erhält, lautet „**Verfahrensrechtliche Bestimmungen**“ und wird angefügt:

„(2) Über Anträge auf Feststellung gemäß § 32 Abs 1 und 2 ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.“

15. § 35 lautet:

**„Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigkeitserklärung  
und Verhängung von Sanktionen**

§ 35

(1) Der Vergabekontrollsenat hat eine Feststellung gemäß § 32 Abs 1 Z 1 und 3 und Abs 1 Z 5 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 Vergabekontrollsenat im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 32 Abs 1 Z 2 bis 4 für absolut nichtig zu erklären. Der Vergabekontrollsenat hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder von einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs 4 oder 5 abzusehen, wenn 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 Vertrages 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 Vergabekontrollsenat im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 32 Abs 1 Z 2 bis 4 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts offenkundig unzulässig war.

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat der Vergabekontrollsenat, soweit nicht Abs 5 zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 32 Abs 1 Z 2 bis 4 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Der Vergabekontrollsenat kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 32 Abs 1 Z 2 bis 4 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Der Vergabekontrollsenat hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

(6) Der Vergabekontrollsenat hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß Abs 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Abs 4 oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Der Vergabekontrollsenat hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses und das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses auch unter der Berücksichtigung der betroffenen öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.

(7) Wenn der Vergabekontrollsenat von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß Abs 2 erster Satz oder Abs 3 abgesehen hat, ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 %, im Unterschwellenbereich 10 %, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.

(8) Der Vergabekontrollsenat hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.“

16. Nach § 35 wird eingefügt:

### **„Unwirksamerklärung des Widerrufs**

#### **§ 35a**

Der Vergabekontrollsenat hat im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 14 Abs 4 Z 3 sowie bei Verfahren im Unterschwellenbereich im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 14 Abs 4 Z 1 den Widerruf für unwirksam zu erklären, wenn der Antragsteller dies beantragt hat. Er hat dafür das Interesse der Bieter an der Fortführung des Vergabeverfahrens und das Interesse des Auftraggebers an der Beendigung des Vergabeverfahrens auch unter der Berücksichtigung der allfällig betroffenen öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen.“

17. Im § 36 wird die Fundstellenangabe „5/2008“ jeweils durch die Fundstellenangabe „20/2009“ sowie die Fundstellenangabe „112/2007“ durch die Fundstellenangabe „8/2009“ ersetzt. Die Z 4 bis 6 erhalten die Bezeichnungen „5.“, „6.“ bzw „7.“ und wird nach Z 3 eingefügt:

„4. Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), BGBl I Nr 151/2005, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl I Nr 112/2007;“

18. Im § 37 wird angefügt:

„3. Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 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, ABI Nr L 335 vom 20. Dezember 2007.“

19. Im § 38 wird angefügt:

„(6) Die §§ 8 Abs 1, 14 Abs 3 und 4, 17, 19, 22, 23 Abs 1, 25 Abs 3, 29 Abs 2 und 5, 30 Abs 2 bis 5, 31 Abs 3, 32 Abs 1, 33 Abs 1, 2, 3 und 6, 34, 35, 35a, 36 und 37 in der Fassung des Gesetzes LGBl Nr ...../2010 treten mit 20. Dezember 2009 in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt beim Vergabekontrollsenat anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zu diesem Zeitpunkt bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.“

## **Erläuterungen**

### **1. Allgemeines:**

Das Gesetzesvorhaben dient dazu, die Richtlinie 2007/66/EG, mit der die beiden Rechtsmittelrichtlinien (RMRLen) und die Sektorenrechtsmittelrichtlinie geändert worden sind, im Rahmen der Kompetenzen des Landesgesetzgebers umzusetzen. Wie schon bisher soll die Einheitlichkeit mit dem Rechtsschutz auf Bundesebene dadurch hergestellt werden, dass die für das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt maßgeblichen Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Landesbereich, sprich für vom Vergabekontrollsenat zu führende Verfahren, weitestgehend übernommen werden. Um elementare Verstöße gegen das Vergaberecht wirksamer hintanhaltend zu können, sieht die Richtlinie eine zwingende Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags in bestimmten Fällen vor. Daher sind nicht nur die bestehenden Feststellungszuständigkeiten des Vergabekontrollsenats zu erweitern, sondern es ist ihm auch die Befugnis einzuräumen, Verträge unter gewissen Voraussetzungen für nichtig zu erklären bzw allenfalls so genannte alternative Sanktionen für Auftraggeber zu verhängen. Angesichts der besonderen Bedeutung bzw Eingriffsintensität derartiger Entscheidungen wird dafür eine zwingende Kammerzuständigkeit vorgesehen.

