

Wenn nicht der Beste gewinnt

Unterlegene Bieter in einem Vergabeverfahren kommen künftig etwas leichter zu SCHADENERSATZ, wenn bei der Vergabe nicht alles rechtens ablief. Und zwar selbst dann, wenn den öffentlichen Auftraggeber kein Verschulden trifft.

TEXT: STEPHANIE DIRNBACHER

Öffentliche Auftraggeber müssen in Zukunft noch besser aufpassen, an wen sie ihre Aufträge erteilen. Eine falsche Entscheidung könnte sie teuer zu stehen kommen, selbst wenn diese Entscheidung durch den Bescheid einer Vergabebehörde gedeckt ist. Denn seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 30. September, das in einem vom OGH eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren erging, ist es für unterlegene Bieter leichter, Schadenersatz zu bekommen, wenn sie zu Unrecht nicht zum Zug gekommen sind. Zwar durfte der Zuschlag für einen ausschreibungspflichtigen Auftrag schon bisher nur an den Best- beziehungsweise Billigstbieter ergehen. Die

Wahrscheinlichkeit, dass ein benachteiligter Bieter aufbegehrt, ist jedoch bislang verschwindend gering. Von rund 4000 Vergaben im Oberschwellenbereich werden nicht einmal zehn Prozent bekämpft, führt der Vergaberichtsexperte Michael Breitenfeld an.

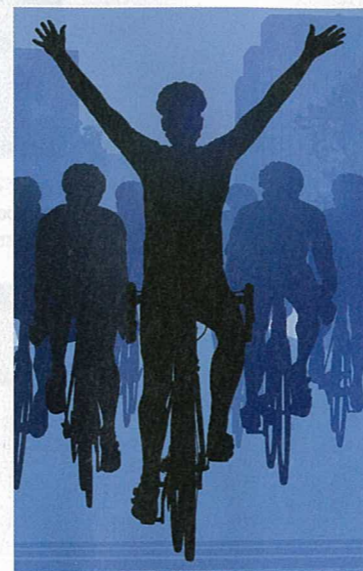
Bisher graue Theorie. Die Ursache für die niedrige Anfechtungsrate ortet Breitenfeld im mangelhaften Rechtsschutz im Vergabericht. So würden die meisten Verfahren schon aus formalen Gründen abgeschmettert, weil etwa der Kläger nicht antragslegitimiert ist. Dazu kommt, dass sich ein Verfahren zur Erlangung von Schadenersatz über mehrere Jahre ziehen und damit auch ordentlich ins Geld gehen

kann. Und letztlich waren die Ausichten auf Schadenersatz bislang sehr schlecht. „Der Schadenersatzanspruch war immer ein theoretischer und ist an der faktischen Nachweisbarkeit des Schadens oder des Verschuldens gescheitert“, erzählt Breitenfeld.

Insbesondere, wenn die bekämpfte Entscheidung von einem Bescheid einer Vergabebehörde gedeckt war, war der Auftraggeber aus dem Schneider. Schließlich traf ihn in dem Fall keine Schuld, da er sich ja auf den Bescheid verlassen konnte.

Rechtswidrigkeit genügt. „Wenn eine Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde vorgelegen ist, hat man sich immer abgeputzt“, bestä-

Wettrennen um Aufträge. Ist der Sieger wirklich der Beste? Wenn nicht, können übergangene Bieter Schadenersatz fordern.



tigt Rechtsanwalt Martin Oder, Kanzlei Haslinger, Nagele & Partner. Zumindest bis jetzt war das so. Das EuGH-Urteil eliminiert nun aber im Vergabeverfahren die – sonst für das österreichische Recht typische – Voraussetzung des Verschuldens für den Schadenersatz, da diese gegen die EU-Rechtsmittelrichtlinie verstoße. Die Folge: Ob schuldhaft oder nicht – wenn der Auftraggeber rechtswidrig gehandelt hat und einem Bieter dadurch ein Schaden entstanden ist, gibt es Schadenersatz. Da die EU-Vergaberichtlinien über dem nationalen Recht stehen, wird die heimische Bestimmung in Folge unwirksam. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hat damit direkte Wirkung.

Kein Verlass auf Bescheid. Für die vergebenden Stellen brechen daher harte Zeiten an. „Sie sind jetzt angehalten, Entscheidungen noch besser zu überprüfen“, sagt Rechtsanwältin Katharina Trettnak-Hahnl, Kanzlei KWR. Auf den Bescheid einer Vergabekontrollbehörde sollte man sich künftig auch nicht mehr verlassen. Wenn sich dieser nämlich als rechtswidrig entpuppt, kann der Auftraggeber für seine falsche Entscheidung zur Kasse gebeten werden.

