

# WIE WIRD DER **ZUSCHLAG** RICHTIG ERTEILT?

*Die Zuschlagserteilung bildet den Abschluss eines Vergabeverfahrens und ist gleichzeitig ein rechtlich sensibler Schritt für öffentliche Auftraggeber: Hier entscheidet sich, ob ein Verfahren rechtssicher zu Ende geführt wird oder ob am Ende ein nichtiger Vertrag, ein Nachprüfungsverfahren oder Schadenersatzforderungen stehen. Umso wichtiger ist es, die gesetzlichen Vorgaben des BVergG 2018 exakt einzuhalten.*

VON MAG.<sup>A</sup> ALISSIA SARAH WOLF (TIROLER GEMEINDEVERBAND) & MAG.<sup>A</sup> MAGDALENA RALSER (HEID & PARTNER)

## Die Vergabeentscheidung ist nicht der Zuschlag

In der Praxis werden die Begriffe „Zuschlagsentscheidung“ und „Zuschlagserteilung“ häufig gleichgesetzt. Rechtlich handelt es sich jedoch um zwei klar voneinander zu trennende Verfahrensschritte.

Die Zuschlagsentscheidung ist nach § 2 Z 49 BVergG 2018 die an die Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Sie ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung und dient damit unmittelbar dem Rechtsschutz der unterlegenen Bieter. Mit ihrer Übermittlung beginnt die Stillhaltefrist zu laufen: Sie beträgt gemäß § 144 Abs. 1 BVergG 2018 bei elektronischer Übermittlung bzw. Bereitstellung zehn Tage, bei Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg 15 Tage.

Die Zuschlagserteilung ist demgegenüber nach § 2 Z 50 BVergG 2018 die an den Bieter abgegebene Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Erst mit ihr kommt der Vertrag zwischen Auftraggeber und erfolgreichem Bieter zustande. Nach § 145 Abs. 1 BVergG 2018 entsteht das Vertragsverhältnis

in dem Zeitpunkt, in dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält.

**Wichtig:** Der Zuschlag darf bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist erteilt werden (§ 144 Abs. 1 BVergG 2018).

## Inhalt der Zuschlagsentscheidung

Nach § 143 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber den verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Darüber hinaus sind bestimmte Informationen bekanntzugeben. Dazu zählen insbesondere:

- das Ende der Stillhaltefrist,
- die Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebots,
- der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebots,
- die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots.

Diese Informationspflicht besteht nur so weit, als die Bekanntgabe nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widerspricht oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden würde.

**Praxishinweis:** Die Zuschlagsentscheidung sollte klar, nachvollziehbar

und ausreichend begründet formuliert werden. Eine bloß formelhafte Mitteilung („Ihr Angebot war nicht das wirtschaftlich günstigste“) erhöht das Risiko eines Vergaberechtsstreits erheblich, weil der unterlegene Bieter die Auswahlentscheidung nicht nachvollziehen kann und schon deshalb Anlass zur Anfechtung sieht. Bei Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip empfiehlt sich eine nachvollziehbare Darstellung der Bewertung anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.

## Die Bedeutung der Stillhaltefrist

Die Stillhaltefrist soll gewährleisten, dass unterlegene Bieter die Zuschlagsentscheidung prüfen und – wenn sie sich in ihren Rechten verletzt sehen – rechtzeitig ein Nachprüfungsverfahren einleiten können, bevor der Vertrag zustande kommt. Denn nach Vertragsabschluss ist eine Nichtigenerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr möglich; es bleibt nur mehr das Feststellungsverfahren. Für Gemeinden und andere kommunale Auftraggeber bedeutet das ganz praktisch: Selbst wenn die Angebotsprüfung abgeschlossen ist, der Bestbieter feststeht und der politische Beschluss



Die Rechtsexpertinnen Mag.<sup>a</sup> Magdalena Ralser (links) und Mag.<sup>a</sup> Alissia Wolf wissen, was beim Vergaberecht zu beachten ist.

vorliegt, darf der Vertrag nicht voreilig unterzeichnet werden.

### Wann kann auf eine Zuschlagsentscheidung verzichtet werden?

Das BVergG 2018 sieht in § 143 Abs. 2 einige Ausnahmen von der Mitteilungspflicht vor. Eine gesonderte Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ist insbesondere dann nicht erforderlich, wenn

- der Zuschlag dem einzigen bzw. dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll,
- ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus bestimmten Gründen durchgeführt wurde, oder
- eine Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung gemäß § 155 Abs. 3 BVergG 2018 (Rahmenverein-

barung mit einem einzigen Unternehmer) oder eines dynamischen Beschaffungssystems mit einem einzigen zugelassenen Teilnehmer vergeben werden soll, sowie

- bei Direktvergabe gemäß § 46 BVergG 2018 bzw. Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 47 BVergG 2018.

### Rechtsmittelmöglichkeiten

Die Zuschlagsentscheidung ist der zentrale Anknüpfungspunkt für vergaberechtliche Rechtsmittel. Ein Bieter, der sich durch die Auswahlentscheidung in seinen Rechten verletzt sieht, kann nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 bis zur Zuschlagserteilung deren Nachprüfung beantragen. Voraussetzung ist, dass er ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Zuständig ist für Tiroler Gemeinden das LVwG Tirol. Die Antragsfrist entspricht der Stillhaltefrist: zehn Tage bei elektronischer Übermittlung bzw. Bereitstellung, 15 Tage bei Übermittlung über den Postweg (§ 343 Abs. 1 BVergG 2018).

Der Nachprüfungsantrag allein hat keine aufschiebende Wirkung (§ 342 Abs. 3 BVergG 2018). Wird jedoch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, mit dem die Untersagung der Zuschlagserteilung begehrt wird, so kommt diesem ab Zugang der Verständigung des Auftraggebers durch das Gericht bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu; der Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht erteilen (§ 350 Abs. 5 und 6 BVergG 2018). Ein entgegen einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag ist absolut nichtig (§ 351 Abs. 2 BVergG 2018). ●

## CHECKLISTE FÜR KOMMUNALE AUFTRAGGEBER

- Organzuständigkeit geklärt und Beschluss gefasst; Budgetdeckung und allfällige aufsichtsbehördliche Genehmigung gesichert – vor der Zuschlagsentscheidung.
- Zuschlagsentscheidung an alle verbliebenen Bieter nachweislich und mit Absendedatum.
- Vollständiger Mitteilungsinhalt: Zuschlagsempfänger, Ende der Stillhaltefrist, Ablehnungsgründe, Gesamtpreis, Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots.
- Stillhaltefrist berechnet und vollständig abgewartet.
- Keine faktische Vorwegnahme des Zuschlags durch Beauftragung, Leistungsabruf oder Presseaussendung.
- Zuschlag innerhalb der Zuschlagsfrist erteilt.
- Nach Vertragsabschluss: Vergabebekanntmachung (Oberschwellenbereich), Vergabevermerk abgeschlossen und archiviert.