

FALLSTRICKE IM VERGABERECHT

INNSBRUCK, 18.4.2017

DR. MARCEL SINGER UND MAG. NADIA KUZMANOV



THEMEN

- I. Subunternehmer
- II. Best- und Billigstbieterprinzip
- III. Anforderungen an Zuschlagskriterien
- IV. Verlesung im Rahmen der Angebotsöffnung
- V. Anforderungen an Vertragsänderungsklauseln
- VI. Mögliche Konsequenzen rechtswidriger Direktvergaben

I. SUBUNTERNEHMER

- § Rechtslage bis zur BVerG-Novelle 2015
- § Ab 1.1.2017 geltende Rechtslage
- § Anpassungen des BVerG an das AVRAG
- § Ausblick BVerG 2017

I. SUBUNTERNEHMER

1. RECHTSLAGE BIS ZUR BVERGG-NOVELLE 2015

- § Weitergabe von Leistungen an Subunternehmern:
 - nur soweit zulässig als der Subunternehmer für die Ausführung seines Teils die erforderliche Befugnis und Leistungsfähigkeit besitzt
 - Die berufliche Zuverlässigkeit ist nur dann zwingende Voraussetzung, wenn es sich um einen notwendigen Subunternehmer handelt

- § Verpflichtende Angabe von Subunternehmern:
 - Jedenfalls notwendige Subunternehmer
 - Nicht notwendige Subunternehmer nur dann, wenn die Angabe in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehen ist

- § Festlegungen des Auftraggebers
 - ∅ AG kann die Angabe aller Subunternehmer bereits im TNA vorsehen
 - ∅ AG kann festlegen, ob der Einsatz von Subunternehmern jedenfalls bekannt zu geben ist oder nur betreffend vorgegebene wesentliche Teile des Auftrages
 - ∅ Überprüfung der Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit nicht notwendiger Subunternehmer knüpft daher an der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Bekanntgabe

I. SUBUNTERNEHMER

2. AB 1.1.2017 GELTENDE RECHTSLAGE

- § Definition des Subunternehmers gemäß § 2 Z 33a BVergG:
 - „Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt“
 - Umfasst sind daher alle Unternehmer, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung eingebunden sind
 - Ausgenommen sind bloße Zulieferer

- § Verpflichtende Offenlegung aller Subunternehmer samt dem jeweiligen Leistungsteil:
 - Abweichende Regelung des AG, dass nur die Weitergabe festgelegter wesentlicher Auftragsteile von dieser Offenlegungsverpflichtung umfasst sein soll, ist weiterhin möglich
 - ∅ Festlegung setzt nun eine sachliche Begründung voraus

I. SUBUNTERNEHMER

2. AB 1.1.2017 GELTENDE RECHTSLAGE

- § AG-Festlegung „kritischer Aufgaben“, die vom Bieter selbst (einem ihm verbundenen Unternehmen oder einem bestimmten Mitglied der ARGE oder BIEGE) ausgeführt werden müssen:
 - ∅ bei Bau- oder Dienstleistungsaufträge oder Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag
 - ∅ keine Subaufträge betreffend dieses Leistungsteils
 - ∅ sinnvoll, wenn die Leistungsqualität durch besondere individuelle Fachkenntnisse und Fähigkeiten des Leistungserbringers bedingt ist

- § Gesetzliche Regelung des Wechsels bzw der erstmaligen Hinzuziehung eines Subunternehmers nach Zuschlagserteilung:
 - ∅ Jeder beabsichtigte Wechsel bzw jede Hinzuziehung eines Subunternehmers ist, sofern nicht im Angebot bekannt gegeben, dem AG unter Anschluss der zur Prüfung erforderlichen Nachweise dem AG mitzuteilen
 - ∅ Umfasst alle Subunternehmer unabhängig von Einschränkungen der Offenlegungspflicht im Vergabeverfahren
 - ∅ Einsatz nur nach vorheriger Zustimmung des AG
 - ∅ Diese kann nur aus sachlichen Gründen verweigert werden
 - ∅ Generelle vorherige Zustimmung ist unzulässig
 - ∅ Zustimmung des AG gilt als erteilt, sofern dieser nicht binnen 3 Wochen ablehnt
 - ∅ Aufforderung zur Vorlage weiterer Unterlagen hemmt diese Frist

