

## 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