

# Speed vs. Transparenz

**Vergaberecht.** Unsere Rechtsexperten erklären, was Sie zum nach wie vor aktuellen Thema Notvergabe in der Pandemie wissen sollten. Von Manfred Essletzbichler und Wolfgang Lauchner.

Die aktuelle Pandemie hat die sogenannten „Notvergaben“ wieder mehr in den Fokus gerückt. Damit die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Auftragswesens auch in der Corona-Krise erhalten bleibt, haben sowohl die maßgeblichen Stellen der EU als auch die zuständigen Behörden in Österreich die öffentlichen Auftraggeber auf die vergaberechtlichen Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung hingewiesen<sup>1</sup>. Die Kehrseite der Medaille ist, dass vergaberechtliche Ausnahmeverfahren häufig zu verminderter Transparenz sowie zu eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten für die Unternehmer führen. Daher ist die Anwendung dieser Ausnahmeverfahren nur in – auch zeitlich – engen Grenzen zulässig.

## Das System der Ausnahmeverfahren

Das Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG) enthält keinen „COVID-19“-Tatbestand, auf den die corona-bedingten Beschaffungen gestützt werden könnten. Vielmehr sind im Gesetz – corona-unabhängig – verschiedene Ausnahmeverfahren geregelt, die eine Vereinfachung und Beschleunigung von Vergabeverfahren und dadurch auch eine Deckung besonders dringender Bedürfnisse ermöglichen. Grundsätzlich verpflichtet das BVerG den Auftraggeber etwa – selbst bei nicht offenen Verfahren – zur Einholung von mindestens drei Angeboten. Jedoch erlauben diese (Ausnahme-)Verfahren unter Umständen auch, von dieser Regel abzuweichen, wenn Leistungen nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden können oder wenn besondere „Dringlichkeit“ im Sinne des Gesetzes vorliegt. Derartige Ausnahmeverfahren laufen daher faktisch oft auf eine „Direktvergabe“ (jedoch ohne die damit üblicherweise verbundene betragsliche Begrenzung) hinaus.

## Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Besonders häufig findet in der Praxis das sogenannte Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung Anwendung (§§ 35 – 37 BVerG). In dessen Rahmen können Aufträge – in einer de facto Direktvergabe – insbesondere dann vergeben werden, wenn „äußerst dringliche, zwingende Gründe“, die „der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte“ gegeben sind, die die Durchführung eines regulären Verfahrens nicht zulassen.

Ein für den Auftraggeber nicht voraussehbares Ereignis in diesem Sinne liegt in der Regel im Fall von höherer Gewalt vor. Ein entsprechendes Ereignis (z. B. eine Naturkatastrophe oder eben unter Umständen auch eine Pandemie) muss geeignet sein, den „Rahmen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens zu sprengen“, sodass gewisse Schutz- und Hilfeleistungen erforderlich werden.<sup>2</sup> Wenn durch dieses Ereignis wichtige Rechtsgüter wie Leib und Leben gefährdet werden oder in Katastrophenfällen weitere Schäden beseitigt werden müssen, liegen in der Regel die vom Gesetz geforderten äußerst dringlichen, zwingenden Gründe vor. Diese Gründe müssen stets objektiv nachprüfbar sein. Zudem muss ein Kausalzusammenhang zwischen diesem Ereignis und den äußerst dringlichen, zwingenden Gründen gegeben sein.

Von einer derartigen „Dringlichkeit“ war am Beginn der Pandemie im vergangenen Frühjahr sicherlich in aller Regel auszugehen. Mit jedem Monat der Pandemie, die – leider – zunehmend zu einer gewissen „Normalität“ wird, wird es jedoch schwieriger, Beschaffungen auf Basis dieser (Ausnahme-)Bestimmung zu rechtfertigen. Die (grundsätzliche) Notwendigkeit der Bewältigung der Pandemie und



ihrer Folgen ist schlicht nicht mehr „unvorhersehbar“. Auch das Justizministerium betont in seinem entsprechenden Rundschreiben, dass „Notvergaben“ eben nur der notwendigen „Überbrückung“ dienen dürfen und daher grundsätzlich auch



Mag. **Manfred Essletzbichler** ist Partner bei WOLF THEISS sowie Leiter des Bereichs Vergaberecht und gilt seit Jahren als einer der führenden Juristen in diesem Rechtsbereich.



Mag. **Wolfgang Lauchner** ist Rechtsanwalt und Counsel bei WOLF THEISS im Bereich Vergaberecht. Er berät regelmäßig sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber in allen vergaberechtlichen

Fragen, insbesondere bei der Ausschreibung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen für Infrastrukturvorhaben sowie im Bereich IT-Vergaben.



nur jene Beschaffungen rechtfertigen (können), die aufgrund der Notlage dringend erforderlich sind und nicht vorhersehbar waren.

Auch die Judikatur des EuGHs setzt Ausnahmeverfahren stets enge Grenzen. Nach der daraus ableitbaren Grundregel darf etwa generell nicht auf ein Ausnahmeverfahren zurückgegriffen werden, wenn die Anwendung eines Regelverfahrens möglich ist, etwa weil kein unmittelbarer (dringender) Beschaffungsbedarf besteht.