I. SUBUNTERNEHMER

2. AB 1.1.2017 GELTENDE RECHTSLAGE

- § Gesetzliche Verpflichtung des AGs zur Prüfung sowohl hinsichtlich des im Vergabeverfahren genannten Subunternehmers als auch hinsichtlich eines nachträglich namhaft gemachten Subunternehmers:
 - ∅ Prüfungsmaßstab ist weiter als die Eignungsprüfung anzusetzen
 - ∅ Sachliche Ablehnungsgründe:
 - ∅ Schwere berufliche Verfehlung
 - ∅ Scheinunternehmerschaft
 - ∅ Mangelnde Eignung
 - ∅ Im Leistungsvertrag festgelegte Rücktrittsgründe

I. SUBUNTERNEHMER

3. ANPASSUNGEN DES BVERGG AN DAS AVRAG

- § Verwaltungsstrafevidenz des LSDB-Kompetenzzentrums bei der WGKK:
 - Rechtskräftig abgeschlossene Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen
 - Untersagung der Dienstleistung möglich

- § AG ist zur Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz verpflichtet:
 - ∅ Umfasst nicht nur Bieter, sondern auch namhaft gemachte Subunternehmer
 - ∅ Einschlägige Verwaltungsstrafen können je nach Ausmaß der Unterentlohnung bzw Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer eine schwere berufliche Verfehlung darstellen
 - ∅ Die bereits früher mögliche Untersagung der Dienstleistung hat nach dem novellierten § 7k AVRAG nun zur Konsequenz, dass das Unternehmen für diesen Zeitraum die Befugnis zur Ausübung der Dienstleistung verliert
 - ∅ Für die Dauer der Untersagung ist die Teilnahme am Vergabeverfahren nicht möglich
 - ∅ Verlust der Befugnis während laufendem Vergabeverfahren führt zum zwingenden Ausscheiden des Angebots wegen Verlust der Eignung

I. SUBUNTERNEHMER

4. AUSBLICK BVERGG 2017

- § § 98 Abs 4 Z 2 BVerGG 2017: Der AG kann den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und angemessen ist
- § § 98 Abs 5 BVerGG 2017: AG kann festlegen, sofern notwendige Subunternehmer herangezogen werden, dass alle Unternehmer im Auftragsfall die solidarische Leistungserbringung schulden
- § Wegfall der Zustimmungsfiktion bei Subunternehmerwechsel
 - ∅ eine Ablehnungsfrist für den AG ist nicht mehr vorgesehen

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

- § Rechtslage bis zur BVergG-Novelle 2015
- § Aktuelle Rechtslage
- § Voraussichtliche Änderungen mit dem BVergG 2017

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

1. RECHTSLAGE BIS ZUR BVERGG-NOVELLE 2015

§ USB: Freie Wahl

§ OSB: Grundsätzlich Bestbieterprinzip

- ∅ Billigstbieterprinzip war nur zulässig, wenn Qualitätsstandard so klar und eindeutig definiert, dass Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet war

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

2. AKTUELLE RECHTSLAGE

- § Einheitliche Regelung für OSB und USB
- § Generalklausel in § 79 Abs 3 BVergG: Billigstbieterprinzip nur zulässig, wenn der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist
- § Darüber hinaus nennt § 79 Abs 3 BVergG 2006 Fälle, in denen das Bestbieterprinzip zwingend ist:
 - Geistige Dienstleistungen (Z 1)
 - Wenn Alternativangebote für zulässig erklärt wurden (Z 2)
 - Bei funktionaler Leistungsbeschreibung (Z 3)
 - Bei Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Leistungen, die eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen (Z 4)

