



WIRTSCHAFTS RECHT

AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL V

STAND: JÄNNER 2015

Inhaltsverzeichnis

Antragslegitimation ausgeschiedener Bieter.....	3
Zusammenrechnen von Bauleistungen.....	4
Zusammenrechnungspflicht von Planungs- und Bauleistungen.....	5
Abänderung- bzw. Alternativangebot.....	6
Öffentlich - öffentliche Partnerschaft.....	8
Rechtfertigung eines Musskriteriums ausreichend.....	9
Eintragungsfehler.....	10
Mindestlohn eines ausländischen Subunternehmers.....	11
Antragslegitimation im Vergabekontrollverfahren.....	12
Rundschreiben des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes.....	13
Recht auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens.....	14
Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters.....	16
Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung.....	17
Verbale Begründung der Bewertungskommission.....	18
Angemessenheit von Eignungs- und Auswahlkriterien.....	20
Keine Erstreckung der Angebotsfrist.....	22
Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit.....	24
Inanspruchnahme ausländischer Arbeitskräfte.....	26
Nachreichung im Vergabeverfahren.....	27
Nachträgliches Übermitteln einer Bilanz.....	29
Was darf im Nachprüfungsverfahren behauptet werden?.....	30
Zurück- oder Abweisung eines Nachprüfungsantrages.....	31
Verhandeln mit nicht ausschreibungskonformen Angeboten.....	32
Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit im Sektorenbereich.....	33
Sind Ordensspitäler öffentliche Auftraggeber?.....	34
Autonome Kammern unterliegen nicht dem Vergaberecht.....	36
Nicht durchgeführte Besichtigung als unbehebbarer Mangel.....	38
Anfechtung von berechtigten Ausschreibungsunterlagen.....	40
Insolvenz eines Mitglieds der Bietergemeinschaft.....	41
Nachreichen von Nachweisen.....	43
Nachweise sind parat zu halten.....	44
Abkürzungsverzeichnis:.....	45

Antragslegitimation ausgeschiedener Bieter

LVwG Vorarlberg vom 07.08.2014; LVwG-314-002/S1-2014

Leitsatz:

Vor kurzem setzte sich das LVwG Vorarlberg mit der Antragslegitimation iSd Entscheidung „Fastweb“ (EuGH 4.07.2013, C-100/12) auseinander. Das LVwG Vorarlberg entschied anders als bislang das LVwG Wien (13.03.2014), das BVA (14.08.2013) und das BVwG (16.04.2014, 2.07.2014, 24.07.2014) zu vergleichbaren Sachverhalten.

Sachverhalt:

Mehrere Bieter beteiligten sich am Vergabeverfahren.

Die ASt bekämpfte die Zuschlagsentscheidung u. a. mit der Behauptung, die Entscheidung sei unzureichend begründet und die Bewertungskommission sei unzulässig zusammengesetzt.

Entscheidungssätze:

Das LVwG stellte fest, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der ASt jeweils gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Ob auch die Angebote der sonst im Verfahren verbliebenen Bieter auszuschneiden gewesen wären, prüfte das LVwG nicht. Das LVwG Vorarlberg bejahte die Antragslegitimation der ASt. Es bestehe kein Zweifel darin, dass das Urteil des EuGH in der Sache Fastweb dahingehend auszulegen ist, dass die Antragslegitimation eines auszuschneidenden Bieters jedenfalls zu bejahen ist, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger ebenfalls auszuschneiden wäre. Dies unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall auch noch ein 3. und 4. Bieter im Verfahren verblieben sind.

Schlussfolgerung:

Mit dieser Entscheidung hat der EuGH die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Einrichtungen in einem wichtigen Punkt klargestellt - mit möglicher Weise weitreichenden Folgen auch für die österreichischen Kammern! Im Einzelfall werden die Kriterien der „öffentlichen Finanzierung“ und der „staatlichen Leitungsaufsicht“ neu zu beleuchten sein.

Zusammenrechnen von Bauleistungen

LVwG Wien vom 5.06.2014; VGW-123/077/23937/2014 ua

Leitsatz:

Bauleistungen, die unterschiedliche Bauwerke eines Auftraggebers betreffen, sind nicht zusammenzurechnen.

Sachverhalt:

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen hat vier Aufträge über Instandsetzungsarbeiten (2x Baumeisterarbeiten und 2x Glaserarbeiten) mit einem Auftragswert von jeweils wenigen hundert Euro mittels vier Direktvergaben (zulässig für Aufträge mit einem Auftragswert von unter € 100.000,-) in vier verschiedenen Wohnhausanlagen vergeben. Diese Direktvergaben wurden von einem Unternehmen beeinsprucht.

Das Unternehmen war der Auffassung, dass die vier Bauaufträge und überhaupt alle gleichartigen Bauleistungen für die von Wiener Wohnen verwalteten Gebäude zusammenzurechnen wären.

Entscheidungsätze:

Laut Auffassung des LVwG Wien sind alle Bauleistungen, die an einem einzigen Bauwerk (z.B. in einer einzigen Wohnhausanlage) erbracht werden, zusammenzurechnen. Werden die Bauleistungen hingegen in vier verschiedenen Wohnhausanlagen erbracht, ist keine Zusammenrechnung geboten. Die Wahl der Direktvergabe war daher zulässig. Eine Zusammenrechnung von gleichartigen, während eines Jahres regelmäßig wiederkehrenden Bauleistungen (analog der Regelung zu Dienstleistungen nach § 16 Abs 3 BVergG) ist nicht geboten.

Schlussfolgerung:

Bei unterschiedlichen Bauwerken müssen einzeln vergebene Bauleistungen nicht zusammengerechnet werden. Eine Zusammenrechnung regelmäßig wiederkehrender Bauleistungen ist nicht geboten.

Dadurch können - insbesondere bei Sanierungen - oftmals aufwändige EU-Oberschwellenreichverfahren vermieden werden.

Zusammenrechnungspflicht von Planungs- und Bauleistungen

VwGH vom 23.05.2014; Zl:2013/0/0025

Leitsatz:

Liegt ein einheitliches Vergabevorhaben vor, sind alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zusammenzurechnen.

Sachverhalt:

Im Zuge des Neubaus der Neuen Mittelschule L wurden Teile der erforderlichen Planungsleistungen (nämlich Vorentwurf, Entwurf und Einreichung) mit einem Auftragswert von ca. € 97.000,- im Wege der Direktvergabe vergeben. Die gesamten Planungsleistungen für das Bauvorhaben wurden mit einem Auftragswert in der Höhe von insgesamt € 355.200,- angesetzt. Der Auftragswert des gesamten Bauvorhabens wurde mit ca. € 6 Mio geschätzt.

Gegenstand des Einspruchs einer Mitbewerberin vor dem VKS Salzburg war die Frage, ob die Wahl der Direktvergabe für die Einreichplanung zulässig war. Der VKS Salzburg entschied, dass die Direktvergabe rechtswidrig erfolgt ist, da die gesamte Planung (samt Ausführungsplanung) als ein Vergabevorhaben zu qualifizieren ist.

Bei einem Auftragswert von insgesamt € 355.200,- für die Planungsleistungen ist eine Direktvergabe daher nicht möglich (nur bis € 100.000,- zulässig).

Entscheidungsätze:

Der VwGH bestätigte im Ergebnis die Rechtswidrigkeit der Direktvergabe. Überraschend war aber seine Begründung. Der VwGH deutete in seiner Entscheidung an, dass die Planungsleistungen und die Bauleistungen einem einheitlichen (Bau-) Vorhaben zuzurechnen und damit auch deren Auftragswerte zusammenzurechnen seien.

Denn sämtliche Planungs- und Bauleistungen würden - funktional betrachtet - einem einzigen (Bau-) Vorhaben, dem Neubau der Mittelschule dienen. Beim Zusammenfallen von Dienstleistungen und Bauleistungen ist der Hauptauftragsgegenstand für die Einordnung als Bau- oder Dienstleistungsauftrag entscheidend. Im gegenständlichen Fall liegt daher ein Bauauftrag im OSB vor. Dies bedeutet einen Bruch mit der bisherigen Praxis: Zukünftig ist beispielsweise beim Neubau einer Schule der Wert aller Bauleistungen, Dienstleistungen (z.B. Architekten- und Planerleistungen, ÖBA, Begleitende Kontrolle, sonstige Beraterleistungen) und Lieferleistungen (z.B. Vorhänge, Schulmöbel) zusammenzurechnen.

Schlussfolgerung:

Bisher war es bei einem Bauvorhaben wie der Errichtung einer Schule zulässig, die Dienstleistungen (z.B. Planerleistungen) von den Bauleistungen zu trennen. Dadurch konnten die Dienstleistungen separat in vereinfachten Verfahren vergeben werden. Nun gibt der Verwaltungsgerichtshof vor, dass ein einheitliches Vergabevorhaben vorliegt und alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zusammenzurechnen sind. Überschreitet dieser Wert die einschlägige EU- Oberschwelligengrenze, sind alle Leistungen in einem Verfahren im Oberschwellenbereich mit EU-weiter Bekanntmachung zu vergeben. Ausnahmen können sich nur aus der Kleinlosregelung ergeben.

Abänderung- bzw. Alternativangebot

BVwG vom 14.04.2014; W138 2003084-1/15E

Leitsatz:

Das BVwG hat in der gegenständlichen Entscheidung einmal mehr betont, dass bei der Prüfung, ob es sich um ein Abänderungs- oder um ein Alternativangebot handelt ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist. Bei der Beurteilung, ob eine „geringfügige Abweichung“ vorliegt sind qualitative wie quantitative Aspekte zu berücksichtigen

Sachverhalt:

Die AG hat Bauleistungen im OSB ausgeschrieben. Die Ausschreibungsunterlagen erklärten Abänderungsangebote für zulässig, Alternativangebote jedoch für unzulässig. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat ein als Änderungsangebot bezeichnetes Angebot gelegt, in dem sie anstelle der ausgeschriebenen Gründung des Gebäudes mit Gewi-Pfählen eine solche mit DSV-Säulen anbietet.

Die ASt beantragte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, da es sich beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein unzulässiges Alternativangebot handle, welches entsprechend den Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen wäre.

Entscheidungssätze:

Das BVwG hat dem Antrag stattgegeben und zur Abgrenzung zwischen Abänderungs- und Alternativangebot folgendes ausgeführt: Wird vom Bieter ein Angebot gelegt, das in technischer Hinsicht von der Ausschreibung abweicht, hängt es von der Geringfügigkeit der Abweichung ab, ob noch ein Abänderungs- oder bereits ein Alternativangebot vorliegt.

In die Beurteilung, ob es sich um geringfügige Abweichungen handelt, haben qualitative und quantitative Kriterien einzufließen.

Bei der Unterscheidung ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, da das BVergG bei einem Abänderungsangebot keine Mindestanforderungen vorsieht. Mindestanforderungen verfolgen die Ziele Sicherstellung der Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter, weshalb eine extensive Auslegung von Abänderungsangeboten zu einem Verstoß gegen § 19 BVergG führen würde. Dr. Gerfried Weyringer, Rechtsservice der WK-Steiermark Aus quantitativer Hinsicht war zu berücksichtigen, dass die Preisdifferenz zwischen Haupt- und Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin etwa 20% der Gesamtangebotssumme ausmachte.

Das BVA hat in der Vergangenheit bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10% der Gesamtangebotssumme führte, bereits ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen; BVA vom 14.11.2007; N/0100-BVA/05/2007-36 .Außerdem überstieg die Anzahl der durch die Abänderung betroffenen Leistungspositionen in den Augen des BVwG die für das Bestehen eines Abänderungsangebots sprechende Geringfügigkeitsgrenze (10 entfallene; 3 neu geschaffene).

