

UPDATE – VERGABERECHT UND COVID-19

STAND 06.04.2020

Mag. Wilhelm Offenbeck

Mag. Katrin Eichinger

Mit Art. 1 des 4. COVID-19-Gesetzes, in Kraft seit 5.4.2020, wurde eine Änderung der mit dem Art. 16 des "2.COVID-19-Gesetz" ¹ erlassenen Bestimmungen sowie mit Art. 38 ein Bundesverfassungsgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 *in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens* (COVID-19 Begleitgesetz Vergabe) kundgemacht. Dieses Gesetz gilt seit 5.4.2020.

Zusammenfassung:

Bis auf die Fristen in am 22.3.2020 bereits anhängige Feststellungsverfahren **kehrt in den vergaberechtlichen Fristenlauf wieder einigermaßen Normalität ein.** Sie können grundsätzlich wieder mit den "alten" Fristen nach dem BVergG 2018 rechnen.

Allerdings sollte die aktuelle Rechtslage stets im Auge behalten werden. § 6 COVID-19 Begleitgesetz Vergabe enthält nämlich eine **Verordnungsermächtigung**, der nach die Bundesministerin für Justiz ermächtigt ist, die in § 2 angeordnete Unterbrechung der Fristen zu verlängern, zu verkürzen oder weitere allgemeine Ausnahmen von der Unterbrechung in Nachprüfungs-, Feststellungsverfahren oder Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorzusehen.

Für Bieter: Vergessen Sie bei Nachprüfungsanträgen nicht, in die bis 5.4.2020 gehemmten Fristen auch jene Tage der Frist einzurechnen, **die bis 22.3.2020 bereits verstrichen waren.**

Für öffentliche Auftraggeber: Mögliche Probleme wegen einer über das Ende der Angebotsfrist hinaus andauernden Bekämpfbarkeit von Ausschreibungen oder länger bekämpfbaren Zuschlagsentscheidungen (wenn der Zuschlag nicht gleich nach Ablauf der Stillhaltefrist erteilt wurde) sollten nun gelöst sein.

Der Gesetzgeber spricht das Problem vom Ende der Angebotsfrist zurückzurechnenden Fristen aber weiterhin nicht an. Wie auch immer diese Rechtsfrage daher zu lösen gewesen wäre empfehlen wir, **derzeit laufende Angebotsfristen frühestens am 13.4.2020 enden zu lassen. Dann fällt der späteste Tag der Bekämpfbarkeit von Ausschreibungen auf den 6.4.2020 und damit auf den ersten Tag nach Ende der Fristhemmung. Sie erlangen dadurch für Ihre Ausschreibungen wieder Bestandsfestigkeit bei Nicht-Bekämpfung.**

¹ Eigentlich "Änderung des Bundesgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 im Verwaltungsverfahren, im Verfahren der Verwaltungsgerichte sowie im Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes" (COVID-19-VwBG), BGBl. I Nr. 16/2020.

Im Detail:

1. Fristen im Vergabeverfahren:

Nach wie vor sind Fristen des Vergabeverfahrens, das heißt vor allem Teilnahmeantrags-, Angebots-, Stillhalte- und Zuschlagsfristen, von den im COVID-19-VwBG und im COVID-19 Begleitgesetz Vergabe angeordneten Fristunterbrechungen und –verlängerungen nicht umfasst.

Hier gelten weiterhin unverändert die "alten" Fristen des BVergG 2018.

2. Fristen für verfahrenseinleitende Nachprüfungs- und Feststellungsanträge:

Überholte Rechtslage ab 22.3.2020: Die bisherige Regelung des § 2 iVm § 6 COVID-19-VwBG, hat die Fristen für Nachprüfungs- und Feststellungsanträge sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 22.03.2020 bis zum 30.04.2020 gehemmt. Diese Zeit wäre in die Fristen für Nachprüfungs- und Feststellungsanträge nicht einzurechnen gewesen.

Aktuelle Rechtslage seit 5.4.2020: Nunmehr normiert § 3 COVID-19 Begleitgesetz Vergabe, dass die vorgesehene Verlängerung der Fristen für Nachprüfungs- und Feststellungsanträge sowie auch Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, **schon mit 5.4.2020** endet. Die ursprünglich bis 30.4.2020 vorgesehene Hemmung wurde also bereits mit 5.4.2020 wieder beendet.

Antragsfristen für Nachprüfungs- und Feststellungsanträge sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung laufen also seit Sonntag wieder weiter.

Gerade die extrem kurzen Fristen für Nachprüfungsanträge laufen damit – je nachdem, wieviel am 22.3.2020 von der Frist noch "übrig" war – in den nächsten Tagen auch wieder ab.