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

2. AKTUELLE RECHTSLAGE

- Wenn in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebot zu erwarten sind (Z 5)
- Vertragliche Spezifikationen können nicht so genau festgelegt werden, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werden kann (Z 6)
- Es sollen bei der Angebotsbewertung zukünftige laufende oder anfallende kostenwirksame Faktoren berücksichtigt werden (Z 7)
- Bauauftrag, dessen geschätzter Auftragswert mindestens 1 Mio Euro beträgt (Z 8)
- Beschaffung bestimmter Lebensmittel (Fleisch, genießbare Schlachtnebenerzeugnisse, Kuhmilch, Butter, Eier, Gemüse, Obst; Z 9)

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

3. VORAUSSICHTLICHE ÄNDERUNGEN MIT DEM BVERGG 2017

- § § 91 Abs 5 BVerGG 2017: Bestbieterprinzip in folgenden Fällen zwingend:
- Bei Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen (Z 1)
 - Wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt (Z 2)
 - Bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1.000.000 Euro beträgt (Z 3)
 - Bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen (Z 4)
 - Wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges handelt (Z 5)
- § Bisherige Generalklausel bleibt (§ 91 Abs 4 BVerGG 2017)

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

3. VORAUSSICHTLICHE ÄNDERUNGEN MIT DEM BVERGG 2017

- § Neue Kategorie von Leistungen (§ 91 Abs 6 BVerGG 2017): Hier kann der Auftraggeber wählen, wie er qualitätsbezogene Aspekte berücksichtigt:
- Bei der Beschreibung der Leistung oder
 - bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder
 - bei der Festlegung der Eignungskriterien oder
 - bei der Festlegung der Zuschlagskriterien oder
 - bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

3. VORAUSSICHTLICHE ÄNDERUNGEN MIT DEM BVERGG 2017

- § Es handelt sich dabei um folgende Leistungskategorien:
 - Unmittelbar personenbezogene besondere Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI (Z 1)
 - Verkehrsdienste im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999, wobei hier jedenfalls soziale Aspekte zu berücksichtigen sind (Z 2)
 - Beschaffung von Lebensmitteln (Z 3)
- § Im Sektorenbereich ist diese Liste länger, dafür entfällt ein verpflichtendes Bestbieterprinzip für bestimmte Leistungen (§ 262 Abs 5 BVergG 2017)
 - ∅ Generalklausel bleibt aber

II. BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

3. VORAUSSICHTLICHE ÄNDERUNGEN MIT DEM BVERGG 2017

- § Das Bestbieterprinzip wird außerdem neu definiert: Ermittlung des technischen oder wirtschaftlichen Angebots durch Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses anhand
 - Festlegung von Zuschlagskriterien (wie bisher) oder
 - Festlegung eines Kostenmodells
- § Als Kostenmodell kann eine Lebenszykluskostenrechnung herangezogen werden
 - ∅ Details in § 92 BVerGG 2017 und Anhang XII

III. ANFORDERUNGEN AN ZUSCHLAGSKRITERIEN

- § Angebots- und Auftragsbezogenheit
- § Sachlichkeitsgebot
- § Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung
- § Einhaltung der Grundsätze des Vergaberechts

III. ANFORDERUNGEN AN ZUSCHLAGSKRITERIEN

1. ANGEBOTS- UND AUFTRAGSBEZOGENHEIT

- § Eignungs- und Auswahlkriterien: unternehmensbezogen
 - ∅ Es wird auf Qualifikationen des Unternehmens abgestellt
- § Zuschlagskriterien: angebots-/auftragsbezogen
 - ∅ Müssen zur Auswahl des besten Angebots geeignet sein
 - ∅ Dürfen sich nicht auf Qualifikation des Unternehmens beziehen, sondern auf die zu erbringenden Leistungen
 - ∅ Ausnahmen möglich, wenn das Personal von erheblichem Einfluss auf die Auftragsausführung ist: Abstellen z.B. auf Qualifikation des Schlüsselpersonals