Aus qualitativer Hinsicht stellte das BVwG fest, dass durch die Verwendung von DSV-Säulen anstatt Gewi-Pfählen - wodurch sich ein Mehrmassenrisiko ergibt eine Änderung im

technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung vorliegt, was eine nicht mehr geringfügige Abweichung darstellt.

Schlussfolgerung:

Zusammenfassend hat das BVwG das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte „Abänderungsangebot“ folglich als unzulässiges Alternativangebot qualifiziert, welches zwingend gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

Öffentlich - öffentliche Partnerschaft

VwGH vom 17.06.2014; Zl: 2013/0/0020

Leitsatz:

Der VwGH hatte zu beurteilen, ob der zwischen zwei Gebietskörperschaften (Stadtgemeinde K und Stadt W) geschlossene Vertrag betreffend die Erbringung von Dienstleistungen im OSB nach den Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens abgeschlossen werden durfte. Insbesondere setzte sich der VwGH dabei mit dem Merkmal der gegenseitigen Leistungserbringung (Gegenseitigkeitsverhältnis) der beteiligten öffentlichen Partner auseinander.

Sachverhalt:

Gegenstand des Vertrags war die Betrauung der Stadt W mit der Entsorgung des Abfalls der Stadtgemeinde K gegen bloßen Ersatz der Kosten. Beide Gemeinden führen das Sammeln der im Gemeindegebiet anfallenden Abfälle selbst aus, die Verwertung der Abfälle beider Gemeinden erfolgt jedoch nur durch die Stadt W. Die Stadtgemeinde K erstattet dafür lediglich die Kosten.

Entscheidungsätze:

Im Zuge eines Kontrollverfahrens verneinte der UVS NÖ das Vorliegen einer interkommunalen Zusammenarbeit.

Der UVS führte in seiner rechtlichen Beurteilung aus, dass die Kooperation der beiden Gebietskörperschaften „keine echte interkommunale Kooperation“ darstelle, weil hinsichtlich der Zusammenarbeit der Gemeinden ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne einer echten Zusammenarbeit gegeben sein müsse.

Es sei nach der Judikatur des EuGH nicht ausreichend, dass die Ausführung der öffentlichen Aufgabe der Abfallentsorgung nur eine der beteiligten Gemeinden treffe und die andere nur als Erfüllungsgehilfin diese Aufgabe durchführe. Der Ansicht des UVS, wonach keine echte interkommunale Kooperation vorliege, entgegnete der VwGH, dass eine solche Voraussetzung eines „Gegenseitigkeitsverhältnisses im Sinne einer echten Zusammenarbeit“ dem EuGH-Urteil Rs C-490/06, Stadtreinigung Hamburg, weder ausdrücklich noch implizit zu entnehmen ist. Die dortige Zusammenarbeit bestand wie im ggst. Fall in der Erbringung von Dienstleistungen einer Gebietskörperschaft gegenüber einer anderen Gebietskörperschaft gegen Entgelt. Darüber hinaus sei in den maßgeblichen Kriterien des EuGH-Urteils Rs C-159/11, Lecce, die Notwendigkeit eines solchen Gegenseitigkeitsverhältnisses ebenso nicht enthalten. Schließlich sah der VwGH auch keinen behaupteten Wettbewerbsvorteil einer öffentlichen Stelle.

Nach Ansicht des VwGH verlangt die Rechtsprechung des EuGH iSd Gleichbehandlung privater Unternehmen lediglich, dass kein privates Unternehmen besser gestellt sei als seine Wettbewerber.

Schlussfolgerung:

Mit dieser Entscheidung hat der EuGH die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Einrichtungen in einem wichtigen Punkt klargestellt - mit möglicher Weise weitreichenden Folgen auch für die österreichischen Kammern! Im Einzelfall werden die Kriterien der „öffentlichen Finanzierung“ und der „staatlichen Leitungsaufsicht“ neu zu beleuchten sein.

Rechtfertigung eines Musskriteriums ausreichend

BVwG vom 25.07.2014; W138 2008703-2

Leitsatz:

Das BVwG hatte zu entscheiden, ob die Mindestanforderung einer Ausschreibung, wonach der Bieter in der Lage sein musste, Asphalt im Umkreis von max. 80 km der Baustellenmitte zu beziehen und zu liefern, den Grundsätzen des Vergaberechts widerspricht oder nicht.

Sachverhalt:

Die ASt hatte vorgebracht, dass als Asphaltmischwerke im Umkreis von 80 km nur solche des Bundeslandes Kärnten in Frage kämen.

Eigentümer bzw. Betreiber von Asphaltmischwerken in Kärnten würden jedoch vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen mit Unternehmern, die an ihnen nicht beteiligt seien und/ oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, bekanntlich keine Bietergemeinschaft eingehen und würden sich auch weigern, im Vorfeld SU-Verfügungserklärungen abzugeben.

Die AG erklärte, von einer solchen Vorgehensweise nichts zu wissen und verwies auf die RSV 08.16.01 („Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen technischen Inhalts“), welche Vertragsbestandteil der Ausschreibung waren. Dort war die strittige maximale Transportweite mit der Begründung festgelegt, dass derart Qualitätseinbußen unter üblichen Transportbedingungen vermieden würden. Die ASt brachte dazu vor, dass die gewünschte Qualität auch auf andere Weise hätte erreicht werden können.

Entscheidungssätze:

Das BVwG war der Ansicht, dass es sich bei der RSV 08.16.01 um eine geeignete Leitlinie iSd § 97 Abs 2 BVergG handle. Dafür spreche, dass diese RSV ein Notifizierungsverfahren durchlaufen habe, keine Handelshemmnisse festlege und sich der räumliche Anwendungsbereich auf ganz Österreich erstrecke.

Es sei daher von einer sachlichen Rechtfertigung der strittigen Bestimmung auszugehen, zumal die AG nachvollziehbar darlegen konnte, insbesondere unter Verweis auf die RSV 08.16.01, dass die Qualität des Asphaltes leide, je länger die Transportweite ist. Die behaupteten Auswirkungen (konkret: der behauptete Ausschluss nicht regionaler Unternehmer) waren nur insofern relevant, als das BVwG feststellte, dass es der ASt nicht gelungen sei, objektiv nachvollziehbar darzulegen, dass die AG in Kenntnis der angeblichen Praxis in Kärnten war.

So habe sich im durchgeführten Ermittlungsverfahren kein objektiv nachvollziehbarer Hinweis darauf ergeben, dass die AG das Musskriterium von 80 km aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen zum Zwecke der Bevorzugung von Kärntner Firmen gewählt hat.

Schlussfolgerung:

Somit ist allein die sachliche Rechtfertigung des Musskriteriums (hier: durch die RSV als geeignete Leitlinien) sowie der Mangel an objektiv nachvollziehbaren Hinweisen auf verpönte Motive ausreichend, dass ein AG ein derartiges Kriterium als Mindestanforderung in eine Ausschreibung aufnehmen kann.

Eintragungsfehler

LVwG Wien vom 20.05.2014; VGW-123/061/22559/2014

Leitsatz:

Das LVwG Wien hat sich mit der Frage auseinander gesetzt, ob das irrtümliche Anführen bloßer Überstundenzuschläge (also 33% bzw 66%) anstatt der anzugebenden Normalarbeitszeit inklusive der Überstundenzuschläge (also 133% bzw 166%) in der Preiskalkulation, einen Rechenfehler bzw. einen behebbaren Mangel darstellt.

Sachverhalt:

Es handelte sich dabei um ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Vollwartung von Fahrtreppen für die Dauer von 10 Jahren. AG war ein Unternehmen im Sektorenbereich und der Zuschlag sollte nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Die ASt focht als Bieterin in diesem Verfahren die Ausscheidensentscheidung an.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Wien hatte zu beurteilen ob gegenständlich ein „Rechenfehler“ vorliegt und stellte dabei zunächst auf die Durchführung einer Rechenoperation ab.

Nach Ansicht des Gerichtes lag hier keine fehlerhafte mathematische Operation zugrunde, da bloß falsche Werte eingetragen wurden und man diese nicht etwa falsch addiert, multipliziert etc. hatte. Daher liege mangels falscher Rechenoperation kein „Rechenfehler“ in diesem Sinne, sondern vielmehr ein „Eintragungsfehler“ vor. Anknüpfend an ein Erkenntnis des VwGH (2005/04/0111), wonach es sich bei einem Rechenfehler um eine „mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters“ handelt, setzte sich das Gericht auch mit der Frage des Vorliegens eines evidenten Erklärungsirrtums auseinander. Das LVwG bezog sich dabei auf ein Erkenntnis des VKS Wien (VKS-6478/12), nach dem ein evidenter Erklärungsirrtum nicht mehr vorliegt, wenn zur Aufklärung ein Nachfragen beim Bieter erforderlich ist.

Im Anlassfall wurde der betreffende Bieter mittels Aufklärungsschreiben dazu aufgefordert das Zustandekommen der niedrigen Überstunden zu erklären. Nach Ansicht des Gerichts war dieses Nachfragen auch notwendig, da der Erklärungswert der eingetragenen Beträge Fragen aufwarf, die eine Aufklärung unbedingt erforderten. Die Vermutung der AG, es handle sich bei den angegebenen Werten möglicherweise bloß um die Überstundenzuschläge, sei zwar korrekt gewesen, jedoch konnte die AG dies nur vermuten und nicht gesichert davon ausgehen. Da eine Aufklärung durch den Bieter erforderlich war, lag im Ergebnis somit auch kein evidenter Erklärungsirrtum vor.

Schlussfolgerung:

Zusammengefasst ist nach Ansicht des LVwG Wien daher mangels falscher Rechenoperation sowie mangels Evidenz, kein „Rechenfehler“ gegeben. Selbst bei Vorliegen eines Rechenfehlers, wäre dieser im konkreten Fall als gravierender inhaltlicher Mangel einzustufen gewesen, weil eine Berichtigung das Angebot inhaltlich wesentlich geändert hätte, das deutlich über die Toleranzgrenze einer Mängelbehebung hinausgegangen wäre. Der „Rechenfehler“ wäre demnach unbehebbar gewesen. Das Angebot wurde daher zu Recht ausgeschieden.

Mindestlohn eines ausländischen Subunternehmers

EuGH vom 18.09.2014; C-549/13

Leitsatz:

Hier geht es um die Frage, ob die Festlegung eines im Mitgliedstaat des Auftraggebers geltenden Mindestlohnes auch für ausländische Subunternehmer unionsrechtskonform ist. Der EuGH entschied, dass eine derartige Regelung in den Ausschreibungsunterlagen die Dienstleistungsfreiheit von Bietern beschränkt und auch nicht aus Gründen der sozialen Sicherheit gerechtfertigt werden kann.

Sachverhalt:

Die Stadt Dortmund hat einen Dienstleistungsauftrag zur Aktendigitalisierung im OSB ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen war eine Mustererklärung enthalten, wonach sich der Bieter verpflichtet, seinen Beschäftigten einen nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz von Nordrhein- Westfalen (TVgG-NRW) bestimmten Mindestlohn zu zahlen und von seinen Subunternehmern zu verlangen, dass sie ihrerseits ebenso diese Mindestlohnvorschriften einhalten.

Ein Bieter, welcher die Leistungen aus dem Auftrag in einem anderen Mitgliedstaat (im konkreten Fall Polen) durch den dort ansässigen Subunternehmer ausführen lassen würde, hielt diese Regelung für vergaberechtswidrig.

Er könne den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen SU nicht zur Einhaltung des in Nordrhein-Westfalen geltenden Mindestlohnes verpflichten, da ein solcher Mindestlohn nach den dortigen Gesetzen nicht vorgesehen ist und auf Grund der dort bestehenden Lebensverhältnisse nicht üblich ist.