### **2. Verfassungsrechtliche Grundlage:**

Das Gesetzesvorhaben stützt sich hinsichtlich des Vergabekontrollverfahrens auf Art 14b Abs 3 B-VG. Die kompetenzrechtliche Grundlage für die Gebührenregelung (§ 19) bildet § 8 Abs 1 F-VG 1948 iVm § 14 Abs 1 Z 16 FAG 2008.

### **3. EU-Konformität:**

Mit dem Gesetzesvorhaben wird die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 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, ABI Nr L 335 vom 20. Dezember 2007, umgesetzt und somit den gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen entsprochen.

### **4. Kosten:**

Auf Grund der neuen Zuständigkeiten des Vergabekontrollsenats im Bereich der Feststellungsverfahren kann es zu einem Ansteigen der Verfahren und damit zu finanziellen Belastungen kommen. Da nicht abgeschätzt werden kann, inwieweit von den neuen Antragsmöglichkeiten Gebrauch gemacht wird und inwieweit die 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.

## **5. Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens:**

Gegen das Gesetzesvorhaben wurden keine Einwände erhoben. Die Anregung des Vergabekontrollsenats, bei den neuen Verfahren zur Nichtigkeitklärung bereits geschlossener Verträge und zur Verhängung von Geldbußen über Auftraggeber eine Kammerzuständigkeit vorzusehen, wird angesichts der Gravität dieser Gegenstände aufgegriffen. Die vom Bund vorgebrachten Vorschläge beziehen sich auf jene Änderungen, die die parallelen Bestimmungen in der Regierungsvorlage zur Novellierung des Bundesvergabegesetzes 2006 (327 BlgNR 24. GP) im Rahmen der parlamentarischen Behandlung erfahren haben. Der Einheitlichkeit mit den Rechtsschutzbestimmungen auf Bundesebene wegen sind auch diese Vorschläge in den Gesetzesvorschlag aufgenommen.

## **6. Zu einzelnen Bestimmungen:**

### **Zu Z 2:**

Künftig kann der Vergabekontrollsenat im Rahmen von Feststellungsverfahren auch bereits geschlossene Verträge für nichtig erklären und in bestimmten Fällen über Auftraggeber Geldbußen bis zu 20 % der Auftragssumme verhängen. Angesichts der Gravität solcher Entscheidungen sollen diese jedenfalls von Kammern, denen drei UVS-Mitglieder angehören, und nicht von einzelnen Mitgliedern getroffen werden.

### **Zu Z 3:**

Die Feststellungszuständigkeiten des Vergabekontrollsenats nach Zuschlagserteilung bzw nach Widerruf sind an die neuen Art 2d der RMRLen anzupassen.

Die Z 1 und 2 des vorgeschlagenen § 14 Abs 3 entsprechen inhaltlich weitgehend der geltenden Regelung des § 14 Abs 3 Z 1 und 2.

Die Z 3 bis 5 des vorgeschlagenen § 14 Abs 3 enthalten die gemäß den Art 2d Abs 1 lit a bis c der RMRLen vorzusehenden Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörde. Gemäß diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben müssen folgende Fälle grundsätzlich eine Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehen:

1. Unzulässige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung: Dies wird durch den vorgeschlagenen § 14 Abs 3 Z 3 umgesetzt. Durch den Wortlaut wird ua auch die Fallkonstellation des bisherigen § 14 Abs 3 Z 3 lit b erfasst (offenkundig unzulässige Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren). Im Rahmen der Z 3 ist festzustellen, 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 Sinn der Z 3 ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt.

2. Verstoß gegen die Art 2a Abs 2 der RMRLen: Darin ist vorgesehen, dass der Auftraggeber im Anschluss an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine Stillhaltefrist einzuhalten hat, in 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 § 14 Abs 3 Z 4 umgesetzt. Zur Frage, wann von einer Zuschlagserteilung ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung auszugehen ist, ist auf die Definition des § 2 Z 49 BVergG 2006 (neu) zu verweisen, wonach es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die an den Bieter abgegebene Absichtserklärung handelt, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Wenn daher die in § 131 vierter Satz BVergG 2006 enthaltenen Angaben 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 § 14 Abs 3 Z 4.