III. ANFORDERUNGEN AN ZUSCHLAGSKRITERIEN

2. SACHLICHKEITSGEBOT

- § Auf konkreten Auftrag bezogen
- § Angemessenes Verhältnis zum Auftragsgegenstand
- § Vgl. Gesetzeswortlaut: „*Technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot*“
 - ∅ Technische und wirtschaftliche Kriterien haben idR im Vordergrund zu stehen
 - ∅ Ausnahmen je nach Auftragsgegenstand (z.B. bei geistigen Dienstleistungen)
- § Neben technischen und wirtschaftlichen Kriterien können aber auch soziale (sozialpolitische) oder ökologische Aspekte berücksichtigt werden
 - ∅ z.B. Verwendung von Produkten aus fairem Handel, Einsatz von Dienstnehmern mit Behinderung

III. ANFORDERUNGEN AN ZUSCHLAGSKRITERIEN

3. NACHVOLLZIEHBARKEIT DER BESTBIETERERMITTLUNG

- § Keine willkürlichen Auswahlelemente
 - ∅ Spielraum des Auftraggebers bei Bestbieterermittlung ist begrenzt!
- § Bei Einsatz einer Bewertungskommission (z.B. bei der Vergabe von Architektenleistungen):
 - Festlegung, welche Kriterien die Kommission bewertet,
 - wie diese Kriterien gewichtet sind und
 - wie die Bewertungskommission entscheidet
 - ∅ Qualifikation der Bewertungskommission muss gegeben sein
 - ∅ Dokumentation und Begründung der Bewertung der einzelnen Kriterien

III. ANFORDERUNGEN AN ZUSCHLAGSKRITERIEN

4. EINHALTUNG DER GRUNDSÄTZE DES VERGABEVERFAHRENS

- § Keine auf bestimmte Unternehmen „maßgeschneiderten“ Zuschlagskriterien
- § Unionsrechtliches Diskriminierungsverbot: Bieter aus anderen EU-Staaten dürfen nicht de facto ausgeschlossen werden
- § Keine gebietsmäßige Einschränkung des Bieterkreises

IV. VERLESUNG IM RAHMEN DER ANGEBOTÖFFNUNG

- § Relevante Bestimmungen
- § Welche Bieterangaben sind zu verlesen
- § Festlegungen des Auftraggebers
- § Folgen mangelhafter Verlesung
- § Ausblick BVergG 2017

IV. VERLESUNG IM RAHMEN DER ANGEBOOTSÖFFNUNG

1. RELEVANTE BESTIMMUNGEN

- § Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltung und Transparenz:
 - Vertraulichkeit der Bieterangaben und Geheimhaltungsverpflichtung des AG gemäß § 23 BVergG
 - Abweichende Ausnahmebestimmung des § 118 Abs 5 BVergG für das offene und nicht offene Verfahren

- § Wird zu viel verlesen
 - ∅ Verletzung von Geheimhaltungsinteressen des jeweiligen Bieters möglich

- § Wird zu wenig verlesen
 - ∅ Transparenz des Vergabeverfahrens ist nicht mehr gewährleistet

IV. VERLESUNG IM RAHMEN DER ANGEBOTSÖFFNUNG

2. WELCHE BIETERANGABEN SIND ZU VERLESEN

§ Nach § 118 Abs 5 BVergG

- Name und Geschäftssitz des Bieters
- Gesamtpreis oder Angebotspreis mit Angabe der Nachlässe und Aufschläge sowie allfälliger Teilgesamtpreise, Teilangebotspreise oder Variantenangebotspreise
- Wesentliche Erklärungen des Bieters
- Sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien relevante Angaben, sofern
 - ∅ sie in **Zahlen** ausgedrückt werden und
 - ∅ deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und **in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen** ist
- ∅ Der Auftraggeber kann daher Festlegungen über die zu verlesenden Bieterangaben im Hinblick auf Qualitätskriterien treffen

