



WIRTSCHAFTS RECHT

AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL XII

STAND: Jänner 2022

Inhalt

| | |
|--|----|
| Festlegung von Leitprodukten; LVwG OÖ | 3 |
| Nicht vollständig ausgefülltes Leistungsverzeichnis; LVwG NÖ | 5 |
| Verwendung eines falschen CPV-Codes; VwGH | 7 |
| Auftragsvergabe ohne Ausschreibung; BGH | 9 |
| Mindestanforderung bei Referenzprodukten; LVwG Wien | 11 |
| Indexanpassung als unwesentliche Vertragsänderung; VwGH | 13 |
| Anwendungsbereich der Sektoren-Richtlinie; EuGH | 15 |
| Vertiefte Angebotsprüfung, LVwG; Wien | 17 |
| Kostenloses Angebot; EuGH | 19 |
| Konkretisierungspflicht von Zuschlagskriterien; BVwG | 22 |
| Vergabefreier Mietvertrag oder Bauauftrag; EuGH | 25 |
| Anständiges Verhalten im Vergabeverfahren; VwGH | 27 |
| Qualifizierte Elektronische Signatur; BVwG | 29 |
| Festlegung von Gleichwertigkeitskriterien; BVwG | 32 |
| Anfechtbare Entscheidungen bei Direktvergaben; VwGH | 34 |
| (Un-)Behebbarkeit von Mängeln; LVwG NÖ | 36 |
| Neuregelung der Vergabe von Tabaktrafikanen; VwGH | 38 |
| Ausschluss des Bieters wegen unwahrer Erklärung seines SU; EuGH | 41 |
| Vorhersehbare Nichterfüllung vertraglicher Nebenpflichten; BVwG | 43 |
| Vollständige Dokumentation im Vergabeakt; VwGH..... | 45 |
| Grenze des Ermessensspielraums bei Zuschlagskriterien; LVwG Wien | 47 |
| Ausscheiden ohne vorherige Aufforderung zur Aufklärung; BVwG | 49 |
| Bekanntgabe des geschätzten und maximalen Auftragsvolumens; EuGH | 51 |
| Konkretisierungspflicht von Zuschlagskriterien; BVwG | 53 |
| Auskunftspflicht über Vergaben durch Auftraggeber; VwGH..... | 55 |
| Widerspruch gegen Ausschreibungsunterlagen; LVwG OÖ | 57 |
| Abkürzungsverzeichnis | 59 |

FESTLEGUNG VON LEITPRODUKTEN; LVwG OÖ

LVwG OÖ vom 20.10.2020, GZ: LVwG 851/205/12/MS

Leitsatz:

Eine produktspezifische Leistungsbeschreibung kann nach § 106 Abs 5 nur ausnahmsweise durch besondere Umstände gerechtfertigt werden, wobei angesichts des Ausnahmecharakters dieser Bestimmung solche produktbezogenen Ausschreibungen jedenfalls nur restriktiv gewählt werden dürfen.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte ein Vergabeverfahren zur Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von zu liefernden medientechnischen Anlagen und Ausstattungen für ein Lehr- und Laborgebäude der AG durch. Die AG hat im Leistungsverzeichnis in den Gruppen 0101 bis 0125 jeweils ein „Leitprodukt“ angeführt und Kriterien für die Gleichwertigkeit alternativer Produkte festgelegt.

Die Antragstellerin (ASt) bekämpfte mehrere Festlegungen der Ausschreibung, insb auch die Festlegungen zu den Leitprodukten. Dies mit der Begründung, dass die Leistungsanforderungen nicht neutral beschrieben worden seien, sondern die Leitprodukte in ihren spezifischen Eigenschaften beschrieben wurden, und zwar weitgehend durch bloße Übernahme der Produktbeschreibungen der Hersteller. Dadurch werde der Wettbewerb und der gleiche Zugang zum Vergabeverfahren nicht nur behindert, sondern es werde den Bietern unmöglich gemacht, andere als die Leitprodukte anzubieten.