Die Missachtung der Stillhaltefrist hat wie bisher die absolute Nichtigkeit zur Folge (siehe §§ 132 Abs 1 erster Satz, 273 Abs 1 erster Satz sowie – analog – 151 Abs 4 und 197 Abs 4 BVergG 2006); eine entsprechende Feststellungszuständigkeit der Vergabekontrollbehörde ist nicht vorgesehen.

3. Verstoß gegen die Art 2 Abs 3 der RMRLen: Danach darf der Auftraggeber nach einem Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung den Vertrag so lange nicht abschließen, bis die Nachprüfungsstelle ihre Entscheidung (in der Hauptsache oder über eine vorläufige Maßnahme) getroffen hat. Die Missachtung des Suspensiveffekts (eines Antrags auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlags begehrt wird) hat wie bisher die Nichtigkeit zur Folge (vgl § 29 Abs 5 Z 1). Eine entsprechende Feststellungszuständigkeit der Vergabekontrollbehörde ist nicht vorgesehen.
4. Da durch die §§ 131 Abs 2 Z 3 sowie 272 Abs 2 Z 2 und 3 BVergG 2006 die Ausnahmebestimmung der Art 2b lit c erster Unterabsatz der RMRLen in Anspruch genommen wird, sind in Entsprechung der weiteren Unterabsätze dieser Bestimmungen Regelungen über die Unwirksamkeit eines derart abgeschlossenen Vertrages zu treffen: Dies erfolgt durch den vorgeschlagenen § 14 Abs 3 Z 6.

Die Fälle der Nichtigkeit als Folge eines Feststellungsbescheids der Vergabekontrollbehörde werden somit im Ergebnis erweitert.

Das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 kennt derzeit noch keine Zuständigkeiten des Vergabekontrollsenats, Verträge für nichtig zu erklären, vielmehr knüpft § 132 Abs 3 BVergG 2006 (sowie § 273 Abs 3 BVergG 2006) an einen – näher determinierten – feststellenden Bescheid einer Vergabekontrollbehörde die Konsequenz der ex lege-Nichtigkeit. Auf Grund der Neuerungen durch die RMRLen 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 Vertrages nach sich ziehenden Verstoßes von der Unwirksamkeit abzusehen und stattdessen so genannte „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 Vergabekontrollsenat 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 § 14 Abs 3).

Die vorgeschlagenen Z 6 und 7 des § 14 Abs 3 enthalten Zuständigkeiten, die nicht selbstständig, sondern nur in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 ausgeübt werden können. Die näheren Regelungen für die Ausübung dieser neu begründeten Zuständigkeiten finden sich im vorgeschlagenen § 35 Abs 2 bis 8.

Wenn dem Vergabekontrollsenat unmittelbar die Befugnis eingeräumt wird, Verträge bei Vorliegen bestimmter Verstöße ex tunc für nichtig zu erklären, dann soll er gleichermaßen die Befugnis haben, einen Widerruf für unwirksam zu erklären; dies dann, wenn er festgestellt hat, dass der Widerruf wegen Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen rechtswidrig war bzw rechtswidriger Weise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung erklärt worden ist. Die näheren Regelungen dafür finden sich im vorgeschlagenen § 35a.

#### **Zu Z 4:**

Der vorgeschlagene § 17 enthält folgende Abweichung vom Zustellgesetz (ZustG): Es wird ein Primat der elektronischen Zustellung unmittelbar von der Behörde an die Partei vorgesehen, wenn der Vergabekontrollsenat Kenntnis von einer elektronischen Zustelladresse der Partei hat. Dieses 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 § 29 an die Übermittlung eines Antrags an den Auftraggeber bestimmte Rechtsfolgen (zB Verbot der Zuschlagserteilung), was ebenfalls eine rasche Über-