IV. VERLESUNG IM RAHMEN DER ANGEBOTSÖFFNUNG

3. FESTLEGUNGEN DES AUFTRAGGEBERS

- § Bei der Festlegung, ob und gegebenenfalls welche Bieterangaben hinsichtlich qualitativen Zuschlagskriterien zu verlesen sind, hat der AG auf folgende Punkte Bedacht zu nehmen:
- klare und konkrete Regelung, die sich auf
 - zahlenmäßige Angaben der Bieter bezieht und
 - voraussichtliche Geheimhaltungsinteressen der Bieter berücksichtigt und
 - deren Verlesung bei der Angebotsöffnung nicht unmöglich oder unzumutbar ist

IV. VERLESUNG IM RAHMEN DER ANGEBOTSÖFFNUNG

4. FOLGEN DER MANGELHAFTEN VERLESUNG

- § für die ordnungsgemäße Durchführung der Angebotsöffnung ist ausschließlich der AG verantwortlich
 - ∅ keine Rügepflicht des Bieters
 - ∅ Legitimation zum NPA bleibt unberührt
- § Wenn die Verlesung wesentlicher Teile eines Angebotes unterlassen wird:
 - ∅ Nach der Jud des VwGH stellen Fehler bei der Angebotsöffnung nicht behebbare Mängel dar, weil die Angebotsöffnung nicht wiederholbar ist und dabei gemachte **Fehler nicht sanierungsfähig** sind
 - ∅ Auf nicht verlesene Preise darf kein Zuschlag erteilt werden
 - ∅ Die fehlerhafte Angebotsöffnung ist von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens
 - zwingende Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung
 - keinem Bieter kann der Zuschlag erteilt werden
 - dem AG verbleibt nur die Möglichkeit zum Widerruf des Verfahrens

IV. VERLESUNG IM RAHMEN DER ANGEBOOTSÖFFNUNG

4. AUSBLICK AUF BVERGG 2017

- § Wegfall der Verpflichtung des AG zur Durchführung einer formalisierten öffentlichen Angebotsöffnung
- § „Der AG kann eine Öffnung der Angebote unter Beteiligung der Bieter vornehmen“
 - ∅ in diesem Fall sind die gleichen Informationen zu verlesen, wie bisher
- § Neu: jedem Bieter ist das Protokoll über die Angebotsöffnung zu übermitteln bzw bereitzustellen
 - ∅ Unabhängig davon, ob die Beteiligung der Bieter vorgesehen war

V. ANFORDERUNGEN AN VERTRAGSÄNDERUNGSKLAUSELN

- § Bisherige Rechtslage
- § BVergG 2017
- § Aktuelle Judikatur des EuGH
 - ∅ Urteil 7.9.2016 in der Rs C-549/14 Finn Frogne A/S gegen Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation
- § Empfehlungen

V. ANFORDERUNGEN AN VERTRAGSÄNDERUNGSKLAUSELN

1. BISHERIGE RECHTSLAGE

- § „wesentliche Vertragsänderung“ Konkretisierung durch den EuGH
 - ∅ grundsätzlich unzulässig
 - ∅ etwas anderes kann nur gelten, wenn diese Änderung in den Bestimmungen des ursprünglichen Auftrags eingeplant war
- § keine ausdrückliche Zulässigkeitsgrenzen von Vertragsänderungsbestimmungen
- § gesetzliche Transparenzpflicht nur hinsichtlich Optionen und Vertragsverlängerungen
 - ∅ Anzahl möglicher Vertragsverlängerungen
 - ∅ sowie Optionensind in der Bekanntmachung anzugeben

V. ANFORDERUNGEN AN VERTRAGSÄNDERUNGSKLAUSELN

2. BVERGG 2017

- § Entsprechend der neuen Vergaberichtlinien wurde die EuGH-Judikatur in den gesetzlichen Bestimmungen übernommen
 - ∅ Festlegung unwesentlicher Vertragsänderungen in § 366 Abs 3 BVerGG 2017