Entscheidungssätze:

Der EuGH entschied, dass die gegenständliche Regelung in den Ausschreibungsunterlagen die Dienstleistungsfreiheit von Bietern beschränkt.

Er stellte mit Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung (Rs C- 189/08, Rüffert) zunächst fest, dass nationale Maßnahmen, welche lediglich den öffentlichen Sektor betreffen, nicht geeignet sind, das Ziel des Arbeitnehmerschutzes zu garantieren. Indem die Regelung über den Mindestlohn keinen Bezug zu den in dem Mitgliedstaat bestehenden Lebenserhaltungskosten hat, in dem die Leistungen ausgeführt werden, und damit den in dem letztgenannten Mitgliedstaat ansässigen SU die Möglichkeit vorenthalten würde, aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen, kann sie nicht gewährleisten, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes erreicht wird.

Schlussfolgerung:

Werden durch einen nicht im Auftraggeberland ansässigen Subunternehmer nicht die in diesem Staat geltenden Mindestlöhne bezahlt, so ist auch das Sozialversicherungssystem des Auftraggeberlandes dadurch nicht belastet, sondern lediglich jenes des Mitgliedstaates, in dem der SU ansässig ist. Öffentliche Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen hinsichtlich sozialer Aspekte (wie zB die Zahlung eines bestimmten Mindestlohnes) nur dann in die Ausschreibungsunterlagen aufnehmen, wenn diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

Antragslegitimation im Vergabekontrollverfahren

EuGH vom 4.07.2013, C 100/12 („Fastweb“)

Leitsatz:

Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des VwGH kommt einem Bieter keine Antragslegitimation in einem Vergabekontrollverfahren zu, wenn sein eigenes Angebot auszuschneiden ist (zB VwGH 2005/04/0067). Dies gilt unabhängig davon, ob das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ebenfalls auszuschneiden ist (VwGH 2005/04/0200). Nach diesem neuen Judikat des EuGH ist die Antragslegitimation zumindest in den Fällen, in denen alle Angebote auszuschneiden sind (und für den Auftraggeber damit keine Möglichkeit besteht, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen), zu bejahen. Der Antrag ist inhaltlich zu behandeln und kann zu einer Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Offen bleibt, ob dies auch für Fälle gilt, in denen nicht alle Angebote auszuschneiden sind, sehr wohl aber jenes des Antragstellers. Genaue Aufklärung dazu gibt der EuGH nicht.

Sachverhalt:

Der EuGH hatte sich in diesem Erkenntnis damit auseinanderzusetzen, dass eine italienische IT-Behörde auf Basis einer Rahmenvereinbarung mehrere Angebote für Leitungen zur Datenübertragung und für Telefondienstleistungen einholte. Der unterlegene Bieter Fastweb erhob Klage gegen die Vergabe an einen Mitbewerber, wobei dieser Mitbewerber seinerseits Widerklage erhob. Im Ergebnis stand vor der italienischen Nachprüfungsbehörde fest, dass weder das Angebot von Fastweb noch jenes des erfolgreichen Mitbewerbers alle Anforderungen erfüllt. Ähnlich wie in Österreich kam eine Klagsbefugnis nach italienischer Rechtsprechung bisher nur jenem Unternehmer zu, der rechtmäßig am Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat. Das italienische Gericht richtete daraufhin eine entsprechende Frage an den EuGH zur Vorabentscheidung.

Entscheidungssätze:

Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass ein Nachprüfungsantrag in dieser Konstellation zulässig sein muss. Es muss inhaltlich über die Angebote des erfolgreichen Bieters und des Antragstellers entschieden werden.

Rundschreiben des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes

Der Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst hat mit Rundschreiben vom 24.07.2013 ein weites Verständnis der EuGH-Entscheidung „Fastweb“ zum Thema Antragslegitimation an den Tag gelegt. Insbesondere folgende Ansichten sind interessant:

Die Zurückweisung eines Antrages darf auch in Verfahren mit mehr als zwei Verfahrensparteien nicht mit der Ungeeignetheit des Angebots der Antragstellerin begründet werden. Die Antragslegitimation ist immer dann zu bejahen, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat. Dies gilt nicht nur für Nachprüfungsverfahren, sondern auch für Feststellungsverfahren.

Kommentar:

Der BKA-Verfassungsdienst stellt damit klar, dass die Entscheidung des EuGH „Fastweb“ aus seiner Sicht keine Einzelfallentscheidung für die in diesem Fall vorliegende besondere Sachverhaltskonstellation (nur zwei Bieter im Verfahren) ist.

Schlussfolgerung:

Abzuwarten sind die ersten Entscheidungen der österr. Vergabekontrollbehörden auf Basis des Urteils „Fastweb“. Im Sinne der Ansicht des BKA-Verfassungsdienstes ist aller Wahrscheinlichkeit nach von einem weiten Verständnis und damit von einer Abkehr der bisherigen -sehr formalistischen „Antragslegitimationsjudikatur“ auszugehen. 24 Dr. Gerfried Weyringer, Rechtsservice der WK-Steiermark. Tritt dieser Fall ein, können Rechtschutzsuchende ihre derzeit zu Recht bestehende Furcht vor einer „Zerpflückung“ ihres Angebots im Hinblick auf mögliche Ausscheidungsgründe, die in einer Zurückweisung ihres Antrages mangels Antragslegitimation resultieren, (zumindest teilweise) ablegen.

Ob dadurch im Ergebnis etwas gewonnen wird, bleibt jedoch zu bezweifeln. Denn Auftraggeber werden danach trachten, mangelhafte Angebote schon im Vorfeld formell auszuschneiden und so den Auswirkungen des Urteils „Fastweb“ schon vorab entgegenzuwirken. Die Frage der Antragslegitimation stellt sich dabei nämlich nicht.

Recht auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens

BVA vom 14.08.2013, N/0075-BVA/08/2013-29

Leitsatz:

Nach der EuGH-Entscheidung vom 4.07.2013 „Fastweb“, gibt es bereits erste Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden, die hinsichtlich der Antragslegitimation ausgeschiedener Bieter Abgrenzungen vornehmen.

Auch im konkreten Fall hatte das BVA zu prüfen, inwieweit ein ausgeschiedener Bieter noch die später ergangene Zuschlagsentscheidung anfechten kann.

Sachverhalt:

Der Entscheidung lag ein Bauauftrag im USB zur Errichtung von Lärmschutzwänden zu Grunde. Die ASt wurde im Verfahren ausgeschieden, da sie nicht alle geforderten Nachweise hinsichtlich bestimmter Fabrikate vorgelegt hat und die Kalkulationen zu bestimmten Einheitspreisen nicht nachvollziehbar waren.

Die ASt bekämpfte sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung, welche wenige Tage danach ergangen ist. Bezüglich der Ausscheidensentscheidung brachte sie vor, dass die AG erst nach Auftragserteilung das Recht habe, Materialien zu untersagen, welche nicht die geforderten Eigenschaften aufweisen würden.

Zwei der vier genannten Fabrikate hätten die Ausschreibungsunterlagen jedenfalls vollinhaltlich erfüllt; nur von einem Fabrikat hätte die ASt die erforderlichen Nachweise nicht vorlegen können.

Entscheidungsätze:

Im Nachprüfungsverfahren hielt das BVA fest, dass es Aufgabe des Bieters ist, nur diejenigen Bezugsquellen anzubieten und damit auch nur diejenigen Teile anzugeben, welche die Ausschreibungsbedingungen erfüllen. Da alle angebotenen Fabrikate, die ein Bieter angibt, die erforderlichen Qualitätsmerkmale erfüllen müssen, entschied das BVA, dass die ASt zu Recht ausgeschieden wurde, da eben nicht alle ihre angebotenen Fabrikate die geforderten Qualitätsmerkmale erfüllten.

Hinsichtlich der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung führte das BVA aus, dass die erst kürzlich ergangene EuGH-Entscheidung „Fastweb“ nicht übertragbar ist, da dieser ein anderer Sachverhalt zugrunde lag. Im vorliegenden Fall gibt es nämlich mehrere nicht ausgeschiedene Angebote, die den Zuschlag erhalten könnten. Weiters wurde festgehalten, dass der von der ASt gezogene Schluss, dass sie - selbst dann, wenn sie ein nicht ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat - das Recht besitzen würde, de facto alle Angebote einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung durch eine Rechtschutzbehörde zuzuführen, verfehlt ist. Es entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben zur öffentlichen Auftragsvergabe, dass ein Bieter, der zu Recht ausgeschieden wurde, dennoch alle potentiellen Zuschlagsentscheidungen anfechten kann, oder - weiter gedacht - ein Bieter, der keine echte Chance mehr auf den Erhalt eines Zuschlages hat, ein Nachprüfungsverfahren anstrengen kann. Dies würde zu einer Einführung eines subjektiven Rechts auf Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch jeden, der behauptet, Bieter in einem Vergabeverfahren zu sein, führen.

Ein solch weites Verständnis ist gesetzlich nicht vorgesehen und wurde auch nicht durch die EuGH-Entscheidung „Fastweb“ ausgesprochen.

Schlussfolgerung:

Abschließend zeigt das BVA noch die möglichen Konsequenzen der Einführung eines solchen subjektiven Rechts auf:

Ein derart weites Verständnis eines subjektiven Rechts eines chancenlosen Bieters auf Grund von unbegründeten Vorbringen hinsichtlich des Angebotes der präsumptiven Zuschlagsempfängerin bzw. des rechtsrichtigen Handelns der öffentlichen AG würde letztlich zu unvorhersehbaren Verzögerungen und rechtsstaatlich nicht gesetzeskonformen Transaktionskosten führen.

Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters

BVA vom 19.08.2013, N/0073-BVA/06/2013-47

Leitsatz:

In der vorherigen Entscheidung vom 14.08.2013 wurde die Anwendbarkeit von „Fastweb“ vom BVA mit dem Argument verneint, dass es neben den Angeboten der (ausgeschiedenen) ASt und der präsidentiven Zuschlagsempfängerin auch noch andere nicht ausgeschiedene Angebote gäbe, die den Zuschlag erhalten könnten. Es kommt aber nicht immer auf die Anzahl der abgegebenen Angebote an.

In der ggst. Entscheidung hat das BVA festgehalten, dass sowohl das Angebot der ASt, als auch das Angebot der präsidentiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wären. Auch wenn der AG die Angebote tatsächlich nicht ausgeschieden hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann.

Sachverhalt:

Ähnlich dem Sachverhalt der zuvor angeführten Entscheidung des BVA, wurden auch in diesem Verfahren mehrere Angebote abgegeben. Wesentlicher Unterschied war aber, dass das BVA in den widersprüchlichen und unklaren Ausschreibungsunterlagen, die geeignet waren die Bieter in die Irre zu führen, einen zwingenden Widerrufsgrund erkannte.

Mangels eindeutiger Leistungsbeschreibung konnte der AG weder Angebote mit der Begründung der Ausschreibungswidrigkeit ausscheiden, noch das Verfahren - ohne Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens - durch Zuschlagserteilung zu Ende führen.

Entscheidungssätze:

Sowohl das Angebot der ASt als auch jenes der präsidentiven Zuschlagsempfängerin wären auszuscheiden gewesen.

Zudem war die Angebotsprüfung noch nicht zu Ende geführt und somit nicht auszuschließen, dass eine eingehende Angebotsprüfung auch bei anderen Bietern Ausscheidensgründe zutage bringen könnte.

„Diese Konstellation ist nach Ansicht des BVA mit jener in der Rechtssache „Fastweb“ vergleichbar, ist es doch auch hier dem AG unmöglich, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.

