

Herausforderungen des Vergaberechts in Krisenzeiten



Univ.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, LL.M.
Donnerstag, 13.4.2023

Übersicht

I. Ausgangssituation – Ist das Vergaberecht (zu) rigid?

II. Echte Vergabeerleichterungen

- Schwellenwerteverordnung

III. Wahl des Vergabeverfahrens

- Flexibilität und Verfahrensarten: Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

IV. Inhaltliche Stellschrauben

- Möglichkeiten und Grenzen

V. Formale Stellschrauben

- Möglichkeiten und Grenzen

VI. Rechtsschutz

VII. Fazit – Wie krisenfest ist das Vergaberecht?

I. Ausgangssituation

COVID-19-Pandemie, Ukraine-Krieg, steigende Inflation ...

Krisensituation führen zu

- unvorhergesehenem Bedarf bestimmter Güter
- volatilen Märkten → stark schwankende Preise

Krisenzeiten erfordern

- rasche Handlungsmöglichkeiten
- flexiblen Handlungsspielraum

- Welche Möglichkeiten und Grenzen, auf rasche Marktänderungen zu reagieren, gibt es im laufenden Vergabeverfahren?

– Stellschrauben bei ...

- Wahl des Vergabeverfahrens
- Inhaltlicher Ausgestaltung der Ausschreibung
- Durchführung des Verfahrens

II. Echte Vergabeerleichterungen: Schwellenwerteverordnung

SchwellenwerteVO (Kriseninstrument seit 2009) wurde nicht verlängert, trat mit 1.1.2023 außer Kraft



Fünf Wochen später trat neue SchwellenwerteVO unverändert in Kraft



Sunset-Clause: Neue SchwellenwerteVO tritt am 30.6.2023 außer Kraft



Prüfung „fachlicher Gründe“ für Dauerhafte Nicht-Verlängerung

II. Aktuelle Sub-Schwellenwerte

- Aktuelle Sub-Schwellenwerte im USB idF BGG II 34/2023

	Direktvergabe	Direktvergabe mit vorheriger BK	Nicht offenes Verfahren ohne vorherige BK	Verhandlungsverfahren ohne vorherige BK
Bauftrag	€ 100.000 € 50.000	€ 500.000	€ 1.000.000 € 300.000	€ 100.000 € 80.000
Lieferauftrag	Sektoren: € 100.000 € 75.000	€ 130.000	€ 100.000 € 80.000	
Dienstleistungsauftrag		Sektoren: € 200.000		

Grüne Werte: Werte der SchwellenwerteVO 2023

Rote Werte: Werte des BVergG 2018

II. Direktvergabe mit Bekanntmachung

- **Formfreier unmittelbarer Leistungsbezug** von einem Unternehmer gegen Entgelt (Direktvergabe)
 - Nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmern die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten
- Wahlmöglichkeiten gemäß BVergG 2018

Auftragsart	Öffentliche AG	SektorenAG
Baufträge	€ 500.000	
Liefer- und DL	€ 130.000	€ 200.000
Besondere DL	€ 150.000	€ 200.000

⇒ Rasche Verfahrensdurchführung möglich

III. Wahl des Vergabeverfahrens: Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

Auswahlphase (Teilnahmeunterlagen/Ausschreibungsunterlagen)

Erstangebote

Verhandlungen/Verhandlungsrunden (Folgeangebote)

Letztangebot (LAFO)

- Möglichkeiten: Verhandlungsverfahren bieten flexible Möglichkeiten für AG und Bieter durch Preisverhandlungen auf rapide Preisänderungen während der Verhandlungsrunde zu reagieren
- Grenzen: Nur im Rahmen des § 34 BVergG 2018 zulässig; zB dann, wenn
 - Bedürfnisse des AG können nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden
 - Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit seiner Art, Komplexität oder seinen rechtlichen oder finanziellen Bedingungen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann
 - Aufträge, bei denen die technischen Spezifikationen unter Verweis auf Normen nicht erstellt werden können