Dennoch bleibt der Weg zum Schadenersatz steinig. Wer einen Mangel im Vergabeverfahren oder der Zuschlagsentscheidung ortet, kann sich grundsätzlich mit einem Nachprüfungs- und Feststellungsantrag an die jeweilige Vergabekontrollbehörde wenden. Für den Bund ist diese das Bundesvergabeamt, in den Bundesländern sind es die jeweiligen Landesvergabekontrollsenate oder Unabhängigen Verwaltungsse-nate. Hat die Anfechtung Erfolg, so wird die entsprechende Entscheidung aufgehoben und eine neue getroffen. Wenn die Kontrollbehörde den Antrag jedoch abweist, steht dem Bieter innerhalb von sechs Wochen der Weg zum Verwaltungsgerichtshof offen, der den Bescheid der Kontrollbehörde aufheben kann. Dann muss der Fall noch einmal vor der Kontrollbehörde verhandelt werden, obwohl in der Regel der Auftrag bereits erteilt ist. Nur wenn die Behörde letztlich mit Bescheid feststellt, dass der Auftraggeber rechtswidrig gehandelt hat, weil zum Beispiel der Zuschlag doch nicht an den Best- oder Billigstbieter ergangen ist, kann der Kläger Schadenersatz verlangen. Dazu muss er sich jedoch wiederum an die Zivilgerichte wenden.

Dieses beschwerliche Verfahren ist dem EuGH ein Dorn im Auge. „Dass der Schadenersatz erst nach einer überlangen Verfahrensdauer erlangt werden kann, steht dem Grundsatze einer möglichst wirksamen und raschen Nachprüfung der Entscheidungen von Vergabebehörden zuwider“, erklärt Oder. Der Rechtsanwalt sieht hier den österreichischen Gesetzgeber gefordert, neue Regelungen zu erlassen.

Rentiert es sich? Die Verfahrenslänge ist aber nicht das einzige Problem. Trettnak-Hahnl warnt auch vor den Kosten eines solchen Verfahrens. „Das macht wirtschaftlich nur Sinn, wenn man eigentlich der Bestbieter ist und das auch beweisen kann“, gibt sie zu bedenken.

Denn nur dann besteht der Schaden tatsächlich darin, dass man den Auftrag nicht bekommen hat. Dementsprechend richtet sich nur in diesem

Fall der Schadenersatz nach dem entgangenen Gewinn. Das heißt, dass der übergangene Bestbieter so gestellt wird, als hätte er den Auftrag erhalten.

Wer jedoch den Auftrag realistischerweise ohnehin nicht erfüllen könnte, kann zwar bei einer rechtswidrigen Handlung des Auftraggebers trotzdem Schadenersatz verlangen. Er bekommt laut Trettnak-Hahnl aber nur den Vertrauensschaden ersetzt. Betriebswirtschaftlich sei es unsinnig, so ein Verfahren zu führen: „Beim Vertrauensschaden werden nur die Kosten der Anbotslegung und sonstige Kosten, die sich aus der Teilnahme am Vergabeverfahren ergeben, ersetzt.“

Ob sich das EuGH-Urteil in einer erhöhten Klagsbereitschaft auswirken wird, bleibt abzuwarten. Breitenfeld findet das Urteil „positiv“. Die Konsequenzen sind für ihn aber „nicht absehbar“. ■

Auf Schadenersatz zu klagen, rentiert sich in der Praxis nur für den **Bestbieter.**

FOTO: ISTOCKPHOTO/DOUGLAS BRAY



Vergaberecht auf einen Blick!

3. Auflage 2010.
XXVI, 916 Seiten. Geb. EUR 134,-
Vorzugspreis für ZVB-Abonnenten EUR 107,-
(gilt pro abgeschlossenem Abonnement)
ISBN 978-3-214-08118-8

Elsner

BVerG – Das österreichische Vergaberecht idF der BVerG-Novelle 2009 BGBl I 2010/15

- **Systematischer Überblick**
 - « Darstellung aller Regelungen des BVerG mit neuester Judikatur und Literatur
 - « mit Schwerpunkt auf der am 4.3.2010 kundgemachten Novelle 2009 BGBl I 2010/15
- die Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2010 (BGBl II 2010/72) und die neu festgesetzten Schwellenwerte für Auftragsverfahren (BGBl II 2010/73)
- **Kompletter Gesetzestext des BVerG 2006 idF der Novelle 2009 BGBl I 2010/15** – mit den Gesetzesmaterialien zu den Novellen 2006, 2007 und 2009
 - « **sowie den umgesetzten Richtlinien** mit den entsprechenden Erwägungsgründen in der jeweils aktuellen Fassung

Bestellen Sie per E-Mail an bestellen@manz.at
oder Tel.: (01) 531 61-100

MANZsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
Kohlmarkt 16 · 1014 Wien FN 124 181w · HG Wien

MANZ

ABGB-ON

Unbegrenzt haltbar – jetzt gratis testen!

Der neue ABGB-Kommentar von
Kletečka/Schauer – noch vor der Print-
ausgabe online:
<http://abgb-on.manz.at>



Der
Online-
Kommentar
zum ABGB

Der erste ABGB-Kommentar

- mit jährlicher Online-Aktualisierung
- mit Online-Notizen über das Neueste
- mit der nötigen Bearbeitungstiefe

Bei Fragen zur Registrierung wenden Sie sich bitte an unsere
Kundenbetreuung:
Tel.: +43 1 531 61 655 E-Mail: vertrieb@manz.at
Hotline: Tel.: +43 1 531 61 11 E-Mail: hotline@manz.at
Mo-Do 08:00 bis 17:00 Uhr Fr 08:00-13:30 Uhr

MANZsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
Kohlmarkt 16 · 1014 Wien FN 124 181w · HG Wien

MANZ