mittlung erforderlich macht. Abweichend von der Definition der elektronischen Zustelladresse im § 2 Z 5 ZustG kommt es dabei nicht darauf an, dass diese Adresse der Behörde vom Empfänger im anhängigen Vergabekontrollverfahren bekannt gegeben worden ist, sondern es genügt, wenn die Adresse dem Vergabekontrollsenat bekannt ist. Allerdings muss es sich dabei um die im Zuge des konkreten Verfahrens zur Vergabe eines Auftrags bekannt gegebene Faxnummer oder elektronische Adresse handeln, was etwa – aber nicht nur – bei einer Bekanntgabe auf Grund der Verpflichtung des § 43 Abs 6 BVergG 2006 der Fall ist. Hinzuweisen ist noch darauf, dass die abweichende Festlegung hinsichtlich der Bekanntgabe der elektronischen Zustelladresse nichts daran ändert, dass es sich um eine Zustellung nach § 37 ZustG handelt. Wann ein Dokument als zugestellt gilt, richtet sich somit nach § 37 Abs 1 zweiter und dritter Satz ZustG. Hat der Vergabekontrollsenat keine Kenntnis von einer Faxnummer oder einer elektronischen Adresse einer Partei oder kann an die bekannt gegebene elektronische Adresse faktisch nicht zugestellt werden (zB bei Störung des Servers, Abgeschaltetsein des Fax-Gerätes), ist nach dem 2. Abschnitt des Zustellgesetzes (physische Zustellung) zuzustellen.

#### **Zu Z 5:**

Die Gebührensätze sollen nicht mehr im Gesetz selbst festgelegt sein, sondern durch die Landesregierung mit Verordnung festgesetzt werden. Die Determinanten für die Höhe der Gebühren sind in der neuen Z 1 des § 19 in demonstrativer Weise aufgezählt: Auftragsgegenstand, Verfahrensart, Nachprüfung der Ausschreibungs-, der Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags oder sonstiger gesondert anfechtbarer Entscheidungen, Verfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich. Nach dem Wortlaut sollen die Gebühren die beim Vergabekontrollsenat entstehenden Kosten nicht zur Gänze abdecken, sondern die Gebühren sind so festzusetzen, dass ein ausgewogenes Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen erreicht wird. Eine zwingende Geldwertanpassung ist – wie schon bisher – im Unterschied zu den in Verfahren vor dem Bundesvergabebeamt zu entrichtenden Gebühren nicht vorgesehen; eine Adaptierung kann aber jederzeit durch Verordnung erfolgen.

§ 19 Z 6 sieht derzeit eine Reduktion der Gebührenschild bei Antragsrückziehung in Bezug auf die „festgesetzte Gebühr“, dh die Gebühr nach Z 1, vor. In den Fällen der Z 4 führt dies dazu, dass die Reduktion im Vergleich zur geschuldeten Gebühr weitaus geringer als die genannten Prozentsätze ausfällt oder unter Umständen gar keine Reduktion stattfindet. Durch die Ergänzung wird die Regelung der Z 6 auch auf die Fälle der wiederholten Antragstellung (und der dadurch gemäß Z 4 reduzierten Gebührensätze) erstreckt.

## **Zu Z 6 und 8:**

Die Regelung der Fristen für Nachprüfungsanträge ist an die 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. Letzteres wird im Lichte der neuen §§ 43 Abs 1 und 204 Abs 1 BVergG 2006 aber nur mehr in Ausnahmefällen eintreten.

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 zu formulieren.

Die Verkürzung der Frist im Unterschwellenbereich (außer im Fall der Anfechtung einer gemäß den §§ 55 Abs 5 oder 219 Abs 5 freiwillig bekannt gemachten Entscheidung) 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 der Sonderfall der Bekämpfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, 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 § 22 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, wenn „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 Regelantrags-

frist 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 zB 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 § 22 Abs 4 normiert anders als dessen Abs 1 keine Frist im Sinn des AVG, sondern legt lediglich einen Endzeitpunkt fest, bis zu dem eine bestimmte Verfahrenshandlung spätestens gesetzt werden muss. Damit sind insbesondere die Regelungen des § 33 AVG auf diese Bestimmung nicht anzuwenden. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des bisherigen § 22 Abs 2 letzter Satz aber überflüssig. Grundsätzlich gilt daher, dass der Vergabekontrollsenat gemäß § 13 Abs 5 AVG nur während der Amtsstunden verpflichtet ist, schriftliche Anbringen entgegenzunehmen oder Empfangsgeräte empfangsbereit zu halten.

Parallel zur Verkürzung der Antragsfristen gemäß § 22 Abs 1 wird auch die Frist zur Erhebung von Einwendungen gemäß § 25 Abs 3 auf zehn Tage verkürzt.

#### **Zu Z 7, 9.1 und 13.1:**

Ungeachtet dessen, dass Auftraggeber gemäß § 43 Abs 6 erster Satz bzw § 204 Abs 6 erster Satz BVerG 2006 ohnehin eine Faxnummer bzw eine elektronische Adresse bekannt zu geben haben, an die der Vergabekontrollsenat gemäß dem vorgeschlagenen § 17 schriftliche Erledigungen übermitteln kann, soll die Bezeichnung des Auftraggebers in einem Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag bzw einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung um die Bezeichnung des Antragstellers einschließlich der Faxnummer oder der elektronischen Adresse des Auftraggebers und des Antragstellers ergänzt werden.