IV. Inhaltliche Stellschrauben

- Auf erwartbare Preisänderungen kann/muss bereits bei Erstellung der Ausschreibung reagiert werden

Pflicht zur Ausschreibung zu veränderlichen Preisen bei starken Preisschwankungen (§ 29 Abs 5 BVergG 2018)

Koppelung des Preises durch Indexierungsklauseln (zB an Baukostenindex) (§ 88 Abs 2 BVergG 2018)

Flexibilisierungsklauseln (§ 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018)

- zB monatliche Intervalle zur Preisanpassung an einem Stichtag

V. Formale Stellschrauben

- Möglichkeiten: Verkürzung oder Verlängerung der Fristen
- Teilnahme- und Angebotsfristen können aus Gründen der Dringlichkeit verkürzt werden (§§ 74, 77 BVergG 2018)
 - Ist ersichtlich, dass mit der Leistungserbringung unbedingt vor einem bestimmten Zeitpunkt begonnen werden muss, um einen drohenden Schaden abzuwenden, ist Dringlichkeit gegeben (s SA *Gulmann* 12.5.1993, Rs C-107/92, *Kommission/Italien*)
- Berichtigung der Ausschreibung vor Öffnung der Angebote (§§ 72, 101 BVergG 2018)
 - Erforderlich, wenn die Berichtigung für die Erstellung der Angebote relevant gewesen wäre (ErlRV 69 BlgNR 26. GP 95)

V. Formale Stellschrauben

- Grenzen: Verkürzung oder Verlängerung der Fristen
 - Verkürzung der Frist nur in Fällen der Dringlichkeit zulässig (s.o.)
 - Verlängerung der Frist wegen nachträglicher Ausschreibungsberichtigung nur zulässig, wenn sie keine „wesentliche Änderung“ iSd § 365 BVergG 2018 der Ausschreibung zur Folge hat → sonst Widerruf

Wesentlichen Vertragsänderungen Demonstrative Aufzählung (Abs 2)

- Änderung des Bewerber- und Bieterkreises
- Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrags
- erhebliche Ausweitung des Umfangs
- neuer Vertragspartner (bestimmte Fälle)

Unwesentlichen Vertragsänderungen Taxative Aufzählung (Abs 3)

- Änderungen der Auftragssumme unterhalb doppelter Bagatellschwelle
- Vertragsänderungsklauseln
- neuer Vertragspartner (bestimmte Fälle)
- nicht vorhersehbare Umstände ohne Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags

VI. Rechtsschutz

- Einstweiliger Rechtsschutz ↔ Rasche Reaktion auf krisenbedingte Marktänderungen
- Einstweilige Verfügung gem §§ 350 ff BVergG 2018
 - Interessenabwägung:
Voraussehbare Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers gegen ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an Fortführung des Vergabeverfahrens
- Bsp Brenner Basis Tunnel BBT SE (BVwG 6.3.2023, W131 2267312-1/2E)
 - Öffentliches Interesse an Fortführung: „Verzögerung im Umfang von sechs Wochen führt zu einer Inbetriebnahmeverzögerung des Tunnels um ein Jahr“; Gutachterliche Bestätigung über volks- und betriebswirtschaftliche Folgen einer Verzögerung → Mehrkosten von € 6,5 Mio pro monatlicher Verzögerung
 - VwGH gibt Antrag auf aufschiebende Wirkung eines Nachprüfungsantrags statt
 - BVwG gibt Antrag auf einstweilige Verfügung mit Begründung der Entscheidung des VwGH statt

VII. Fazit

- Das Vergaberecht hat durchaus Möglichkeiten, um auf krisenbedingte Marktänderungen zu reagieren
- Mit fortgeschrittenem Stadium des Verfahrens nehmen Handlungsspielräume ab
- Tendenziell rechtsschutzfreundliche Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz
- Spannungsverhältnis zwischen objektiven Mechanismen, die das Vergabeverfahren aktuell an rapide ändernden Marktbedingungen halten und subjektiven Rechtsschutzmechanismen mit verfahrensverzögernder Wirkung

**Vielen Dank für die
Aufmerksamkeit.**

