

Tagung des österreichischen Städtebundes am 20.6.2005

Konsequenzen der neuen Rechtsprechung auf noch laufende bzw. abgeschlossene In-house- Vergabeverfahren

Rechtsanwalt Dr. Oliver Sturm
Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft

Problematik

EuGH 11.1.2005, C-26/03 *Stadt Halle* -Zulässigkeit der In-house-Vergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmungen wurde ausdrücklich verneint:

- ▶ kein vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand
- ▶ in der Praxis In-house-Vergabe als bisher (vermeintlich) zulässiger „Fluchthelfer“ aus dem Vergaberecht

Frage: Welche rechtlichen Konsequenzen für bereits abgeschlossene bzw. kurz vor dem Abschluss stehende In-house-Vergaben?

Vergaberechtliche Beurteilung

- ▶ Nichtanwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes § 6 Abs. 1 Z 6 BVergG („nachträglicher Wegfall“)
- ▶ unzulässige Direktvergabe ohne förmliches Vergabeverfahren im OSW-Bereich

Rechtsschutzkonzept des BVergG

Unterschiede vor bzw. nach Vertragsabschluss:

- ▶ **vor Vertragsabschluss** – Nachprüfungsverfahren gegen gesondert anfechtbare Entscheidung „Wahl der Direktvergabe“ iVm. Antrag auf eV möglich
- ▶ **nach Vertragsschluss** lediglich Feststellung, ob die Wahl der Direktvergabe zu Recht erfolgte

Praktische Undurchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen I

- ▶ **Problem § 184 Abs. 2 BVergG** – Feststellungsbescheid nach **§ 162 Abs. 3 und 5 BVergG**
Prozessvoraussetzung
- ▶ **§ 162 Abs. 4 BVergG** Feststellungsbescheid nicht erwähnt

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

5

Praktische Undurchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen II

- ▶ Erfüllungsinteresse – Bestbiaternachweis de facto unmöglich
- ▶ **vergabespezifischer Schadenersatzanspruch § 181 Abs. 1 BVergG** – mangels Angebots-erstellungs- und Teilnahmekosten kein Schaden

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

6

Nichtigkeit aufgrund § 100 BVergG?

§ 100 BVergG – Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an sämtliche Bieter bei sonstiger Nichtigkeit des Vertrages

Probleme:

- ▶ bei freihändiger Vergabe gibt es keine Bieter
- ▶ § 100 BVergG auf gewählte Verfahrensart Direktvergabe nicht anwendbar (§ 17 Abs. 3 BVergG)

Nichtigkeit aufgrund analoger Anwendung § 100 Abs. 1 BVergG?

In Literatur teilweise vertreten, **problematisch** jedoch:

- ▶ keine planwidrige Lücke gemäß Materialien
- ▶ Feststellungskompetenz des § 162 Abs. 4 BVergG setzt Wirksamkeit einer unzulässigen Direktvergabe voraus
- ▶ § 100 Abs. 1 BVergG bei Direktvergabe gemäß § 17 Abs. 3 BVergG nicht anwendbar

Aktuelle Rechtsprechung in Deutschland

BGH v. 1.2.2005, X ZB 27/01: Nichtigkeit aufgrund analoger Anwendung der Bekanntgabepflicht (§ 13 VgV)

„wenn die Beschaffung einer Dienstleistung immerhin zur Beteiligung mehrerer Unternehmen zu verschiedenen Angeboten und schließlich zu einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt hat“

OLG Düsseldorf v. 25.1.2005, Verg 93/04:

Keine Nichtigkeit aufgrund analoger Anwendung § 13 VgV mangels Angebot bzw. Bewerbung (mangels Bieter)

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

9

Nichtigkeit aufgrund unmittelbarer Wirkung der Vergaberichtlinien?