Es ist daher jedenfalls vom Vorliegen eines berechtigten Interesses am Ausschluss des Angebotes des anderen iSd Rechtsprechung des EuGH auszugehen, sodass die Antragslegitimation der ASt als gegeben erachtet wird.

Schlussfolgerung:

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es nach Ansicht des BVA nicht auf die Anzahl der abgegebenen Angebote ankommt, sondern vielmehr darauf, ob es dem AG unter Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze möglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen und den Zuschlag zu erteilen.

Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung

BVwG vom 31.01.2014, W139 2000171-1

Leitsatz:

Die Frage der Zulässigkeit des tatsächlich erfolgten Ausscheidens eines Angebotes durch den AG bildet die Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens, über die in der Sache zu entscheiden ist (VwGH vom 12.09.2007, 2005/04/0181).

Die ASt hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw drohenden Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG plausibel dargestellt, sodass ihre Antragslegitimation gegeben ist. Die vorliegende Konstellation ist damit nicht mit jener in der Rechtssache „Fastweb“ vergleichbar, zumal nicht die Zuschlagsentscheidung bzw die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, den Anfechtungsgegenstand darstellt, sondern das Ausscheiden eines Angebotes. Dieses muss, wie der EuGH in der Rechtssache „Fastweb“ betont, einer Nachprüfung zugänglich sein.

Sachverhalt:

In dem der Rechtssache zugrunde liegenden Vergabeverfahren teilte der AG dem Bieter die Ausscheidung seines Angebotes mit; die Zuschlagsentscheidung traf der AG (noch) nicht.

Der Bieter bekämpfte diese Ausscheidensentscheidung u.a. mit dem Vorbringen, dass (auch) die Angebote aller anderen Bieter auszuschneiden und das Verfahren zwingend zu widerrufen sei.

Der Bieter berief sich auf die Entscheidung „Fastweb“ und behauptete ein berechtigtes Interesse am Ausscheiden der Angebote der anderen Bieter zu haben.

Entscheidungssätze:

Das BVwG hielt fest, dass die vorliegende Konstellation nicht mit jener in der Rechtssache „Fastweb“ vergleichbar ist, zumal nicht die Zuschlagsentscheidung des AG den Anfechtungsgegenstand darstellt, sondern das Ausscheiden eines Angebotes.

Da das Unterlassen des Ausscheidens und das Unterlassen des Widerrufs keine gesondert anfechtbaren Entscheidung sind, war laut BVwG die Hauptfrage des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens allein, ob das Angebot des ASt zu Recht ausgeschieden wurde oder nicht.

Das BVwG stellte zwingende Ausscheidensgründe fest, weshalb der Antrag, die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären, abgewiesen wurde. Auch der Eventualantrag, das Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, da alle anderen Angebote auszuschneiden sind, wurde zurückgewiesen.

Verbale Begründung der Bewertungskommission

BVA vom 5.08.2013, N/0071-BVA/04/2013-32

Leitsatz:

Die ASt machte u.a. vermeintliche Fehler der Bewertungskommission bei der Bewertung von Auswahlkriterien geltend.

Im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung sei in der Ausschreibung unzulässiger Weise keine verbale Begründung durch die Bewertungskommission vorgesehen gewesen.

Sachverhalt:

Die Ausschreibungsunterlagen sahen die Bewertung zweier Konzepte (Schulungs- und Qualitätskonzept) durch eine Bewertungskommission vor.

Die Bewertung sollte autonom nach subjektiven Kriterien auf einem Bewertungsblatt erfolgen, wobei Punkte nach einem Schema vergeben werden sollten.

In den Ausschreibungsunterlagen war demnach keine verbale Begründung der Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder festgelegt, sondern war die festgelegte Vorgangsweise auf eine rein ziffernmäßige Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder beschränkt. Aus diesem Grund bekämpfte die ASt die ggst. Ausschreibung.

Entscheidungssatz:

Zwar brachte die AG im Verfahren vor, dass eine verbale Begründung jedenfalls erfolge, zumal sie um Transparenz bemüht sei.

Das BVA war davon jedoch wenig überzeugt und führte aus, dass Bekenntnisse des AG während des Nachprüfungsverfahrens, im Vergabeverfahren um Transparenz bemüht zu sein, nicht zur Vergaberechtskonformität der Ausschreibung führen.

Laut BVA wäre es notwendig gewesen, die Vorgangsweise der Bewertungskommission und damit auch der Umstand, dass die ziffernmäßige Bewertung der Kommissionsmitglieder in einer verbalen Begründung bereits zum Bewertungszeitpunkt ihren Niederschlag findet, in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, noch bevor die diesbezüglichen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen bestandskräftig und damit unanfechtbar werden.

Eine nach einer Entscheidung zugunsten des Bestbieters nachgereichte verbale Begründung für die ziffernmäßige Bewertung würde nämlich Manipulationsmöglichkeiten eröffnen.

Die gesamte Ausschreibung wurde daher - auch unter Verweis auf die Rechtsprechung des VwGH (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019) - für nichtig erklärt.

Schlussfolgerung:

Diese Entscheidung spiegelt die bisherige Linie des BVA (und VwGH) wieder, wonach sich eine verbale Begründung nur dann auf einen Hinweis auf die von den einzelnen Kommissionsmitgliedern vergebenen Punkte beschränken kann, soweit künstlerisch-ästhetische Kriterien beurteilt werden sollen und daher dem subjektiven Empfinden der Kommissionsmitglieder ein besonderer Stellenwert zukommt (BVA 31.05.2011, N/0029-BVA/12/2011)-22.

Das BVA spricht in der Entscheidung aber auch aus, dass für den Fall, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten und damit bestandsfest geworden sind, eine verbale Begründung nicht erfolgen müsste.

Die Festlegung des AG, wonach keine verbale Begründung vorgesehen ist, könnte in einem solchen Fall mangels Anfechtung Bestandskraft erlangen.

Angemessenheit von Eignungs- und Auswahlkriterien

BVA vom 8.07.2013, N/0038-BVA/10/2013-35

Leitsatz:

In dieser Entscheidung traf das BVA eine Reihe von Aussagen zur Angemessenheit von Eignungs- und Auswahlkriterien.

Sachverhalt:

Die AG führte ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im OSB zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für den Bezug von Hygienepapier in zwei Losen durch. Die ASt beantragte die Nichtigerklärung der Teilnahmeunterlagen und brachte im Wesentlichen vor:

Auftragsgegenstand: Dem vom AG angenommenen Beschaffungsbedarf liegt eine erhöhte Bedarfserhebung zugrunde, die mit dem tatsächlich zu erwartenden Beschaffungsbedarf in keinem Zusammenhang steht.

Die Mindestvoraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit (Referenz-Projekte in Höhe der Hälfte des Auftragswertes) orientieren sich an einer erhöhten Bedarfserhebung und stehen in keiner Relation zum tatsächlich zu erwartenden Beschaffungsbedarf. Die Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sind überzogen.

Die Auswahlkriterien orientieren sich an einer erhöhten Bedarfserhebung und stehen in keiner Relation zum tatsächlich zu erwartenden Beschaffungsbedarf. Die geforderte Anzahl der Außendienstmitarbeiter als Eignungs- und Auswahlkriterium steht in keiner Relation zum Auftrag, da ein Beratungsbedarf vor Ort in der Praxis kaum vorkommt.

Die AG brachte vor, dass der Beschaffungsbedarf auf Grundlage der Abrufmengen der Vergangenheit ermittelt worden sei und sohin auch die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit und die Auswahlkriterien im Hinblick auf den tatsächlichen Beschaffungsbedarf angemessen seien.

Auch die Festlegungen zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und die geforderte Anzahl von Außendienstmitarbeitern seien angemessen.

Entscheidungssätze:

Das BVA gab dem Antrag auf Nichtigerklärung statt und erklärte die Teilnahmeunterlagen für nichtig. Im Einzelnen ging das BVA in seiner Begründung auf folgende Punkte näher ein: Auftragsgegenstand: Zunächst hielt das BVA fest, dass § 25 Abs 7 BvergG den AG einer Rahmenvereinbarung zu einer „Schätzung“ seines Bedarfes verpflichtet.

Der Rückgriff auf Erfahrungswerte der Vergangenheit sei bei Lieferaufträgen eine gängige und zulässige Methode, sodass der bisherige Bedarf im Ausgangsfall eine gängige Methode darstelle, den zukünftigen Bedarf zu schätzen.

Mindestvoraussetzungen an die technische Leistungsfähigkeit:

Dazu hielt das BVA fest, dass Referenzprojekte dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen.

Mindestvoraussetzungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit müssen dem Auftragsgegenstand angemessen und durch ihn gerechtfertigt sein.

Maßstab ist der konkrete Auftrag. Die vorliegenden Mindestvoraussetzungen seien angemessen und auftragsbezogen.

Zur geforderten Anzahl der Außendienstmitarbeiter sprach das BVA aus, dass von der AG für insgesamt 1.500 vorgesehene Beratungsbesuche in beiden Losen zusammen vier Mitarbeiter vorgesehen seien.

Diese Zahl sei dem Auftrag insbesondere deshalb nicht angemessen, weil die AG in beiden Losen von zwei Außendienstmitarbeitern für die Beratungsbesuche ausgegangen sei; der Beratungsbedarf im Los 2 tatsächlich aber viel geringer sei als im Los 1.

Die geforderte Anzahl der Außendienstmitarbeiter im Los 2 stehe daher in keiner Relation zum Auftrag.

Die Bewertung von lediglich „verfügbaren“ Außendienstmitarbeitern, die nicht zur Leistungserbringung eingesetzt werden sollen, stehe ebenfalls in keiner Relation zum Auftrag.

Schlussfolgerung:

Wählt der AG ein derartiges Auswahlkriterium, so führt dies dazu, dass größere Unternehmen gegenüber kleineren bevorzugt werden und es damit zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von Bietern durch den AG kommt.

Keine Erstreckung der Angebotsfrist

VwGH vom 12.09.2013, Zl: 2010/04/0119

Leitsatz:

Der VKS Wien judiziert seit Jahren: Durch eine Verlängerung der Angebotsfrist (= Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen) wird die Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nicht verlängert (so zuletzt VKS-115472/13). Der VwGH hat diese Rechtsprechung nunmehr - (und entgegen leise geäußelter Andeutungen in 2008/04/0161 - bestätigt.

Sachverhalt:

In der Ausgangssache war das Ende der Angebotsfrist ursprünglich mit 20.05.2010 festgesetzt und sodann zunächst auf 25.05 und schließlich - in Folge einer Anfechtung - bis 30.07.2010 verlängert worden. Am 22.07.2010 wurde vom ASt die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen beantragt.

Entscheidungssätze:

Der VKS Wien erachtete den Nachprüfungsantrag (in dem weder die von der AG vorgenommene Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen noch das neu festgesetzte Ende der Angebotsfrist bekämpft wurde) für verfristet.

Da die Festlegungen der Ausschreibung innerhalb der zunächst geltenden Anfechtungsfrist (20.05.2010) nicht bekämpft worden seien, seien sie bestandsfest geworden und könnten mit dem nunmehr vorliegenden Nachprüfungsantrag daher auch nicht mehr angefochten werden.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH bestätigte dies und hielt fest, dass eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig ist, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt.

In einem solchen Fall wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (siehe VwGH- Erkenntnis vom 29.05.2005, Zl. 2002/04/0180). Durch die Berichtigung wird somit die Ausschreibung nicht zur Gänze neu gefasst, sondern nur in bestimmten Punkten geändert. Vor diesem Hintergrund ist aber nicht davon auszugehen, dass mit einer Berichtigung und einer damit verbundenen Verlängerung der Angebotsfrist, die bereits eingetretene Bestandskraft der Ausschreibung zur Gänze wieder beseitigt wird.

