

Abteilung 1 Landesamtsdirektion – Verfassungsdienst
abt1.verfassung@ktn.gv.at

Datum	9. August 2018
Zahl	09-OMBUD-1/8-2018 <small>Bei Eingaben Geschäftszahl anführen!</small>
Auskünfte	Dr. Maria Krenn
Telefon	050-536-13014
Fax	050-536-19040
E-Mail	ombudsstelle.fuer.vergabewesen@ktn.g.v.at
Seite	1 von 3

Betreff:

Entwurf eines Gesetzes, mit dem ein Gesetz über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen erlassen wird (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz - K-VergRG 2018)
Begutachtungsverfahren

Bezug:
01-VD-LG-1851/2-2018

Sehr geehrte Damen und Herren!

1. Allgemeines

Für die Übermittlung des im Betreff bezeichneten Verordnungsentwurfes wird gedankt und mitgeteilt, dass aus ha. Sicht keine materiellen Einwände gegen den Entwurf bestehen.

2. Besonderes

In Anbetracht des derzeit beim Verfassungsgerichtshof geführten Normprüfungsverfahrens, dg. protokolliert zu G 205/2018-2, betreffend die Wortfolge „und Abs. 2a“ in § 6 Abs. 2 Z 2 und § 6 Abs. 2a des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014), LGBl. Nr. 95/2013, idF LGBl. Nr. 18/2017, erlaubt sich die Ombudsstelle aber folgende Anregung:

Das (jeweilige) Vergaberegime strukturiert das Vergabeverfahren und unterteilt es in verschiedene Abschnitte. Jeder Abschnitt endet mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, die vom Auftraggeber bekannt zu geben ist und - innerhalb einer bestimmten Frist - in einem Nachprüfungsverfahren vom Landesverwaltungsgericht überprüft werden kann (§ 6 Abs 2 Z 2 des Entwurfes zum K-VergRG 2018).

Eine sog. nicht gesondert anfechtbare Entscheidung kann beim Landesverwaltungsgericht „nur“ im Zuge der Prüfung der nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung überprüft werden (§ 19 Abs 1 Z 1 des Entwurfes).

Das System, lediglich gesondert anfechtbare Entscheidungen bekämpfen zu können, wird im Vorverfahren bei der Ombudsstelle insofern durchbrochen, als diesfalls die nachträgliche Prüfung von „Entscheidungen“ des Auftraggebers im Rahmen des Vergabeverfahrens bis zur Zuschlagserteilung möglich ist. Eine Einschränkung auf „gesondert anfechtbare Entscheidungen“ findet sich im Vorverfahren bei der Ombudsstelle nicht.

Dies mag für den Fall, dass sich gemäß § 3 Abs 3 des Entwurfes zum K-VergRG 2018 die vergebende Stelle an die Ombudsstelle wendet, durchaus berechtigt und sinnvoll sein, weil diesfalls noch keine Entscheidung getroffen wurde (arg.: „beabsichtigte Entscheidung“) und demnach (beispielsweise auch noch nicht feststeht, ob eine und wenn ja, ob eine gesondert oder nicht gesondert anfechtbare Entscheidung ergehen wird oder ergehen muss). Für den Fall, dass sich demnach die vergebende Stelle an die Ombudsstelle wendet, soll weiterhin die nachträgliche Prüfung einer beabsichtigten „Entscheidung“ (ohne Einschränkung) beantragt werden können.

In jenen Fällen aber, in denen sich ein Unternehmer (Abs 4) oder die jeweils in Betracht kommende Interessenvertretung (Abs 5) an die Ombudsstelle wendet, sollte ebenfalls nur (mehr) die Möglichkeit bestehen, gesondert anfechtbare Entscheidungen überprüfen zu lassen. Die jeweils nicht gesondert anfechtbare Entscheidung könnte dann – wie auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht – mit der nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung (mit)überprüft werden.

Diese Anregung führt im Ergebnis zu keinerlei Verminderung der Rechtsposition desjenigen, der sich an die Ombudsstelle wendet, weil ihm nicht die Möglichkeit der Überprüfung der Entscheidung genommen wird, sondern die Überprüfung der Entscheidung „lediglich“ an eine gesondert anfechtbare Entscheidung gekoppelt wird.

Sie führt auch zu keiner Entlastung der Ombudsstelle, weil die Empfehlung unabhängig vom Zeitpunkt der Befassung der Ombudsstelle (gleich nach Fällung der Entscheidung vs. verzögert nach Fällung der gesondert anfechtbaren Entscheidung) jedenfalls abzugeben ist.