#### **Zu Z 9.2 und 10:**

§ 29 Abs 5 dritter Satz 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 erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung nichtig ist. Gleiches gilt sinngemäß für die Untersagung der Erklärung des Widerrufs eines Verfahrens. Nicht geregelt ist dagegen die Konsequenz einer Zuschlagserteilung oder eines Abschlusses einer Rahmenvereinbarung entgegen einem mittels einstweiliger Verfügung verhängtem diesbezüglichem Verbot. Durch den vorgeschlagenen neuen Abs 2 im § 30 soll zum Ausdruck gebracht werden, dass auch eine derartige Zuschlagserteilung bzw ein derartiger Abschluss einer Rahmenvereinbarung absolut nichtig ist.

### **Zu Z 11:**

Durch die Umstellung auf Werktage soll vor dem Hintergrund des § 13 Abs 5 letzter Satz AVG, der gemäß § 82 Abs 16 AVG idF BGBl I Nr 5/2008 mit Ablauf des 31. Dezember 2010 außer Kraft tritt, dem Vergabekontrollsenat ausreichend Zeit zur Bearbeitung des Antrages eingeräumt werden.

### **Zu Z 12:**

Auf Grund der neuen Feststellungszuständigkeiten des Vergabekontrollsenats sind die Regelungen betreffend die Einleitung eines Feststellungsverfahrens anzupassen:

1. Der § 32 Abs 1 Z 1 entspricht inhaltlich dem geltenden § 32 Abs 1 Z 2.
2. Der § 32 Abs 1 Z 2 entspricht inhaltlich weitgehend dem geltenden § 32 Abs 1 Z 1.
3. Die neue Z 3 des § 32 Abs 1 resultiert aus der in den Art 2d Abs 1 lit b der RMRLen grundgelegten neuen Befugnis des Vergabekontrollsenats, umgesetzt durch den vorgeschlagenen § 14 Abs 3 Z 4.
4. Die neue Z 4 des § 32 Abs 1 resultiert aus der in den Art 2d Abs 1 lit c der RMRLen grundgelegten neuen Befugnis des Vergabekontrollsenats, umgesetzt durch den vorgeschlagenen § 14 Abs 3 Z 5.
5. Die Z 5 des § 32 Abs 1 entspricht inhaltlich dem geltenden § 32 Abs 1 Z 3.

Angesichts der Neufassung der §§ 132, 273 BVergG 2006 kann der bisherige § 32 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 entfallen.

Da in der Praxis ein Bedürfnis danach bestehen kann, Anträge etwa gemäß den Z 3 oder 4 mit einem Antrag gemäß der Z 1 zu verbinden, es aber nicht gerechtfertigt scheint, in diesen Fällen eine zweifache Gebühr einzuheben, soll durch den zweiten Satz des § 32 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 § 14 Abs 3 Z 2 grundgelegte Möglichkeit der Antragstellung durch den Auftraggeber (Antrag auf Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte) in diese Bestimmung aufzunehmen (dritter Satz). Da das Absehen von der Nichtigkeitsklärung – grundsätzlich – von einem „Gegenantrag“ des Auftraggebers abhängig ist, soll auch diese Antragsmöglichkeit des Auftraggebers ausdrücklich im § 32 Abs 1 verankert werden.

### **Zu Z 13:**

Die neuen Zuständigkeiten des Vergabekontrollsenats erfordern auch eine Änderung der Regelungen über die Fristen für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens sowie über die Vor-

aussetzungen für die Zulässigkeit eines solchen Antrags. Zur Unbedenklichkeit der kurzen Fristen ist auf das Erkenntnis des VfGH vom 5. Dezember 2008, G 113/08-11, zu verweisen.

Der § 33 Abs 2 entspricht inhaltlich weitgehend dem geltenden § 33 Abs 2. Die Bezugnahme auf die Feststellung der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens entfällt. Stattdessen sieht der § 32 Abs 1 Z 2 die Bekämpfung der rechtswidrigen Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vor.

Die Z 1 des § 33 Abs 3 setzt die Grundregel des Art 2f Abs 1 lit b der RMRLen um, wonach ein auf die Nichtigkeit des Vertrages gerichteter Antrag binnen sechs Monaten, „gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde“, einzubringen ist.