- ▶ **Artikel 2 Abs. 6 RMRL 89/665/EWR** Ermächtigung, Rechtsschutz nach Vertragsabschluss auf Schadenersatz zu beschränken
- ▶ Bestätigung durch EuGH - **Ökopunkte**
- ▶ indirekte Bestätigung durch EuGH *Stadt Halle* lediglich die Überprüfbarkeit der vorausgegangenen Entscheidung gefordert

Schlussfolgerung: Die Nichtigkeit bereits abgeschlossener Verträge ist gemeinschaftsrechtlich nicht gefordert!

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

10

Nichtigkeit aufgrund § 879 Abs. 1 ABGB

§ 879 Abs. 1 ABGB: Unterscheide Nichtigkeit wegen
Gesetzesverstoß bzw. **Sittenwidrigkeit**

Sittenwidrigkeit mE lediglich dann, wenn
Vergaberecht bewusst durch beide Vertragsparteien
(„*kollusives Zusammenwirken*“) missachtet wird

Nichtigkeit wg. Gesetzeswidrigkeit - Prüfung § 879 Abs. 1 1. Hs ABGB

- ▶ Beurteilung der Nichtigkeit nach Schutzzweck der
übertretenen Norm
- ▶ Einzelfallbetrachtung; Grundsatz *pacta sunt servanda*
(vgl. § 162 Abs. 4 BVergG) Vertrauensschutz AN ist
Grenze allfälligen Verbotszwecks Nichtigkeit
- ▶ Insoweit subjektive Komponente maßgeblich –
Vertragspartner trotz Übertretung schützenswert ?

Konkrete Prüfung entsprechend § 879 Abs. 1 1. Halbsatz ABGB

- ▶ Übertretene Verbotsnorm - § 27 Abs. 1 BVergG
- ▶ Zweck: Verhinderung unzulässiger Direktvergabe – Vergabewettbewerb – Schutz nicht berücksichtigter Marktteilnehmer – effiziente Verwendung öffentlicher Mittel
- ▶ Grenze: Schutz des redlichen Auftragnehmers – Grundsatz *pacta sunt servanda*

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

13

Nichtigkeit aufgrund § 879 Abs. 1 1. Hs ABGB-Schlussfolgerung

- ▶ **Wesentliches Kriterium:** Redlichkeit Vertragsparteien, insbesondere AN
- ▶ **Vertrag wirksam**, wenn AN EuGH-Rechtsprechung nicht kennen musste
- ▶ **Redlichkeit AG:** Nach BGH kann nicht vorwerfbare Unkenntnis, dass die beabsichtigte Beschaffung einen öffentlichen Auftrag darstellt, Nichtigkeit ausschließen
- ▶ **OGH, 14.3.2005, 4 Ob 262/04 i zu § 1 UWG:** Rechtsauffassung, freihändig vergeben zu dürfen, AG nicht vorwerfbar, wenn Bedeutungsgehalt einer Norm, deren Auslegung einer Vorabentscheidung durch den EuGH bedarf, nicht klar ist

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

14

Rechtsfolgen für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

- ▶ Vertragsschluss vor EuGH – Stadt Halle: keine Nichtigkeit, da Rechtsverstoß nicht vorwerfbar
- ▶ Kommission verlangt allerdings die Auflösung solcher Verträge, weil die EG-Rechtswidrigkeit fortbesteht
- ▶ Vertragsschluss nach EuGH – Stadt Halle: Nichtigkeit, da beidseitig zumindest fahrlässige Unkenntnis EuGH-Rechtsprechung (beachte Beherrschungsverhältnis!)
- ▶ Zukünftige Verträge: Nichtigkeit umso mehr geboten, demnach auch zukünftige In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen im Regelfall nichtig

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

15

Konsequenzen für kurz vor dem Abschluss stehende In-house-Vergaben

- ▶ **Abbruch der Vertragsverhandlungen** aufgrund des EuGH-Urteils „*Stadt Halle*“ bzw. wegen Verstoß gegen das BVergG (kein Vergabeverfahren)
- ▶ **mE keine Schadenersatzansprüche**, da Abbruch von Vertragsverhandlungen grundsätzlich nicht schadenersatzpflichtig macht

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

16



Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

20.6.2005

Dr. Oliver Sturm

17