- § Vorbehaltene Änderungsbefugnis gemäß § 366 Abs 3 Z 2 BVerGG 2017
 - ∅ Unwesentlich sind „*Änderungen, die (...) in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind. Diese Klauseln müssen Angaben zum Umfang und Art der möglichen Änderungen (...) sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können, und dürfen keine Änderungen (...) vorsehen, die den Gesamtcharakter des Vertrages (...) verändern können*“

V. ANFORDERUNGEN AN VERTRAGSÄNDERUNGSKLAUSELN

3. AKTUELLE JUDIKATUR DES EUGH

- § EuGH 7.9.2014, Rechtssache C-549/14 „Finn Frogne“
 - SV: Vergleichsverhandlung, die Zugeständnisse beider Seiten beinhaltet
 - Konkretisiert die unionsrechtliche Zulässigkeit wesentlicher Vertragsänderungen
- § Voraussetzungen der Freihandvergabe von wesentlichen Vertragsänderungen
 - ∅ Ausdrücklicher Vorbehalt der Änderung bestimmter Bedingungen in den Ausschreibungsbestimmungen
 - ∅ Festlegung von Modalitäten zum Gebrauch der ausdrücklich vorbehaltenen Änderungsbefugnis
 - ∅ Der Grundsätze der Gleichbehandlung und die Transparenzpflicht erfordern es, dass **alle** an dem Auftrag **interessierten Wirtschaftsteilnehmer von Anfang an Kenntnis von der Vertragsänderungsklausel** haben und somit bei der Abfassung ihres Angebots gleichgestellt sind

V. ANFORDERUNGEN AN VERTRAGSÄNDERUNGSKLAUSELN

3. AKTUELLE JUDIKATUR DES EUGH

§ Neu

- ∅ Auch die Verringerung des Auftragsumfanges stellt eine wesentliche Vertragsänderung dar, weil der Auftrag auch für kleinere Wirtschaftsteilnehmer interessant werden kann bzw sich dadurch auch die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ändern können
- ∅ Konkretisierung unter welchen Voraussetzungen die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz a priori gewährleistet werden

§ Anforderungen des EuGH wurden bereits in der Judikatur des VwGH berücksichtigt (siehe VwGH von 15.3.2017, 2016/04/0064)

V. ANFORDERUNGEN AN VERTRAGSÄNDERUNGSKLAUSELN

4. EMPFEHLUNGEN

- § wenn der Auftragsgegenstand vorhersehen lässt, dass Schwierigkeiten bei der Durchführung auftreten können bzw mit Unsicherheiten behaftet ist
 - ∅ Berücksichtigung bei der Wahl des Vergabeverfahrens
 - ∅ umsichtige Bestimmung des Auftragsgegenstandes
- § Im Vergabeverfahren
 - ∅ Offenlegung von Vertragsänderungsklauseln am Beginn des Verfahrens
 - ∅ Festlegung konkreter Vertragsbedingungen, die angepasst werden können – Bestimmtheitsgebot! (zB Unterbeauftragung, Anpassung einer Wertsicherungsklausel)
 - ∅ Regelungen über die Modalitäten der Vertragsänderung
 - ∅ die Änderung welcher Rahmenbedingungen führt zur Ausübung der Vertragsänderungsbefugnis
 - ∅ zB Schriftlichkeitsgebot
 - ∅ mögliche Verringerung des Auftragsvolumens berücksichtigen

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

- § Risiken einer unzulässigen Vergabe ohne vorherige Ausschreibung:
 - Nichtigerklärung des Vertrags oder
 - Geldbuße
 - sowie Schadenersatzansprüche

- § Voraussetzung: Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass Vergabe rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde
 - ∅ Feststellungsantrag eines Mitbewerbers

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

1. NICHTIGERKLÄRUNG DES VERTRAGS

- § Primäre Rechtsfolge der Feststellung einer rechtswidrigen Direktvergabe: Nichtigkeitserklärung des Vertrags durch das Verwaltungsgericht.
 - Im OSB grundsätzlich immer
 - Im USB nur bei offenkundiger Unzulässigkeit (der Direktvergabe)

- ∅ In bestimmten Fällen kann von der Nichtigkeitserklärung jedoch abgesehen werden.