3. Am 22.3.2020 bereits anhängige Nachprüfungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Hier geht es um Fristen in Verfahren, die bereits am 22.3.2020 bei den Verwaltungsgerichten anhängig waren. Derartige Fristen sind vor allem vom Verwaltungsgericht aufgetragene Fristen für Aktenvorlagen, Auskünfte zum Vergabeverfahren, Stellungnahmefristen, etc.

Gemäß § 2 des COVID-19 Begleitgesetz Vergabe endet hier die Unterbrechung der Fristen am **06.04.2020**.

Diese Fristen beginnen am 7.4.2020 neu zu laufen, wobei jedoch zu beachten ist:

- Berechnet sich die Frist nach Tagen, so ist der 7.4.2020 das fristauslösende Ereignis. Da der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitzurechnen ist, beginnt die Frist mit Ablauf des 7.4.2020 zu laufen.
- Berechnet sich die Frist nach Wochen, Monaten oder Jahren, so beginnt die Frist am 7.4.2020, 0 Uhr, bereits zu laufen.

4. Am 22.3.2020 bereits anhängige Feststellungsverfahren:

Bemerkenswert ist, dass diese Regelung des § 2 COVID-19 Begleitgesetz Vergabe dem Wortlaut nach nur Fristen für anhängige Nachprüfungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung umfasst, nicht jedoch auch Fristen hinsichtlich anhängiger Feststellungsanträge.

§ 1 COVID-19 Begleitgesetz Vergabe ordnet dazu allgemein an, dass (wenn nichts anderes geregelt wird), das COVID-19-VwBG gilt. Hier gibt es also keine Änderung zur Rechtslage ab 22.3.2020. Fristen in am 22.3.2020 bereits anhängigen Feststellungsverfahren sind daher weiterhin bis 30.4.2020 unterbrochen und beginnen am 1.5.2020 neu zu laufen, wobei auch hier wieder gilt:

- Berechnet sich die Frist nach Tagen, so ist der 1.5.2020 das Frist auslösende Ereignis. Die Frist beginnt daher mit Ablauf des 1.5.2020 zu laufen.
- Berechnet sich die Frist nach Wochen, Monaten oder Jahren, so beginnt die Frist am 1.5.2020, 0 Uhr, bereits zu laufen.

5. Neue verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen seit 5.4.2020:

a) Keine aufschiebende Wirkung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Verwaltungsgericht eingebracht, so kommt dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Angebotsöffnung, des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung oder der Erteilung des Zuschlages keine aufschiebende Wirkung zu, wenn

- das Vergabeverfahren auf den sich der Antrag bezieht, als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4, 37 Abs. 1 Z 4 oder 206 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 oder gemäß § 25 Z 4 BVergGVS 2012 durchgeführt wird, und
- der Auftraggeber im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erkennbar angibt oder glaubhaft einwendet, dass das Vergabeverfahren der dringenden Verhütung und Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in diesem Zusammenhang dient.

Das heißt: Der Auftraggeber darf bei Vorliegen dieser Voraussetzungen vor der Entscheidung des Verwaltungsgerichts über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung den Zuschlag erteilen, die Rahmenvereinbarung abschließen bzw. die Angebote öffnen.

Durch diese Regelung soll die Beschaffung wichtiger und dringend benötigter Leistungen und Waren zur Bekämpfung von COVID-19, wie zB die Lieferung von Schutzmasken, trotz eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem ja grundsätzlich ab Zugang der Verständigung des Auftraggebers vom Einlangen des Antrags bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zukommt, ermöglicht werden.

b) Entscheidungsfrist

Gemäß § 3 COVID-19 Begleitgesetz Vergabe endet die Verlängerung der Frist für Entscheidungsfristen mit Ausnahme von verfassungsgesetzlich festgelegten Höchstfristen in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen am 5.4.2020.

Das heißt: Die Entscheidungsfristen für die Verwaltungsgerichte, sind um die Tage vom 22.03.2020 bis zum 5.4.2020 verlängert, laufen seither aber "normal" weiter.

c) Technische Kommunikationsmittel

Das COVID-19 Begleitgesetz Vergabe stellt explizit klar, dass sofern die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag, Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder Feststellungsantrag im Senat vom Verwaltungsgericht zu treffen ist, diese Entscheidung unter Verwendung technischer Kommunikationsmittel (angedacht werden kann da zB im Zuge einer Videokonferenz) oder im Wege eines Umlaufbeschlusses erfolgen kann.

Weiters kann auch Akteneinsicht unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel erfolgen.