

**Regierungsvorlage**  
Februar 2016

zu ZI.01-VD-LG-1761/1-2017

**Erläuterungen  
zum Entwurf eines Gesetzes, mit dem  
das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014  
geändert wird**

**Allgemeiner Teil**

Durch die sog. Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU (Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 vom 28. 03. 2014, S. 1) wurde unter anderem der Geltungsbereich der Rechtsmittelrichtlinien der Union auf Dienstleistungskonzessionen erstreckt.

Unter Dienstleistungskonzessionen im Sinn des Vergaberechts sind entgeltliche schriftliche Verträge zu verstehen, mit denen ein Auftraggeber ein oder mehrere Unternehmer zur Erbringung von anderen Dienstleistungen als Bauleistungen verpflichtet, wobei die Gegenleistung entweder nur im Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen („Bewirtschaftungsrecht“) oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung bestehen kann (vgl. Art. 5 Z 1 lit. b der Richtlinie). Wesentliches Merkmal der Dienstleistungskonzession ist die Einräumung eines Nutzungsrechts an der Dienstleistung und die damit einhergehende überwiegende Übernahme des diesbezüglichen wirtschaftlichen Risikos.

Beispiele für Dienstleistungskonzessionen in der Judikatur sind die Herstellung von Telefonbüchern durch ein privates Unternehmen im Auftrag der Telekom Austria unter Einräumung des Rechts zur Verwertung der Telefonbücher an die Gesellschaft als Vergütung (EuGH Rs C-324/98, Telaustria), die Vergabe des Betriebs eines gebührenpflichtigen öffentlichen Parkplatzes durch eine öffentliche Stelle an einen Dienstleistungserbringer, der als Entgelt für diese Tätigkeit die von Dritten für die Benutzung dieses Parkplatzes entrichteten Beträge erhält (EuGH Rs C-458 / 03, Parking Brixen), die Erbringung von Busverkehrsleistungen, wenn das Unternehmen einen wesentlichen Teil des Betriebsrisikos zu tragen hat (EuGH Rs C-410/04, ANAV, Rs C-348/10, Norma-A), die Entfernung und Verwahrung verkehrsbehindernd abgestellter Fahrzeuge, wenn dem Konzessionär das Recht eingeräumt wird, von jedem Halter bzw. Lenker eines abgeschleppten Fahrzeugs eine Gebühr zu vereinnahmen, die seine sämtlichen Kosten und Leistungen abgeltet soll (UVS Tirol 7. 8. 2006, 2006 / K9 / 2145-5 und 4. 11. 2009, 2009 / K4 / 3083-5; vgl. Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht, 37ff.).

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen war bislang vom Geltungsbereich des Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 ausgenommen (vgl. § 1 Abs. 2). Materiell-rechtlich, d.h. bezüglich des Vergabeverfahrens, waren nur das Primärrecht der Union (insbesondere die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot und das vom EuGH daraus abgeleitete Transparenzprinzip) sowie – nach Maßgabe des § 11 BVergG 2006 – teilweise das Bundesvergaberecht zu beachten.

Die Umsetzung der Konzessionsrichtlinie für den Gang des Vergabeverfahrens soll in einem eigenen Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen erfolgen. Dieses wird sowohl die bislang vom BVergG 2006 erfasste Vergabe von Baukonzessionen regeln als auch jene von Dienstleistungskonzessionen.

Da es noch keinen Begutachtungsentwurf zu dem angesprochenen Bundesgesetz gibt und sich das Gesetzesvorhaben auf Bundesebene verzögert, wurde von der Europäischen Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich eingeleitet. Da hinsichtlich des Bundesvergabegesetzes über die Vergabe von Konzessionen nicht absehbar ist, wann mit einer Beschlussfassung zu rechnen ist, soll mit dieser Novelle kurzfristig klargestellt werden, dass im Bereich des Landes Kärnten das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 der Nachprüfung von Dienstleistungskonzessionen durch das Landesverwaltungsgericht nicht entgegensteht.

Nach Erlassung des neuen Bundesvergabegesetzes 2017 und des Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen werden weitergehende Änderungen zu erfolgen haben. Wegen der engen Verzahnung von „materiellem“ (den Gang des Vergabeverfahrens regelnden) Recht und Rechtsschutz und dem Postulat, im Sinne der Rechtsschutzsuchenden die Vergabenaufprüfungsgesetze möglichst einheitlich zu

gestalten, wird im Vergaberechtsschutz seit jeher an bundesgesetzlich geregelte Tatbestände angeknüpft. Diese Regelungstechnik soll beibehalten werden. Deshalb wird auch in Zukunft auf das vom Bund in Aussicht gestellte Bundesvergabegesetz 2017 und das Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen rekuriert. Bezugnahmen auf im BVergG 2006 vorgefundene Tatbestände sind durch solche auf das BVergG 2017 zu ersetzen. Im Hinblick auf das Umsetzungserfordernis der Richtlinie 2014/23/EU bis längstens 18. April 2016 auch im K-VergRG 2014 ist ein erster Novellierungsschritt bereits vor dem Vorliegen von Gesetzesbeschlüssen betreffend das BVergG 2017 und das Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen vorzunehmen.