Die Anregung trägt aber einerseits der Vereinheitlichung des Rechtsschutzes und andererseits dem Gedanken der Verwaltungsökonomie Rechnung:

Der Unternehmer muss sich nicht bei jeder Entscheidung des Auftraggebers mit der Frage befassen, ob sie rechtswidrig ist und ihm durch diese Entscheidung ein Schaden entstehen könnte oder zu entstehen droht. Damit muss er sich erst im Zuge der folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung befassen. In dem Augenblick, indem die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung getroffen wird, kann deren Auswirkung und Folge (möglicherweise) noch nicht in vollem Umfang erfasst werden und wird so möglicherweise ein Vorverfahren vom Unternehmer eingeleitet, um sicherzustellen, dass seine Rechtsposition nicht geschmälert wird.

Die vergebende Stelle hat wiederum Gewissheit über den Umstand, dass nicht „jede, noch so kleine Entscheidung“ überprüft werden kann, sondern die Überprüfung einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung erst in Verbindung mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung erfolgt.

Für alle Beteiligten (vergebende Stelle, Unternehmer, Interessenvertretung und Ombudsstelle) wäre aber ein zügiges Vergabeverfahren gewährleistet: Dies steht damit im Zusammenhang, dass die vergebende Stelle ab Zugang der Verständigung, dass ein Vorverfahren geführt wird, keine weiteren Verfahrensschritte mehr setzen darf. Die Folge könnten Verzögerungen im Verfahren sein, ein Umstand den es - insbesondere im Hinblick auf das Regierungsprogramm 2018 – 2023, Seite 38 – tunlichst zu vermeiden gilt. Dass in Einem so einem zweiten Punkt im Regierungsprogramm, Seite 40 („Auf legislativer Ebene sollen Möglichkeiten zur Verfahrensvereinfachung erkannt und ausgeschöpft werden“) Rechnung getragen wird, darf der Vollständigkeit halber angemerkt werden.

Abschließend ist anzumerken, dass vom System, „nur“ gesondert anfechtbare Entscheidungen überprüfen zu lassen, von den mit Vergaberecht befassten Stellen kaum abgewichen wird; dies hat zur Folge, dass die Zahl jener Verfahren bei der Ombudsstelle, die sich gegen nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen richten, überschaubar ist und die „Einschränkung“ demnach - im Ergebnis - keine wesentliche Auswirkung auf das Vorverfahren haben würde, dass aber die Erlassung des K-VergRG 2018 dennoch zum Anlass hierfür genommen werden sollte.

3. Zu den Erläuterungen

Die umfangreiche Wiedergabe der Erläuterungen zu den „Vorgängerbestimmungen“ ist besonders positiv zu vermerken, weil es erst so möglich ist, die Bestimmungen in ihrem historischen Kontext zu lesen und zu verstehen.

Vor den Erläuterungen zum dritten Hauptstück findet sich die Wiedergabe der Erläuterungen zur Novelle, LGBl. Nr. 79/2012, in der klargestellt wurde, unter welchen Voraussetzungen die vergebende Stelle eine Prüfung der Ombudsstelle beantragen kann (die Bestimmung findet sich nunmehr in § 3 Abs. 3 dieses Entwurfes).

Nachdem es mit der Novelle LGBl. Nr. 79/2012 überdies zum Entfall des (damaligen) § 4 Abs 6 lit. c kam, darf höflich ersucht werden, auch diese Erläuterungen (Erläuternden Bemerkungen zu Zl. 01-VD-LG-1487/18-2012, Seite 2 f.) wiederzugeben, weil durch diesen Entfall die Zuständigkeit der Ombudsstelle auf wichtige Vergabeverfahren (Direktvergabe, Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung und Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb) erweitert wurde und diese Zuständigkeit nach wie vor besteht.

Die Anregung ergeht im Hinblick darauf, dass die Erläuternden Bemerkungen, Zl. 2V-LG-652/30-2003, zum Kärntner Vergaberechtschutzgesetz – K-VergRG, LGBl. Nr. 17/2003, wiedergegeben werden, wonach (damals) keine Zuständigkeit bei Direktvergaben bestand; dies mit der Begründung, es handle sich um Bagatellaufträge. Durch die Wiedergabe der Erläuternden Bemerkungen zu Zl. 01-VD-LG-1487/18-2012, Seite 2 f., wäre auch die Genese dieser Bestimmung (leichter) nachvollziehbar.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben und verbleiben mit freundlichen Grüßen.

Für die Ombudsstelle für Vergabewesen:

Der Ombudsmann

DI Kurt Kolar

LAND  KÄRNTEN

Dieses Dokument wurde amtssigniert. Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur finden Sie unter: <https://www.ktn.gv.at/amtssignatur>. Die Echtheit des Ausdrucks dieses Dokuments kann durch schriftliche, persönliche oder telefonische Rückfrage bei der erledigenden Stelle während ihrer Amtsstunden geprüft werden.