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

2. ABSEHEN VON DER NICHTIGERKLÄRUNG DES VERTRAGS

§ Im OSB, 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.)

§ Im USB, wenn:

- der Auftraggeber dies beantragt hat und
- das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses – auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen – überwiegt.

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

3. GELDBUSSE

- § Bei Absehen von der Nichtigkeitserklärung des Vertrags ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen.
 - ∅ Diese muss wirksam, angemessen und abschreckend sein.
 - ∅ Grenzen:
 - OSB: Bis zu 20% des Auftragswerts
 - USB: Bis zu 10% des Auftragswerts

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

4. SCHADENERSATZ

§ Mit Feststellungsbescheid des Verwaltungsgerichts können vor dem Zivilgericht auch Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden

∅ jedoch schwierig:

- Mitbewerber hat keine Kosten für Angebotslegung gehabt
- Kann idR wohl nicht beweisen, dass er Bestbieter gewesen wäre

∅ kann kein Schaden geltend gemacht werden, steht kein Schadenersatzanspruch zu

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

5. FRISTEN

- § Frist für Feststellungsantrag: 6 Monate (absolute Frist) nach § 332 Abs 3 BVergG 2006
 - ∅ Jedoch: Von EuGH im Hinblick auf Voraussetzung für Schadenersatzansprüche entschieden, dass die Frist nicht unionsrechtskonform ist
 - ∅ (In Österreich sonst Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche: 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger)
- § VwGH im Anschluss: 6-Monats-Frist des § 332 Abs 3 BVergG 2006 hat wegen unmittelbar anwendbarem Unionsrecht unangewendet zu bleiben.
 - ∅ Allerdings nicht ausgesprochen, in welcher Frist nun ein Feststellungsantrag zulässig ist

VI. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

5. FRISTEN

§ Entwurf zum BVergG 2017:

- 6-Monats-Frist für Feststellungsantrag nun subjektive Frist (d.h. ab Kenntnis/Kenntniserlangenkönnen von Zuschlag)
- Absolute Frist nur für die Sanktion der Nichtigerklärung des Vertrages: Feststellungsantrag 6 Monate ab Zuschlagserteilung einzubringen
- Die Verhängung einer Geldbuße ist nach dem Wortlaut des Entwurfs (§ 356 Abs 8) wohl auch nur bei einem innerhalb der 6-Monats-Frist eingebrachten Antrag möglich.
- Dh es bleibt nur im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen die Möglichkeit, einen Feststellungsantrag noch nach 6 Monaten ab Zuschlagserteilung einzubringen.

I. MÖGLICHE KONSEQUENZEN RECHTSWIDRIGER DIREKTVERGABEN

6. ZUSAMMENFASSUNG

- § Nach Ablauf von 6 Monaten ab Zuschlagserteilung sind – wenn kein Feststellungsantrag eingebracht wurde – in den meisten Fällen keine Sanktionen mehr zu befürchten
 - ∅ Nichtigerklärung nur bei Feststellungsantrag innerhalb von 6 Monaten ab Zuschlag
 - ∅ Geldbuße nur bei *Absehen* von Nichtigerklärung (also bei Feststellungsantrag innerhalb von 6 Monaten ab Zuschlag)
 - ∅ Für Schadenersatzansprüche idR wohl kein Schaden nachweisbar

FRAGEN?



Dr. Marcel Singer
Rechtsanwalt



Mag. Nadia Kuzmanov
Rechtsanwaltsanwarterin