Davon abweichend enthalten die Z 2 und 3 des § 33 Abs 3 zwei Möglichkeiten einer Fristverkürzung auf 30 Tage, wie dies ist auf Grund der Art 2f Abs 1 lit a der RMRLen gemeinschaftsrechtlich zulässig ist:

- Wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt, dann kommt es zu einer Fristverkürzung, wenn der Auftraggeber diesem gemäß § 132 Abs 2 bzw § 273 Abs 2 BVergG 2006 mitgeteilt hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.
- Im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung hat zusätzlich eine Bekanntmachung gemäß § 54 Abs 6 oder § 55 Abs 6 (bzw der entsprechenden Sektorenregelung) zu erfolgen. (Bei einem Antrag gemäß dem § 32 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 § 32 Abs 1 Z 2 (Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) handelt und kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist, ist für eine Fristverkürzung allein die Bekanntmachung gemäß § 54 Abs 6 oder § 55 Abs 6 BVergG (bzw der entsprechenden Sektorenregelung) ausreichend.

Wenn 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 er jedenfalls eine Bekanntmachung gemäß § 54 Abs 6 oder § 55 Abs 6 BVergG 2006 (bzw der entsprechenden Sektorenregelung) vornehmen und zusätzlich den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, wenn es solche gibt, mitteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt worden ist.

- Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass der Fall eines Antrags gemäß dem § 32 Abs 1 Z 3 verbunden mit der Tatsache, dass kein Bieter im Vergabeverfahren verblieben ist, nicht eintreten kann, da bei einem Fehlen weiterer verbliebener Bieter die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht rechtswidrig sein kann.

Durch den vorgeschlagenen § 33 Abs 6 werden die Art 2d Abs 4 der RMRLen umgesetzt.

#### **Zu Z 14:**

Um zu verhindern, dass potentiell mit Nichtigkeitserklärung bedrohte Verträge während eines anhängigen Verfahrens vollständig abgewickelt werden, soll im Licht eines möglichst effektiven Rechtsschutzes auch für Feststellungsverfahren eine sechswöchige Entscheidungsfrist vorgeesehen werden.

#### **Zu Z 15:**

Auf Grund der erweiterten Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden im Zusammenhang mit der Nichtigkeit von Verträgen ist § 35 neu zu gestalten.

Im neuen Abs 1 wird der Inhalt des geltenden § 35 übernommen. Die folgenden Absätze enthalten Regelungen betreffend die Nichtigkeitserklärung von Verträgen bzw den Umfang der Aufhebung des Vertrages, das Absehen von der Nichtigkeitserklärung und die Verhängung von Geldbußen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die grundsätzlichen Regelungen zur 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.

Eingangs ist festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof in seiner Judikatur zum vergaberrechtlichen 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.

Für den Oberschwellenbereich wird folgendes Regelungsregime vorgeschlagen: Aus Abs 2 ergibt sich, dass im Oberschwellenbereich eine Feststellung gemäß § 14 Abs 3 Z 3 bis 5 grundsätzlich zur Nichtigkeitserklärung des Vertrages durch den Vergabekontrollsenat führt, wobei der Vertrag für absolut nichtig – somit ex tunc nichtig – zu erklären ist. Eines besonderen Antrags auf Nichtigkeitserklärung durch den Antragsteller im Feststellungsverfahren bedarf es nicht.

Durch den zweiten und dritten Satz des Abs 2 werden die Art 2d Abs 3 der RMRLen umgesetzt. Soweit zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten, ist von der Nichtigkeitserklärung abzusehen. Dafür muss ein Antrag des Auftraggebers vorliegen. Die Art 2d Abs 3 sowie die 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 so genannte „alternative Sanktionen“ zu verhängen. Da ein An-