### **Unionsrechtliche Auswirkungen**

Gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG sind die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs. 2 Z 2 leg. cit. Landessache. Die Novelle dient der Umsetzung einiger unter Titel IV der Richtlinie 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“) enthaltener Änderungen der „Rechtsmittelrichtlinien“ 89/665/EWG und 92/13/EWG insoweit, als es sich nach der österreichischen Kompetenzrechtslage um „Angelegenheiten der Nachprüfung“ im Sinne von Art. 14b Abs. 3 B-VG handelt. Den Gang des Vergabeverfahrens betreffende Regelungen der geänderten Rechtsmittelrichtlinien (z.B. betreffend die Herausgabe von Zuschlagsentscheidungen, Bekanntmachungen und die Einhaltung von Stillhaltefristen) sind gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG vom Bundesgesetzgeber umzusetzen.

### **Besonderer Teil**

#### **Zu Z 1 (§ 1):**

Vgl. die Erläuterungen zum Allgemeinen Teil.

#### **Zu Z 2 und 4 (§§ 3 und 6):**

Aufgrund der Diktion des § 3 Abs. 7 Z 1 ist nicht klar, ob mit dem Ausdruck „Widerruf“ die „Widerrufserklärung“ iSd § 2 Z 46 oder die „Widerrufsentscheidung“ iSd § 2 Z 45 des BVergG 2006 gemeint ist. Im Gefolge der Entscheidung des EuGH in der Rs C-15/04 vom 2. Juni 2005 (Koppensteiner gegen BIG) hat der Bundesgesetzgeber die Unterscheidung zwischen Widerrufserklärung und Widerrufsentscheidung getroffen.

§ 2 Z 45 und 46 BVerG 2006 lauten:

„45. Widerrufsentscheidung ist die an Unternehmer abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, ein Vergabeverfahren widerrufen zu wollen.

46. Widerrufserklärung (Widerruf) ist die an Unternehmer abgegebene Erklärung des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren ohne Zuschlagserteilung bzw. ohne Ermittlung des oder der Gewinner(s) bzw. des oder der Teilnehmer(s) zu beenden.“

Die Erläuterungen zu diesen Bestimmungen führen aus:

„Auf Grund der Notwendigkeit, die Entscheidung des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, bekämpfbar und gegebenenfalls aufhebbar zu machen (siehe dazu die Neuregelung in der Z 16 und die §§ 138 ff sowie die Erläuterungen dazu), ist es erforderlich, auch die neu eingeführten Begriffe zu definieren. Dabei erfolgt nicht nur hinsichtlich des Regelungskonzepts, sondern auch hinsichtlich der Begrifflichkeiten eine Anlehnung an das für den Zuschlag bestehende Modell. Die Widerrufsentscheidung ist daher eine nicht verbindliche Absichtserklärung. Solange der Widerruf nicht erklärt ist, kann sich der Auftraggeber daher auch noch dafür entscheiden, ein Vergabeverfahren doch weiterzuführen und etwa – wenn die Angebotsfrist noch nicht abgelaufen ist – mit einer Berichtigung der Ausschreibung fortzufahren. Die Widerrufsentscheidung ist entsprechend bekannt zu geben, um eine Nachprüfbarkeit zu ermöglichen. Die Widerrufserklärung (Widerruf) ist gewissermaßen das „Pendant“ zur Zuschlagserteilung. Es ist die Erklärung, mit der das Vergabeverfahren beendet wird und die Bieter aus ihrer Bindung entlassen werden.“ (vgl. 1171 Blg. XXII GP, 20; Hervorhebung nicht im Original).

Mit der Angleichung der Diktion in §§ 3 und 6 K-VergRG an das BVergG 2006 wird klargestellt, dass die Ombudsstelle für Vergabewesen und das Landesverwaltungsgericht auch für die Überprüfung der Widerrufsentscheidung zuständig sind. Das Landesverwaltungsgericht kann bis zur

Widerrufserklärung gesondert anfechtbare Entscheidungen (auch die Widerrufsentscheidung) für nichtig erklären.

**Zu Z 3, 7 und 8 (§§ 5, 31):**

Zitatanpassungen.

**Zu Z 5 und 6 (§ 6 Abs. 2 und Abs. 2a):**

Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen werden festgelegt.

**Zu Z 9 (§ 32):**

Umsetzungshinweis, vgl. die Erläuterungen zum Allgemeinen Teil.