Vielmehr besteht eine Anfechtungsmöglichkeit nur hinsichtlich des Inhalts der Berichtigung, die eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist und somit eine - eigenständige - gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt.

Eine Notwendigkeit, die Anfechtungsmöglichkeit auf Grund einer Berichtigung wieder zu eröffnen, sei daher nicht zu erkennen.

Schlussfolgerung:

Oftmals zeigt sich erst knapp vor Ablauf der Anfechtungsfrist, dass eine Ausschreibung berichtigt werden muss. Eine solche Berichtigung lässt sich freilich in der Regel vom AG nicht binnen Stunden „aus dem Hut zaubern“. Vielfach wurde daher als erster Schritt die Angebotsfrist verlängert und den Bietern angekündigt, dass eine Berichtigung erfolgen werde. Die dargestellte Rechtsprechung zeigt aber, dass die Bieter damit in Wahrheit in der Falle sitzen:

Entweder sie fechten die Ausschreibung an (was nicht immer von Vorteil sein muss), oder sie vertrauen darauf, dass die Berichtigung ihre Bedürfnisse erfüllen wird (und liefern sich damit angesichts der dann abgelaufenen Angebotsfrist der Gutmütigkeit des Auftraggebers aus).

Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit

VwGH vom 12.09.2013, Zl: 2012/04/0010

Leitsatz:

Trotz einer festgestellten Verfehlung iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG (insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts), steht einem Bieter gemäß § 73 Abs 1 das Recht zu, glaubhaft dazutun, dass er zuverlässig ist, sofern er gegenüber dem Auftraggeber darlegen kann, dass er konkrete technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen zu verhindern.

Sachverhalt:

Im Rahmen eines offenen Verfahrens im OSB bekämpfte ein Bieter die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer BIEGE mit der Begründung, dass das Angebot der BIEGE auszuschneiden gewesen wäre, da der Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG (schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit) gegeben sei.

Entscheidungssätze:

Der UVS Kärnten gab dem Antrag statt und erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig, da einem Mitglied der BIEGE fünf rechtskräftige Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) zuzurechnen seien und die AG verpflichtet gewesen wäre, das Angebot der BIEGE im Sinne des § 73 BVergG (Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit) zu prüfen.

Begründend führte der UVS Kärnten näher aus, dass das BIEGE Mitglied nicht glaubhaft habe machen können, dass seine Zuverlässigkeit iSd § 73 Abs 3 BVergG vorliege.

Die von der BIEGE dargelegten Maßnahmen seien daher im Ergebnis nicht ausreichend, um glaubhaft darzutun, dass das BIEGE Mitglied „sämtliche ihr zumutbaren organisatorischen und personellen Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlung bzw Verfehlungen zu verhindern.“

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH hob den Bescheid des UVS Kärnten auf und begründete, dass ein Bieter gemäß § 73 Abs 1 trotz einer festgestellten Verfehlung die Möglichkeit hat, glaubhaft zu machen, dass er trotz der festgestellten Umstände zuverlässig ist. „Schon der Wortlaut des § 73 Abs 2 BVergG zeigt, dass nicht - wie von der belangten Behörde angenommen - sämtliche Maßnahmen zu treffen sind, sondern konkrete (technische, organisatorische oder personelle) Maßnahmen, die nicht zwingend kumulativ getroffen werden müssen.“ Auch müssen die zu ergreifenden Maßnahmen sich in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen.

Für den Fall, dass der betroffene Bieter konkrete Maßnahmen getroffen hat, ist in einem weiteren Schritt gemäß § 73 Abs 3 BVergG 2006 eine Abwägung zwischen den vom Bieter gesetzten Maßnahmen sowie der Anzahl und Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen vorzunehmen.

Schlussfolgerung:

Letztlich stellt die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit eine Prognoseentscheidung dar; eine absolut sichere Aussage ist nie möglich. Wichtig ist aber, dass der AG die notwendigen Ermittlungen vor nimmt und das Vorbringen des Unternehmers kritisch prüft

und anschließend entsprechend beurteilt. Nach den Feststellungen des VwGH gelten diese Anforderungen auch für die entscheidende Behörde. Entgegen der genannten Voraussetzungen nahm der UVS Kärnten die gesetzmäßige Abwägung nach § 73 Abs 3 BVergG jedoch nicht vor. Darüber hinaus fehlen die notwendigen Feststellungen zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen, sondern es wurde von der entscheidenden Behörde lediglich die Anzahl der Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG als unstrittig behandelt.

Inanspruchnahme ausländischer Arbeitskräfte

VwGH vom 26.02.2014, Zl: 2011/04/0159

Leitsatz:

Die Bf beabsichtigte zur Leistungserbringung bulgarische Arbeitskräfte einzusetzen. Einen Nachweis über eine aufrechte Beschäftigungsbewilligung laut Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) legte sie jedoch nicht vor, weshalb ihr Angebot vom AG ausgeschieden wurde. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob denn für die Herstellung und Montage von Außen- und Innenkletterwänden eine solche Bewilligung überhaupt erforderlich war?

Sachverhalt:

Der UVS Niederösterreich klärte vorab die Frage, welcher Auftragsart die Leistung zuzuordnen ist und kam zu dem Ergebnis, dass der Auftrag neben der Lieferung der einzelnen Kletterwandelemente auch in einem nicht unerheblichen Ausmaß Dienstleistungen enthält (= gemischter Auftrag).

Entscheidungssätze:

Für einen derartigen gemischten Auftrag wäre seiner Ansicht nach jedenfalls eine Entsendebewilligung laut AuslBG erforderlich. Weil diese - und damit eine wesentliche rechtliche Voraussetzung für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen vor Ort in Österreich - gefehlt habe, sei das Angebot der Bf zu Recht ausgeschieden worden.

VwGH-Entscheidungssätze:

Auch der VwGH misst der Frage der Auftragsart erhebliche Bedeutung zu. Dies vor allem deshalb, weil die Einschränkung des AuslBG nur auf die Erbringung von Dienstleistungen durch Ausländer anzuwenden ist. Hinsichtlich Leistungen im Zuge einer Warenlieferung ist eine derartige Einschränkung nicht vorgesehen. Handelt es sich wie im gegenständlichen Fall um einen gemischten Leistungsgegenstand, so komme es darauf an, ob die beiden Leistungsteile voneinander trennbar sind und - wenn dies nicht der Fall ist - welcher Teil überwiegt (VwGH 24.03.2009, 2007/09/0283).

Im angefochtenen Bescheid finden sich jedoch weder Feststellungen zur Trennbarkeit der beiden Leistungsbereiche, noch dazu, welcher der beiden Leistungsteile als überwiegend anzusehen ist.

Da die Bf - die Untrennbarkeit der Leistungsteile vorausgesetzt - nur bei einem Überwiegen des Dienstleistungsanteils verpflichtet gewesen wäre, Bewilligungen nach dem AuslBG einzuholen, sind dahingehende Feststellungen unabdingbar, um die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung überprüfen zu können.

Schlussfolgerung

Die Feststellung des UVS Kärnten, dass für den gegenständlichen gemischten Auftrag jedenfalls eine Entsendebewilligung erforderlich gewesen wäre, war daher aus den angeführten Gründen nicht ausreichend und der Bescheid aufzuheben.

Nachreichung im Vergabeverfahren

VwGH vom 21.01.2014, Zl: 2011/04/0003

Leitsatz

Für AG kann es verlockend erscheinen, Ausnahmetatbestände heranzuziehen, die es erlauben, statt eines Vergabeverfahrens mit Bekanntmachung nur ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen (§§ 28 Abs. 2, 29 Abs. 2, 30 Abs. 2 BVergG), oder überhaupt auf die Anwendung des BVergG gänzlich zu verzichten (§ 10 BVergG). Der EuGH betont jedoch, dass Ausnahmetatbestände sehr eng auszulegen sind und der öffentliche AG beweisen muss, dass alle Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands tatsächlich vorliegen.

Die österreichischen Vergabekontrollbehörden folgten bisher dem EuGH auf dieser äußerst strengen Linie und legten die Ausnahmetatbestände daher ebenfalls sehr eng aus. Der VwGH ist mit diesem Erkenntnis Auftraggebern jetzt jedoch ein Stück weiter entgegengekommen.

Sachverhalt:

Der AG hatte sich bei der Beschaffung von Stents (medizinischen Implantaten zur Behandlung von Gefäßverengungen) auf den Ausnahmetatbestand des § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG berufen, wonach ein Lieferauftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden darf, wenn er „aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann“.

Für das Vergabeverfahren hatte der AG die Stellungnahme von drei Kardiologen eingeholt. Dem BVA (BVA 30.01.2010 (N/0086-BVA/08/2008-152) reichten diese drei Stellungnahmen allerdings nicht aus, um die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands für erwiesen zu halten.

Der AG beantragte daraufhin die Bestellung von Sachverständigen, um nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands tatsächlich vorliegen.

Entscheidungssätze:

Das BVA lehnte dies mit der Begründung ab, dass der AG bereits in den Unterlagen des Vergabeverfahrens den sachverständigen Nachweis für die Zulässigkeit der Heranziehung des Ausnahmetatbestandes zu erbringen gehabt hätte.

Aufgabe des BVA sei es daher lediglich, die tatsächlichen in den Vergabeunterlagen des AG geschaffenen Entscheidungsbegründungen des AG dahin zu prüfen, ob diese ein Heranziehen des § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG hätten rechtfertigen können.

VwGH-Entscheidungssätze:

Aus Sicht des VwGH ist dieses Vorgehen rechtswidrig. Er hat den Bescheid des BVA daher aufgehoben und klargestellt, dass dem AG im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens die Gelegenheit geboten werden muss, zu beweisen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Ausnahmetatbestands auch tatsächlich vorliegen.

Die belangte Behörde ist somit unzutreffend davon ausgegangen, dass ihre Aufgabe bei der Beurteilung des Vorliegens des hier maßgeblichen Ausnahmetatbestandes darauf beschränkt ist, zu prüfen, ob der Nachweis der Zulässigkeit seiner Heranziehung vom AG bereits in den Vergabeunterlagen erbracht worden ist. Vielmehr ist demjenigen, dem die Beweislast obliegt, Gelegenheit zu geben, den ihm obliegenden Beweis zu erbringen.

Schlussfolgerung:

Trotz dieser „Beweiserleichterung“ durch den VwGH wird es für öffentliche AG, die sich auf derartige Ausnahmetatbestände berufen wollen, weiter zweckmäßig sein, bereits in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens unbefangene externe Sachverständige einzubeziehen (sowie eine freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung zu veröffentlichen).

Nur so lassen sich die Unsicherheiten bei der Anwendung der Ausnahmetatbestände beherrschen, wie dieser seit 2008 (!) laufende Beschaffungsvorgang zeigt.

Nachträgliches Übermitteln einer Bilanz

EuGH vom 10.10.2013 - RS C-336/12

Leitsatz:

Der EuGH hat sich hier mit der Frage auseinandergesetzt, ob die nachträgliche Überreichung der Bilanz zulässig ist.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist so auszulegen, dass die Aufforderung eines öffentlichen AG an einen Bewerber zulässig ist, nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Bewerbungen für ein Vergabeverfahren, Unterlagen, welche die Situation dieses Bewerbers beschreiben (wie die veröffentlichte Bilanz) an den AG zu übermitteln, wenn objektiv nachprüfbar ist, dass diese Unterlagen vor Ablauf der Bewerbungsfrist bereits existierten, soweit in den Verdingungsunterlagen nicht ausdrücklich vorgeschrieben war, dass sie innerhalb einer vorgegebenen Frist übermittelt werden müssen und andernfalls die Bewerbung ausgeschlossen wird.