tragsteller in einem Verfahren nach § 14 Abs 3 Z 3 bis 5 kein Interesse daran haben kann, dass von der Nichtigkeitklärung abgesehen wird, es aber Konstellationen geben kann, in denen auch ein Auftraggeber eher die ex tunc-Nichtigkeitklärung des Vertrages in Kauf nehmen wird als die Verhängung von Sanktionen, soll eine Verhängung von Sanktionen (in diesem Fall) nur dann in Betracht kommen, wenn der Auftraggeber beantragt, von einer Nichtigkeitklärung abzusehen. Dabei kann der Auftraggeber auch primär beantragen, von der ex tunc-Nichtigkeitklärung gänzlich abzusehen, und subsidiär beantragen, den Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben (vgl dazu auch Abs 5). Der Vergabekontrollsenat ist an diesen Antrag nicht gebunden; es hat somit auch bei Vorliegen eines entsprechenden Antrags (aber bei Fehlen der zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses bzw bei Überwiegen der Antragstellerinteressen) den Vertrag ex tunc für nichtig zu erklären. Umgekehrt kann der Vergabekontrollsenat aber, eine Feststellung gemäß § 14 Abs 3 Z 3 bis 5 vorausgesetzt, ohne einen entsprechenden Antrag gemäß Abs 2 nicht von der Nichtigkeitklärung absehen (vgl aber auch Abs 4). Durch diese Antragsbedürftigkeit wird letztlich vermieden, dass der Vergabekontrollsenat auch dann prüfen muss, ob von der Nichtigkeit abgesehen werden soll, wenn keine der Parteien dies begehrt. Es obliegt somit dem Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrages in die Entscheidung des Vergabekontrollsenats einfließen können.

Im dritten Satz des § 35 Abs 2 wird weiters festgelegt, dass wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit des Vertrages 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 den diesbezüglichen Richtlinienregelungen der Art 2d Abs 2 dritter Unterabsatz der RMRLen unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrages verursachten Kosten genannt, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel 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 Vertrages abzusehen.

Der zweite und der dritte Satz des § 35 Abs 2 regeln 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 grundsätzliche Regelungsregime vorgeschlagen: Der Abs 3 sieht für den Unterschwellenbereich als Grundregel vor, dass eine Feststellung

gemäß § 14 Abs 3 Z 3 bis 5 nur dann zur ex tunc-Nichtigklärung des Vertrages durch den Vergabekontrollsenat führt, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers auf Grund des Gesetzes „offenkundig unzulässig“ war. Abs 3 beschränkt daher das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereiches auf die gravierendsten Verstöße gegen das BVergG 2006 (und die Richtlinien). War dagegen die Vorgangsweise des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommen das gesamte Regime der Abs 3 bis 6 und in weiterer Folge auch die Abs 7 und 8 im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung. Zum Konzept der Offenkundigkeit wird wiederum (vgl schon RV 1171 BlgNR XXII. GP, 87) auf die einschlägige Rechtsprechung verwiesen: Der Begriff „offenkundig“ ist im Sinn 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 (vgl 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) auszulegen. 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 der Auftraggeber über das Vorliegen eines Tatbestandes, der die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter rechtfertigt, einem entschuldbaren Irrtum unterlegen ist (etwa hinsichtlich des Vorliegens von Ausschließlichkeitsrechten gemäß § 28 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 oder im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der technischen Kompatibilität/Inkompatibilität gemäß § 29 Abs 2 Z 5 BVergG 2006).

Der 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 des Auftraggebers), so hat der Vergabekontrollsenat gemäß der Grundregel des Abs 2 bzw 3 den Vertrag (bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 14 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 die Software installiert), so hat der Vergabekontrollsenat bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 14 Abs 3 Z 3 bis 5 den Vertrag nur teilweise, und zwar hinsichtlich des noch ausständi-

gen oder des noch (ohne Wertminderung) rückstellbaren Leistungsteiles 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 Vertragsteiles ein Rückabwicklungsanspruch entsteht. Die Regelung des Abs 4 (ex nunc-Aufhebung hinsichtlich des noch ausständigen oder des noch ohne Wertminderung rückstellbaren Leistungsteiles) steht unter dem Vorbehalt, dass 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 Vergabekontrollsenat nach Durchführung der Interessenabwägung gemäß Abs 5 dem Antrag stattgibt und die Aufhebung erst zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügt.

Der Abs 5 sieht (für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich) vor, dass – abweichend von der Grundregel des Abs 2 bzw 3, demzufolge der Vertrag für absolut nichtig (somit ex tunc nichtig) zu erklären ist – der Vergabekontrollsenat auf diesbezüglichen Antrag 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 Vertrages ex tunc trotz Antrag des Auftraggebers oder Aufhebung des Vertrages zu einem anderen Zeitpunkt) werden im letzten Satz normiert.