### Direktvergabe

Das BVergG ermöglicht – ebenfalls coronunabhängig – Auftraggebern, kleinere Aufträge (in der Regel bis zu einem Volumen von EUR 100.000) im Wege einer „echten“ Direktvergabe an ein ausgewähltes Unternehmen zu vergeben (§§ 46, 47 BVergG). Die Besonderheit dieser Verfahrensart liegt darin, dass der öffentliche Auftraggeber nicht zur Durchführung eines Wettbewerbs verpflichtet ist und dass generell nur rudimentäre Vorgaben auf diese Verfahrensart Anwendung finden.

Trotz dieser relativen Formfreiheit darf der Auftraggeber die Aufträge nicht willkürlich vergeben. Er bleibt insbesondere

an die Grundsätze des Vergaberechts gebunden (etwa den Grundsatz der Gleichbehandlung).

Der Auftraggeber kann im Rahmen einer Direktvergabe aber durchaus auch nur einen Unternehmer – auf Basis objektiver, nichtdiskriminierender und auftragsbezogener Kriterien – vorab auswählen und (nur) ihn zur Angebotslegung auffordern. Er kann das Verfahren einstufig oder zweistufig führen oder sogar mit Unternehmen verhandeln. Jedenfalls dürfen auch im Rahmen einer Direktvergabe Aufträge nur an geeignete, d. h. befugte, leistungsfähige und zuverlässige, Unternehmen vergeben werden.

Im Rahmen einer Direktvergabe ist der Auftraggeber – sofern er mehrere Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen hat – keineswegs verpflichtet, die Leistungen an den Billigstbieter zu vergeben. Sofern (im Vorfeld) entsprechende objektive und nichtdiskriminierende Kriterien festgelegt wurden, können, wie auch in „Regelverfahren“, sehr wohl Qualitätsaspekte berücksichtigt werden. Gerade durch die zulässige Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte (Stichwort: CO<sub>2</sub>-Reduktion bei Anfahrtswegen, Lehrlingsbeschäftigung etc.) können dabei auch kleinere, lokale Anbieter durchaus wettbewerbsfähig sein.

### Zusammenfassung: Ausnahme ist nicht die Regel

Zusammenfassend lässt sich klar festhalten, dass es für die Auftraggeber immer schwieriger wird, Beschaffungen wegen „Dringlichkeit“ im Zusammenhang mit der Pandemiesituation auf die einschlägigen (Ausnahme-)Tatbestände zu stützen. Die andauernde Pandemiesituation und ihre Begleiterscheinungen (wie periodische Lockdowns), die zunehmend einer „saisonalen“ Erscheinung ähneln, gehören nunmehr zum – hoffentlich zeitlich begrenzten – Alltag und machen den sich daraus ergebenden Beschaffungsbedarf für die Auftraggeber voraussehbar.

Die Tatsache, dass diese (Ausnahme-)Verfahren mit einer verminderten Transparenz durchgeführt werden, bedeutet zudem nicht, dass es für die Unternehmer keinerlei Rechtsschutzmöglichkeiten gibt.

Beispielsweise kann ein Unternehmer im Rahmen von entsprechenden Feststellungsverfahren (mit angeschlossener Geltendmachung von Schadenersatz) seine Interessen wahren. Eine weitere Rechtsschutzmöglichkeit besteht in der rechtzeitigen Bekämpfung der Wahl des Ausnahmeverfahrens, wenn nämlich die rechtlichen Voraussetzungen dafür in Wahrheit nicht (mehr) vorliegen. ◇

- 1 BMJ, Rundschreiben zur Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit der COVID-Krise, 30.3.2020, GZ 2020-0.196.642.
- 2 EB RV 69 BlgNR 26. GP 69.

### PRAXISTIPPS

- ▶ Die Corona-Krise dauert zwar an, jedoch gilt das Vergaberecht grundsätzlich auch in anderen Krisenzeiten. Eine Unvorhersehbarkeit und Dringlichkeit, wie sie vor einem Jahr unzweifelhaft bestanden hat, kann inzwischen nur noch schwer argumentiert werden. Für die Auftraggeber wird es daher immer schwieriger, Beschaffungen im Rahmen von auf die Pandemiesituation gestützten Ausnahmeverfahren durchzuführen. Dies wird allenfalls noch **in Einzelfällen und mit guter Begründung** möglich sein.
- ▶ Bieter und (potenzielle) Auftragnehmer sollten sich bewusst sein, dass sie auch im Fall der Durchführung von Ausnahmeverfahren durchaus **Rechtsschutzmöglichkeiten** besitzen, um gegen Vergaberechtsverstöße von Auftraggebern vorzugehen.
- ▶ Im Fall zulässiger Ausnahmeverfahren, z. B. im Rahmen von Direktvergaben, bestehen vielfältige Möglichkeiten, **insbesondere regionalen und österreichischen Unternehmen Chancen** zu eröffnen, die gerade auch angesichts der wirtschaftlichen Krise, die mit der Pandemie einhergeht, genutzt werden sollten. Ökologische und soziale Kriterien, die das Vergaberecht ohnedies verwendet wissen will, können dabei besonders hilfreich sein.