Eine solche Aufforderung darf daher nicht den oder die Bewerber, an den bzw. die sie gerichtet war, ungerechtfertigt begünstigen oder benachteiligen.

Sachverhalt:

Der AG veröffentlichte eine Ausschreibung für den Betrieb von sieben Studienwahlzentren. Der Hauptteil der Leistungen lag in der Beratung von Auszubildenden über die Studien- und Berufswahl.

Aufgrund der Komplexität der Leistungen fand eine Vorauswahl statt, die im Punkt „Qualitative Auswahlkriterien“ folgende Bestimmung enthielt: Bieter, die berücksichtigt werden möchten, müssen als Grundlage der Beurteilung ihrer wirtschaftlichen und fachlichen Qualifikationen die folgenden Auskünfte geben und die genannten Mindestanforderungen erfüllen: Vorlage der letzten Bilanz des Bieters, sofern der Bieter verpflichtet ist, eine Bilanz zu erstellen.

Nach Abgabe der Teilnahmeanträge (und Ablauf der Teilnahmefrist) forderte der AG zwei Bewerber auf, die noch fehlenden Bilanzen zu übermitteln. Die spätere Zuschlagsentscheidung zugunsten dieser beider Bewerber wurde in der Folge mit der Begründung angefochten, dass die letzte Bilanz nicht gleichzeitig mit dem Teilnahmeantrag abgegeben wurde.

Entscheidungsätze:

Laut EuGH kann der AG verlangen, dass einzelne Angaben in einer Bewerbung berichtigt werden, soweit eine solche Aufforderung auf Unterlagen oder Angaben - wie etwa die Bilanz - gerichtet ist, bei denen nachprüfbar ist, dass sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist bereits vorlagen.

Anders wäre es jedoch, wenn die Ausschreibungsunterlage regelt dass die Nichteinreichung den Ausschluss des Bewerbers zur Folge hat. Die Aufforderung selbst darf den Bewerber weder begünstigen noch benachteiligen.

Was darf im Nachprüfungsverfahren behauptet werden?

OGH vom 17.7.2014; Zl: 4 Ob 100/14f

Leitsatz:

Regelmäßig wird in Nachprüfungsverfahren vom ASt behauptet, dass die Entscheidung des AG nicht zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers hätte erfolgen dürfen. Die Frage ist jedoch wo die Grenze für derartige Behauptungen liegt.

Sachverhalt:

Im Anlassfall war es so, dass vom ASt die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Grundlage des öffentlich einsehbaren Jahresabschlusses behauptet wurde.

Im angestregten Gerichtsverfahren wurde die Unterlassung derartiger Behauptungen begehrt.

Entscheidungssätze:

Das Erstgericht sah in der Behauptung, der mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine unrichtige Tatsachenbehauptung, die den wirtschaftlichen Ruf gefährden könnte, erkannte aber gleichzeitig, dass ein Rechtfertigungsgrund des berechtigten Interesses an der Behauptung vorlag.

Dies wurde auch in zweiter Instanz bestätigt: Keine Haftung besteht für eine kreditschädigende Behauptung, die nicht öffentlich vorgebracht wurde, deren Unwahrheit nicht bekannt ist, wenn ein berechtigtes Interesse an einer derartigen Behauptung besteht.

Die Aufstellung einer Behauptung im obigen Sinn in Schriftsätzen gegenüber der Vergabekontrollbehörde wurde als nicht öffentliche Mitteilung qualifiziert.

Schlussfolgerung:

Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes wäre nur dann zu verneinen, wenn Behauptungen wissentlich falsch aufgestellt werden. Die aufgestellten Behauptungen wurden als Ausübung ihres Rechts auf Prozessführung gesehen und daher als gerechtfertigt angesehen. Zwischenzeitig hat der OGH die gegenständliche Causa abschließend beurteilt und die Entscheidung der zweiten Instanz bestätigt. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sind ganz allgemein Mitteilungen gegenüber einer zur Verschwiegenheit verpflichteten und sachlich zuständigen Behörde (4 Ob 187/99z; 4 Ob 50/09w) als "nicht öffentliche Mitteilungen" beurteilt worden. Der Einwand dass es zu einer Verhandlung vor dem VKS Wien hätte kommen können wurde vom OGH ebenfalls entkräftet: Die Vertraulichkeit ist gewährleistet, da zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann. In diesem Fall ist es auch den Parteien untersagt, daraus Umstände weiterzuverbreiten, sofern dies zur Wahrung der genannten Geheimnisse geboten ist.

Zurück- oder Abweisung eines Nachprüfungsantrages

VwGH vom 16.10.2013, ZI: 2012/04/0027

Leitsatz:

Ein Nichteingehen der Vergabekontrollbehörde auf das Vorbringen der ASt verletzt deren Recht auf Sachentscheidung.

Sachverhalt:

Ein an fünfter und damit an letzter Stelle gereihter Bieter beeinspruchte im Rahmen eines beschleunigten nicht offenen Verfahrens mit Bestbieterermittlung im USB die Zuschlagsentscheidung.

Der UVS Burgenland wies den Nachprüfungsantrag mit folgender Begründung zurück:

Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagsentscheidung geeignet gewesen wäre.

Ist dieser Umstand nicht gegeben, so ist die Antragslegitimation mangels Schaden zu verneinen. Dass alle anderen vorgereichten Angebote auszuschneiden gewesen wären, habe die ASt nicht behauptet.

Auch wenn man ihrem Vorbringen folge und ein „best-case- Szenario“ annehme, so habe die ASt auch mit diesem gar nicht Erstgereichte werden können.

Entscheidungssätze:

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid die Auffassung vertreten, der ASt fehle es an der Möglichkeit eines Schadens und somit an der Antragslegitimation im vorliegenden Nachprüfungsverfahren, weil ihr Angebot von der AG an fünfter und damit an letzter Stelle gereiht worden sei.

Diese Auffassung besteht nicht zu Recht. Der VwGH hob daher den Bescheid des UVS auf und begründete dies damit, dass das Vergabekontrollverfahren nicht der objektiven Rechtskontrolle dient, sondern der Prüfung, ob der ASt in den geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden ist.

Die Lösung dieser Frage erfordert aber ein Eingehen auf das Antragsvorbringen. Daher ist dies keine Frage der Antrags-legitimation (und somit des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren), sondern Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens selbst. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist ein Nachprüfungsantrag eines Bieters, der auch bei Unterbleiben der von ihm behaupteten Rechtsverletzung keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, weil diesfalls nicht der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger, sondern andere vor dem ASt gereichte Bieter zum Zug gekommen wären, abzuweisen (Erk. vom 30.04.2008, ZI. 2006/04/0065).

Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass der UVS Burgenland - unter Annahme der Richtigkeit seiner Rechtsansicht, wonach die vorgereichten Bieter nicht auszuschneiden gewesen wären - den Nachprüfungsantrag nicht zurück -, sondern abweisen hätte müssen, weshalb der Bescheid aufzuheben war.

Schlussfolgerung:

Nach Ansicht des VwGH stellte die spruchgemäße Zurückweisung des Nachprüfungsantrags nicht nur ein bloßes Vergreifen im Ausdruck dar, sondern verletzte die ASt in dem in ihrer Beschwerde geltend gemachten Recht auf Sachentscheidung.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist daher die Frage, ob die ASt bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Verhandeln mit nicht ausschreibungskonformen Angeboten

EuGH vom 5.12.2013, HI: C-561/12

Leitsatz:

Öffentlichen AGs ist es nicht gestattet, im Rahmen von Verhandlungsverfahren mit Bietern Verhandlungen über Angebote zu führen, welche nicht den in den technischen Spezifikationen des Auftrages festgelegten verbindlichen Anforderungen entsprechen.

Sachverhalt:

In der gegenständlichen Entscheidung hatte sich der EuGH insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens Verhandlungen mit Bietern zulässig sind, welche Angebote abgegeben haben, die nicht allen verbindlichen Vorgaben der zugrunde liegenden Ausschreibung entsprechen.

Dazu führte der EuGH aus, dass AG zwar im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens einen gewissen Verhandlungsspielraum besitzen, gleich wohl aber dafür Sorge zu tragen haben, dass die Anforderungen des Auftrages, die als verbindlich eingestuft wurden, erfüllt werden. Anderenfalls würde der Grundsatz, dass AG in transparenter Weise vorgehen, missachtet.

Ergänzend führt der EuGH aus, dass - wenn Angebote zu Verhandlungen zugelassen würden, obwohl sie zwingende Voraussetzungen nicht erfüllen - die Festlegung derartiger Voraussetzungen in der Ausschreibung „sinnlos“ wäre und es in diesem Fall den AG nicht möglich wäre, mit (sämtlichen) Bietern auf einer gemeinsamen Grundlage zu verhandeln und diese somit gleich zu behandeln.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass der UVS Burgenland - unter Annahme der Richtigkeit seiner Rechtsansicht, wonach die vorgereichten Bieter nicht auszuschneiden gewesen wären - den Nachprüfungsantrag nicht zurück - , sondern abweisen hätte müssen, weshalb der Bescheid aufzuheben war.

Schlussfolgerung:

Die gegenständliche Entscheidung ist dogmatisch überzeugend, wenngleich aus österreichischer Sicht nicht überraschend, da sie die ständige österreichische Judikatur zu dieser Frage in vollem Umfang bestätigt.

Für Bieter wie auch für öffentliche AG bedeutet diese Entscheidung umso mehr, dass auch sämtliche Angebote in Verhandlungsverfahren daraufhin zu untersuchen sind, ob sie allen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen, da anderenfalls über derartige Angebote gar nicht verhandelt werden dürfte.

Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit im Sektorenbereich

VwGH vom 25.03.2014, Zl: 2012/04/0145

Leitsatz:

Gemäß § 73 Abs 2 BVergG hat ein Bieter bei mangelnder beruflicher Zuverlässigkeit auf Grund eines rechtskräftigen Urteils nach § 68 Abs 1 Z 1 oder 4 BVergG oder einer Verfehlung nach § 68 Abs 1 Z 5 BVergG die Möglichkeit, glaubhaft zu machen, dass er konkrete Maßnahmen getroffen hat, „die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlung bzw. Verfehlung zu verhindern“. Im Sektorenbereich gibt es keine vergleichbare Bestimmung. Der VwGH kam mit der besprochenen Entscheidung zu dem Ergebnis, dass § 73 BVergG im Sektorenbereich analog anzuwenden ist.

Sachverhalt:

Im Zeitraum zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung wurde der Geschäftsführer einer Bieterin wegen gewerbsmäßiger Abgabenhinterziehung rechtskräftig verurteilt. Nach Bekanntwerden dieses Ausscheidensgrundes gab die Sektorenauftraggeberin der Bieterin die Möglichkeit der „Selbstreinigung“ analog zu § 73 BVergG und fällte nach erfolgter Aufklärung eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten.

Entscheidungsätze:

Das BVA kam zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Bieterin ausgeschieden werden hätte müssen. Die bestandfesten Ausschreibungsunterlagen haben die Anwendung der Ausschlussgründe nach § 229 Abs 1 BVergG ausdrücklich festgelegt und keine Möglichkeit der Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit und Eignung vorgesehen. Eine analoge Anwendung des § 73 BVergG führte nach Ansicht des BVA somit zu einem unzulässigen Abgehen von bestandfesten Ausschreibungsunterlagen.

Der VwGH erachtet im Fehlen einer gleichwertigen Bestimmung im Sektorenbereich eine echte gesetzliche Lücke: *„Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass Bietern in einem Vergabeverfahren im Sektorenbereich keine Möglichkeit offen stehen sollte, bei Vorliegen von Umständen, die die Vermutung der Unzuverlässigkeit nach sich ziehen, ihre dennoch bestehende Zuverlässigkeit glaubhaft zu machen.“* Da die Intention des Gesetzgebers, den Sektorenauftraggebern ein höheres Maß an Flexibilität einzuräumen, durch die Möglichkeit der „Selbstreinigung“ nicht beeinträchtigt wird, ist § 73 BVergG im Sektorenbereich analog anzuwenden.