Abs 6 sieht im Sinn der zulässigen differenzierten Ausgestaltung des Rechtsschutzes zwischen Ober- und Unterschwellenbereich eine Sonderregelung allein für den Unterschwellenbereich vor. Danach hat der Vergabekontrollsenat bei Vorliegen einer Feststellung gemäß § 14 Abs 3 Z 3 bis 5 – selbst wenn die Vorgangsweise offenkundig unzulässig war – die vertraglichen Wirkungen aufrechtzuerhalten, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und eine Interessenabwägung (zwischen den Interessen des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrages und den Interessen des Antragstellers an der Beendigung des Vertrages) zu seinen Gunsten ausfällt. Bei dieser Interessenabwägung 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 Vertrages 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 der Auftraggeber eine gewisse Zeit für die Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens benötigt.

Gemäß den Art 2d Abs 2 der RMRLen richten sich die Folgen der Unwirksamkeit des Vertrages 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 Sinn der Art 2e Abs 2 der RMRLen Anwendung zu finden.

Die Art 2e Abs 2 der RMRLen nennen die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages 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 Abs 7 Geldbußen (als „Sanktionen“) für alle Fälle vor, in denen abweichend von den Grundregeln der Abs 2 erster Satz und 3 der Vergabekontrollsenat 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, ein Auftraggeber lediglich damit „sanktioniert“ wird, dass der Vertrag nur teilweise weiterbesteht.

Abs 7 enthält die Grundlage für die Verhängung von Geldbußen. Hinzuweisen ist darauf, dass es sich bei der Verhängung einer Geldbuße („alternative Sanktion“) 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 so die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften pönalisiert wird).

Zu bedenken ist dafür insbesondere, dass die Geldbuße gegenüber der primären Sanktion der Unwirksamkeit des Vertrages 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 des Auftraggebers oder bestimmte Erschwerungs- und Milderungsgründe einzu beziehen sind (siehe zu diesen im Folgenden), 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 Vergabekontrollsenat kann gemäß Abs 2 zweiter Satz, 5 und 6 überhaupt nur dann eine solche Sanktion verhängen, wenn der Auftraggeber beantragt, von der Nichtigerklärung des Vertrages zur Gänze oder zumindest teilweise abzusehen. Die Regelung weist somit Züge einer Wahlmöglichkeit desjenigen auf, über den die Sanktion verhängt werden soll, was ebenfalls der Annahme des Vorliegens einer Verwaltungsstrafe entgegensteht (siehe dazu auch *Köhler* in Korinek/Holoubek [Hrsg], Bundesverfassungsrecht [1999] Art 129a B-VG 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 % der Auftragssumme nicht mehr als abschreckend angesehen wurde. Im Unterschwellenbereich soll – im Sinn der oben erwähnten zulässigen verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich – die Höchstgrenze reduziert und mit 10 % der Auftragssumme gedeckelt werden.

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

Gemäß der RL 2007/66/EG dürfen Geldbußen nicht an den sanktionierten Auftraggeber selbst entrichtet werden. Aus diesem Grund wird der ERP-Fonds als Empfänger der Geldbußen fest-

gelegt (vgl zum Status des Fonds BGBl Nr 207/1962 idgF). Zur praktischen Abwicklung ist Folgendes auszuführen: Der Vergabekontrollsenat 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 Vergabekontrollsenat zu zahlen und von diesem an den ERP-Fonds weiterzuleiten. Im Fall der Nichtzahlung hat der Vergabekontrollsenat die Geldbußen gemäß § 3 VVG einzutreiben.

Gemäß Abs 8 hat der Vergabekontrollsenat für die Verhängung einer Sanktion die Schwere des Verstoßes bzw die Vorgangsweise 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 des Auftraggebers vorliegt bzw seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. Der ebenfalls bezogene § 5 VbVG 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 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 16:**

Auf Grund der erweiterten Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden wird die Bestimmung betreffend die Unwirksamklärung des Widerrufs in einem eigenen Paragraphen neu gefasst.

Voraussetzungen für die Unwirksamklärung des Widerrufs sind, dass der Antragsteller dies beantragt hat und dass im Rahmen einer Interessenabwägung der Vergabekontrollsenat zum Schluss kommt, dass das Interesse der Bieter an der Fortführung des Verfahrens das Interesse des Auftraggebers an der Beendigung des Verfahrens überwiegt.

Die Landesregierung stellt sohin den

#### **Antrag,**

der Salzburger Landtag wolle beschließen:

1. Das vorstehende Gesetz wird zum Beschluss erhoben.
2. Die Gesetzesvorlage wird dem Verfassungs- und Verwaltungsausschuss zur Beratung, Berichterstattung und Antragstellung zugewiesen.