Schlussfolgerung:

Abschließend führt der VwGH aus, dass es zur analogen Anwendung des § 73 BVergG im Sektorenbereich nicht erforderlich ist, dass die Anwendbarkeit dieser Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen wird. Darüber hinaus ist eine analoge Anwendung des § 73 BVergG im gegenständlichen Fall selbst dann zulässig, wenn die Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Anwendung des § 229 Abs 1 BVergG zu den Ausscheidensgründen vorschreiben, da Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Zweifel gesetzeskonform auszulegen sind.

Sind Ordensspitäler öffentliche Auftraggeber?

UVS OÖ vom 18.9.2013; VwSen-550622/19/Wim/Bu

Leitsatz:

Ordensspitäler sind bisher in der Regel davon ausgegangen, dass sie keine öffentlichen AG sind und daher auch nicht zur Anwendung des BVergG verpflichtet sind.

Im gegenständlichen Rechtsstreit hatte der UVS OÖ zu klären, ob zwei Ordensspitäler in Wien und Oberösterreich öffentliche AG sind, und bejahte dabei die Auftraggebereigenschaft.

Sachverhalt:

Zwei Ordensspitäler haben ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im OSB zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von implantierbaren Herzschrittmachern und Defibrillatoren durchgeführt.

Die ASt machte diverse Verstöße gegen das BVergG vor dem UVS OÖ geltend. Die beiden Ordensspitäler rechtfertigten sich damit, dass sie keine öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 sind.

Gemäß § 3 Abs 1 Z 2 sind öffentliche AG Einrichtungen die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
- überwiegend von öffentlichen AG finanziert (Finanzierung) oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegen (Beaufsichtigung) oder deren Organe mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von öffentlichen AG ernannt werden (Ernennung).

Entscheidungssätze:

Der UVS OÖ prüfte diese Voraussetzungen, wobei aus Sicht der Behörde die ersten beiden Kriterien unstrittig waren:

Beide AG betreiben eine gemeinnützige allgemeine Krankenanstalt, wobei sie eine Betriebspflicht zur Sicherstellung der gesundheitlichen Versorgung trifft. Diese Aufgaben liegen im Allgemeininteresse und sind aus Mangel an Wettbewerb „nicht gewerblicher Art“.

Einer genaueren Prüfung bedurfte das Kriterium der überwiegenden Finanzierung oder Leitungsaufsicht durch öffentliche Auftraggeber:

Dazu wurde zunächst festgestellt, dass die Krankenanstalten durch den jeweiligen Landesgesundheitsfonds finanziert werden.

Die ASt brachte vor, dass der Anteil der vom OÖ Gesundheitsfonds finanzierten Leistungen im Jahr 2011 bei 81,61% der Gesamterlöse der OÖ Krankenanstalt und der Anteil der vom Wr. Gesundheitsfonds finanzierten Leistungen im Jahr 2010 bei 87,6% der Gesamterlöse der Wiener Krankenanstalt betragen habe.

Die Mittel beider Fonds setzen sich vorwiegend aus Beiträgen der Bundesgesundheitsagentur, Beiträgen der Länder und Gemeinden, Mitteln der Träger der gesetzlichen Sozialversicherung, Mitteln gemäß dem Gesundheits- und Sozialbereich-Beihilfengesetz sowie sonstigen Mitteln zusammen. Die Krankenanstalten werden aber nicht nur durch den jeweiligen Landesgesundheitsfonds finanziert.

Sie unterliegen darüber hinaus auch noch einer strengen Aufsicht durch den jeweiligen Landesgesundheitsfonds und der Gebarungskontrolle durch den Rechnungshof.

Schlussfolgerung:

Aus diesen genannten Gründen kam der UVS OÖ somit zum Ergebnis, dass beide Krankenanstalten als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind. Sie haben somit die Vorgaben des BVergG einzuhalten und unterliegen insbesondere auch dem vergaberechtlichen Rechtsschutzsystem.

Autonome Kammern unterliegen nicht dem Vergaberecht

EuGH vom 12.9.2013, GZ: C526/11

Leitsatz:

Nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Paolo Mengozzi vom 30.01.2013 hatte es sich bereits angekündigt: Eine deutsche Ärztekammer ist kein öffentlicher Auftraggeber, da ihr es an der „engen Verbindung“ zum Staat fehlt.

Der EuGH ist diesen Schlussanträgen nunmehr in seinem Urteil „Ärztekammer Westfalen-Lippe“ vom 12.09.2013 gefolgt.

Gesetzliche Grundlagen:

Sowohl nach § 3 BVergG als auch nach Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18, unterliegt eine „Einrichtung“ dann dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn u.a. folgende Voraussetzung erfüllt ist:

Die Einrichtung wird entweder überwiegend durch öffentliche Stellen finanziert oder ihre Leitung unterliegt der Aufsicht durch Letztere.

Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten, dass das Kriterium der Finanzierung auch durch eine indirekte (aber gesetzlich weitgehend determinierte) Finanzierung (wie durch die Einhebung von Gebühren oder Mitgliedsbeiträgen) erfüllt sein kann, und er hat demgemäß öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und gesetzliche Krankenkassen in den Anwendungsbereich des Vergaberechts mit einbezogen.

Der EuGH kommt im ggst Fall zum Ergebnis, dass die Finanzierungssituation der Ärztekammer Westfalen-Lippe eine andere ist:

Der Ärztekammer kommt erhebliche Autonomie bei der Durchführung ihrer (gesetzlich lediglich allgemein festgelegten) Aufgaben zu. Da die Kammer die Tätigkeiten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausübt, weitgehend frei gestalten kann, kommt ihr auch weitgehende Autonomie bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und sohin bei der Festlegung der Höhe der Mitgliedsbeiträge zu. Die Höhe der Beiträge wird von den Beitragspflichtigen selbst in einer Versammlung festgelegt. Es ist zwar eine Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde vorgesehen, diese prüft aber lediglich die Ausgeglichenheit des Haushalts.

Die Ärztekammer Westfalen-Lippe ist also nicht öffentlich finanziert (im Sinne des Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18). Im zweiten Schritt stellte der EuGH fest, dass das Kriterium der „Aufsicht über die Leitung“ im konkreten Fall daran scheitert, dass lediglich eine nachträgliche allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle vorgesehen ist.

Diese erlaubt es dem Staat nicht, die Entscheidungen, die die Ärztekammer im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge trifft, zu beeinflussen.

Entscheidungssätze:

Somit verfügt eine Einrichtung wie die Ärztekammer obgleich gesetzlich geregelt ist, worin ihre Aufgaben bestehen, wie ihre überwiegende Finanzierung zu gestalten ist und dass die Entscheidung, mit der sie die Höhe der von den Kammerangehörigen zu entrichtenden Beiträge festlegt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf, konkret über eine organisatorische und haushaltstechnische Autonomie, aufgrund deren nicht von einer engen Verbindung zwischen ihr und öffentlichen Stellen ausgegangen werden kann.

Folglich stellen die Modalitäten der Finanzierung einer solchen Einrichtung keine überwiegende Finanzierung durch die öffentlichen Stellen dar und ermöglichen diesen keine Aufsicht über die Leitung der Einrichtung.

Schlussfolgerung:

Mit dieser Entscheidung hat der EuGH die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Einrichtungen in einem wichtigen Punkt klargestellt - mit möglicher Weise weitreichenden Folgen auch für die österreichischen Kammern! Im Einzelfall werden die Kriterien der „öffentlichen Finanzierung“ und der „staatlichen Leitungsaufsicht“ neu zu beleuchten sein.

Nicht durchgeführte Besichtigung als unbehebbarer Mangel

BVA vom 1.8.2013, N/0076-BVA/09/2013-24

Leitsatz:

Auch wenn ein Bieter die Örtlichkeiten der AG bereits kennt, muss er dennoch eine Besichtigung durchführen und darüber eine Bestätigung im Angebot vorlegen, wenn das in den Ausschreibungsunterlagen so vorgesehen ist.

Sachverhalt:

Der Entscheidung lag ein offenes Verfahren im USB zur Vergabe eines Bauauftrages über HKLS-Installationen nach dem Billigstbieterprinzip zu Grunde.

Die ASt wurde im Verfahren ausgeschieden, da sie der Besichtigung vor Ort nicht nachgekommen ist und daher auch keine Bestätigung über die erfolgte Besichtigung dem Angebot beigelegt hat. Die ASt bekämpfte diese Ausscheidensentscheidung mit der Begründung, dass an mehreren Stellen des Leistungsverzeichnisses lediglich von einer fakultativen Ortsbesichtigung die Rede sei.

Darüber hinaus enthielt auch die im Leistungsverzeichnis enthaltene Auflistung an vom Bieter zu erbringenden Nachweisen keine Bestätigung der Ortsbesichtigung. Abschließend hielt die ASt fest, dass aus ihrer Sicht eine Besichtigung nicht erforderlich gewesen sei, da ihr die Örtlichkeiten der AG bestens bekannt gewesen seien.

Aus Sicht der AG war die Ortsbesichtigung verpflichtend, weil die leistungsgegenständlichen Räumlichkeiten „entscheidende Auswirkungen etwa auf die Größe der Geräte und die damit verbundenen Möglichkeiten einer Zufahrt, Anlieferung und Einbringung derselben in das Gebäude“ hätten.

In einzelnen Positionen sei lediglich ergänzend eine Empfehlung zur Besichtigung ausgesprochen worden. Die Ausnahme von der Besichtigung für nur einzelne Bieter würde den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen. Eine nachträgliche Mängelbehebung sei nicht zulässig, weil die Erkenntnisse einer Vorort-Besichtigung nach Ende der Angebotsfrist im Angebot nicht mehr berücksichtigt werden könnten.

Entscheidungssätze:

Das BVA entschied, dass die Ausscheidensentscheidung zu Recht erfolgte. Die bestandfesten Ausschreibungsunterlagen regelten hinsichtlich der Besichtigung vor Ort folgendes:

„Der AN ist verpflichtet sich vor Ort über die Umstände der Leistungserbringung genau zu informieren und sind diese in die Einheitspreise einzukalkulieren.“

Aus Sicht des BVA ergibt sich daraus eine eindeutige Verpflichtung zur Besichtigung. Die vom AG gewählte Formulierung lässt keinen Spielraum für eine Interpretation iS einer etwa bloß fakultativen Möglichkeit einer Vorort-Besichtigung oder gar eines Entfalls dieser klaren Verpflichtung der obligatorischen Vorort-Besichtigung, wenn etwa ein Bieter die Örtlichkeit und die Umstände der Leistungserbringung auf der Baustelle bereits kennen sollte.

Die faktische Kenntnis der Örtlichkeiten ist dabei irrelevant. Der Bieter hätte die Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen vor der Bestandfestigkeit anfechten müssen; dies ist nicht erfolgt.

Weiters hielt das BVA fest, dass es sich bei jenen Positionen, die eine „fakultative“ Besichtigung vorsehen, lediglich um Besichtigungsmöglichkeiten handelt, die in die Disposition des jeweiligen Bieters gestellt sind.

Dabei handelt es sich im Verhältnis zur obligatorischen Besichtigung um „unterschiedliche Besichtigungskategorien“ zwischen denen auch kein Widerspruch besteht.

Es ist auch nicht erforderlich den Besichtigungsnachweis nochmals in der Auflistung der vorzulegenden Nachweise anzuführen. Die einmalige Nennung der Vorlagspflicht in den Ausschreibungsunterlagen ist aus Sicht des BVA ausreichend gewesen.

Schlussfolgerung:

Da die Nichtvorlage einer entsprechenden Besichtigungsbestätigung ausdrücklich unter eine Ausscheidensanktion gestellt wurde, war das Angebot der Antragstellerin wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden. Eine Mängelbehebung kommt nach Ansicht des BVA - gestützt auf die Judikatur des VwGH - nicht in Betracht.

Anfechtung von berechtigten Ausschreibungsunterlagen

VKS Wien 14.03.2013; VKS-115472/13

Leitsatz:

Auch wenn die Angebotsfrist seitens des AG erstreckt wird, präkludiert das Recht auf Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf des 7. Tages vor dem Ende der ursprünglich festgesetzten Angebotsfrist - sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt - (§ 321 Abs 4 BVergG).

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Baumeisterarbeiten durch. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 28.09.2012.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden seitens der AG mehrfach berichtigt, wobei mit der 6. und 7. Berichtigung jeweils nur die Angebotsfrist (auf den 19.02.2013 und zuletzt auf 19.04.2013) erstreckt wurde.

Mit dem am 7.02.2013 und im Hinblick auf das durch die 6. Berichtigung festgelegte Angebotsende vom 19.02.2013 eingelangten Nachprüfungsantrag begehrte die ASt die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Entscheidungssätze:

Nach Ansicht des VKS Wien wird eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, die auch eine neue Festsetzung der Angebotsfrist bedingt, als „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“ und damit als gesondert anfechtbare Entscheidung des AG gewertet.

Damit kann nur mehr der Inhalt der Berichtigung und allenfalls die neue festgelegte Angebotsfrist als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten werden, nicht aber jene Teile der Ausschreibung, die bis dahin nicht innerhalb der Anfechtungsfrist angefochten worden sind.

Diese Ansicht untermauert der VKS Wien mit dem Sinn und Zweck des vergaberechtlichen Präklusionssystems, wonach Verzögerungen von Vergabeverfahren durch willkürliche Einsprüche von Bietern und die daraus resultierende Erstreckung der Angebotsfrist durch AG vermieden werden sollen.

Im Übrigen haben auch Bieter, die sich erst nach einer Berichtigung am Vergabeverfahren beteiligen, nicht mehr die Möglichkeit, die gesamten Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen, sondern nur jene Festlegungen, die im Rahmen der Berichtigung erfolgt sind (VKS Wien 12. 8. 2010, VKS-8443/10).

Schlussfolgerung:

Der VKS Wien festigt damit seine bestehende Rechtsprechung zu Fristen für die Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen.

Insolvenz eines Mitglieds der Bietergemeinschaft

VKS Wien vom 24.07.2013, VKS-489489/13

Leitsatz:

Im Falle der Insolvenz eines Mitgliedes einer BIEGE vor Zuschlagserteilung können die verbleibenden Mitglieder das Vergabeverfahren weder fortsetzen, noch kann auf das ursprünglich gelegte Angebot der Zuschlag erfolgen. Auch verliert eine solche BIEGE ihre Parteistellung.

Gesetzliche Grundlagen:

Gemäß § 2 Z 15 BVergG handelt es sich bei einer Bietergemeinschaft (BIEGE) um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann.

Sachverhalt:

Den Entscheidungen lag ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Erd- und Baumeisterarbeiten zur Instandhaltung und Sanierung des Wiener Wasserversorgungsnetzes im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nach dem Billigstbieterprinzip zu Grunde, wobei die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber anzuwenden sind. Die Ausschreibung war gebietsweise in zehn Lose unterteilt. Die präsumtive Billigstbieterin in den Losen 4, 6, 8 und 9 war eine BIEGE bestehend aus drei Unternehmen.

Nach Versendung der Zuschlagsentscheidung - aber vor der Zuschlagserteilung - wurde gegen eines der BIEGE-Mitglieder die Schließung des Unternehmens im Konkursverfahren beschlossen.

Der Insolvenzverwalter gab keine Stellungnahme ab, dass das insolvente BIEGE-Mitglied weiterhin an der Erlangung des Auftrags interessiert sei.

Die AST welche jeweils nach der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle gereiht war, brachte im Nachprüfungsverfahren vor, dass es der BIEGE an der erforderlichen Eignung fehle, da über das Vermögen eines Mitglieds der BIEGE der Konkurs eröffnet wurde und das Angebot der BIEGE daher auszuschneiden gewesen wäre.

Eine Änderung der Zusammensetzung einer BIEGE sei nach Ablauf der Angebotsfrist unzulässig. Die AG entgegnete, dass die Konkurseröffnung über ein Mitglied der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kein Auflösungsgrund für die Gesellschaft sei.

Sie argumentierte weiters, dass in einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft die Insolvenz eines Mitgliedes nicht zwingend zum Ausschluss der Gemeinschaft führe, soweit die Bietergemeinschaft insgesamt leistungsfähig bleibe.

Entscheidungssätze:

Der VKS Wien stellte zunächst fest, dass durch die Schließung des Unternehmens das insolvente BIEGE-Mitglied aus der BIEGE ausgeschieden ist.

Zur BIEGE führte der VKS Wien allgemein aus, dass es sich dabei um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handle, welcher keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.

Das im Vergabeverfahren abgegebene Angebot muss daher von jedem Mitglied der BIEGE rechtskonform gefertigt werden und für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten haften alle Mitglieder solidarisch.

Durch das Ausscheiden des BIEGE-Mitglieds hat sich die Zusammensetzung der BIEGE nach Ablauf der Angebotsfrist geändert.

Der VKS Wien hielt fest, dass die Zusammensetzung der BIEGE nach Ablauf der Angebotsfrist - aus welchem Grund auch immer - nicht geändert werden darf, da es sich im gegenständlichen Fall um ein offenes Verfahren handelt.

Eine solche Änderung stellt eine gegen das Verhandlungsverbot verstoßende Angebotsänderung dar.

Schlussfolgerung:

Somit kommt eine Zuschlagserteilung an die beiden verbleibenden Mitglieder der BIEGE nicht mehr in Betracht. Denn - so der VKS Wien - eine Bietergemeinschaft bestehend aus zwei Mitgliedern hat weder ein Angebot gelegt noch wurde ein Angebot einer derartigen Bietergemeinschaft im Zuge der Angebotsöffnung verlesen. Das Angebot der BIEGE hätte somit ausgeschieden werden müssen.

In dieser Entscheidung trifft der VKS Wien auch Aussagen hinsichtlich der Parteistellung dieser BIEGE. Da dem Angebot der BIEGE durch das Ausscheiden eines Mitglieds nicht mehr zugeschlagen werden kann, scheidet sie als präsumtive Zuschlagsempfängerin aus.

Nach der Ansicht des VKS Wien verliert sie dadurch auch ihre Parteistellung nach § 22 Abs 2 WVRG. Die beiden verbleibenden Mitglieder der BIEGE haben somit auch im Nachprüfungsverfahren keine Parteistellung.

Nachreichen von Nachweisen

VKS Wien vom 16.5.2013, VKS-237605/13

Leitsatz:

Kommt ein Bieter der Aufforderung des AGs zur Nachreichung von Nachweisen nicht entsprechend nach, ist das Angebot auszuschneiden.

Sachverhalt:

Der AG hat in einem offenen Verfahren zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit u.a. Mindestanforderungen an die Mitarbeiteranzahl und deren Beschäftigungsdauer festgelegt.

Ein Bieter hat zum Nachweis zunächst eine Eigenerklärung abgegeben, wobei seine Angaben in Hinblick auf die Mitarbeiteranzahl nicht mit den Angaben im ANKÖ übereingestimmt haben.

Der Bieter wurde daher vom AG zur Vorlage von Nachweisen aufgefordert und gab hierbei an, dass - den Ausschreibungs- unterlagen entsprechend - auch Werkvertragsnehmer, welche im ANKÖ nicht aufscheinen, als Mitarbeiter gelten würden.

Auf Grund der vom Bieter in der Folge als Nachweis vorgelegten Werkverträge konnte er zwar die unterschiedlichen Mitarbeiterzahlen in seiner Eigenerklärung bzw. im ANKÖ erklären, jedoch konnten auch den Werkverträgen keine konkreten (in der Ausschreibung ausdrücklich geforderten) Angaben zur Beschäftigungsdauer der Mitarbeiter entnommen werden.

Aus diesem Grund wurde das Angebot des Bieters vom AG ausgeschieden.

Entscheidungssätze:

Die vom Bieter erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgenommenen Ergänzungen seiner Unterlagen waren verspätet, da diese bereits im Zuge der Angebotsprüfung erfolgen hätten müssen. Der VKS Wien bestätigte daher, dass die Ausscheidensentscheidung durch den AG vergaberechtskonform erfolgte.

Praxistipp:

Im ggst. Fall wurde der Bieter zur Vorlage von Nachweisen betreffend seiner technische Leistungsfähigkeit aufgefordert, weil die Angaben des Bieters in seiner Eigenerklärung nicht mit den im ANKÖ hinterlegten Eignungsnachweisen übereinstimmten. Dieser Aufforderung zum Nachreichen von Nachweisen hat der Bieter innerhalb der gesetzten Frist unbedingt zu entsprechen.

Nachweise sind parat zu halten

LVG Stmk vom 8.1.2014, LVwG 44.7-351/2014-13

Leitsatz:

Bieter müssen über sämtliche Eignungsnachweise, deren Vorliegen sie vorerst mit einer Eigenerklärung bestätigen, bereits bei Abgabe der Eigenerklärung verfügen.

Sachverhalt:

Ein Bieter bestätigte mit Abgabe einer Eigenerklärung nach § 70 Abs 2 seine Eignung. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde er vom AG aufgefordert, die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungsnachweise nachzureichen. Dieser Aufforderung leistete der Bieter Folge, wobei sämtliche Nachweise nach dem relevanten Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung nach § 69 BVergG datierten. Daraufhin schied der AG das Angebot dieses Bieters mit der Begründung aus, dass die Eignung zum relevanten Zeitpunkt nicht nachgewiesen wurde. Der Bieter beantragte daraufhin die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung.

Entscheidungssätze:

Das LVG Steiermark wies den Antrag u.a. mit der Begründung ab, dass sämtliche Eignungsnachweise auch bei Abgabe einer Eigenerklärung parat zu halten sind. Daraus ergibt sich, dass jeder Bieter über sämtliche Eignungsnachweise, die er aufgrund der Eigenerklärung zu haben behauptet, bereits bei Abgabe der Eigenerklärung auch tatsächlich verfügen muss.

Praxistipp:

Geben Bieter eine Eigenerklärung ab, ist darauf zu achten, dass die Eignungsnachweise schon vor der Abgabe der Erklärung dem Bieter vorliegen, d.h. er konkret über sie verfügt. Auch bei einem Verweis auf die im ANKÖ hinterlegten Eignungsnachweise, haben Bieter auf die Aktualität dieser hinterlegten Nachweise zu achten.

Stand: Jänner 2015

Diese Information ist ein Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern.

Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Wirtschaftskammer Ihres Bundeslandes:

Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907, Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,
Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909, Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0, Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0,
Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1615,

Hinweis! Diese Information finden Sie auch im Internet unter <https://wko.at/>. Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!

Abkürzungsverzeichnis:

AG	Auftraggeber
ASt	Antragsteller
AU	Ausschreibungsunterlagen
BVA	Bundesvergabebeamte
BVergG	Bundesvergabegesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GewO	Gewerbeordnung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
OGH	Oberster Gerichtshof
OSB	Oberschwellenbereich
USB	Unterschwellenbereich
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	Vergleiche
VKS Wien	Vergabekontrollsenat Wien
VwGH	Verwaltungsgerichtshof