Entscheidungssätze:

Das LVwG OÖ wies zu diesen Festlegungen im LV zunächst darauf hin, dass gemäß § 106 Abs 1 technische Spezifikationen allen Bietern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren müssen und den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern dürfen.

Nach Abs 5 darf - soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist - in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Herstellung od. Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmer bereitgestellten Produkte oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen od. eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Sie sind ausnahmslos mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Fallbezogen stellte das LVwG fest, dass im LV in den Gruppen 0101 bis 0125 jeweils ein „Leitprodukt“ angeführt wurde, obwohl zumindest mehrere der ausgeschriebenen Positionen auch ohne Anführung der Leitprodukte hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben hätten werden können. Die Angabe der Leitprodukte sei daher (zumindest teilweise) unzulässig gewesen.

Das LVwG wies jedoch darauf hin, dass die Bejahung der Antragslegitimation im Nichtigerklärungsverfahren das Vorliegen eines Vorbringens seitens des ASt erfordert, das die Möglichkeit eines Schadenseintritts wegen Vorliegens einer Vergaberechtswidrigkeit plausibel macht, wozu auch die Erkennbarkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der ins Treffen geführten Rechtswidrigkeit und dem behaupteten Schaden gehört.

Demnach muss vom ASt hinsichtlich jeder in Nachprüfung gezogenen Vergaberechtswidrigkeit ein (drohender) Schaden und Kausalzusammenhang plausibel gemacht werden.

Schlussfolgerung:

Gegenständlich wurde mit der Behauptung eines Vergaberechtsverstoßes, welcher in der Anführung von Leitprodukten liegt, die das Anbieten von anderen als den angeführten Leitprodukten ausschließen, ohne weitere Konkretisierung kein Kausalbezug zur Person der ASt hergestellt. Auf Basis des gegenständlichen Vorbringens der ASt war daher nicht erkennbar, weswegen konkret die ASt durch die Anführung der Leitprodukte daran gehindert wäre, ein wettbewerbsfähiges Angebot zu legen.

Das LVwG OÖ hat die Antragslegitimation der ASt daher in diesem Zusammenhang verneint und dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 02 - Februar 2021

LVwG OÖ: Zur Festlegung von Leitprodukten

Autor: Mag. Hannes Pesendorfer, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH,

1010 Wien, Bartensteingasse 2

NICHT VOLLSTÄNDIG AUSGEFÜLLTES LEISTUNGSVERZEICHNIS; LVwG NÖ

LVwG NÖ vom 3.04.2020, GZ: LVwG-VG-1/002-2020

Leitsatz:

Das LVwG NÖ hat sich in dieser Entscheidung mit dem Thema eines nicht vollständig ausgefüllten Leistungsverzeichnisses auseinandergesetzt. Nur ein vollständig ausgefülltes Angebot ermöglicht dem AG eine Bietergleichbehandlung im Vergabeverfahren.

Sachverhalt:

Gegenstand war die Vergabe eines Bauauftrages betreffend Generalunternehmerleistungen für den Neubau eines Veranstaltungszentrums nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (OSB).

Die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen sahen vor, dass die Bieter ihre Angebote vollständig und sorgfältig zu erstellen haben und dass ein Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung zu erstellen ist.

Das Angebot eines Bieters enthielt im LV - mit Ausnahme einer geringen Anzahl von Positionen - zu keiner Position Mengen- oder Preisangaben. Der Bieter hat jeweils den Pauschalpreis in der jeweiligen Leistungsgruppe - aufgegliedert in „Lohn“ und „Sonstiges“ - ausgewiesen. Soweit Einheitspreise ausgewiesen waren, wurde vom Bieter die Menge jeweils durchgehend mit „1,00“ angegeben.

Die Auftraggeberin (AG) hat das Erstangebot des Bieters ohne Verbesserungsmöglichkeit ausgeschieden, da mit dem Erstangebot kein den Anforderungen entsprechendes Leistungsverzeichnis vorlag.

Gegen diese Entscheidung richtete sich der Nachprüfungsantrag des Bieters. Er war der Ansicht, dass das von ihm vorgelegte LV Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung enthielt und es nicht erkennbar gewesen sei, dass die AG eine weitergehende Detaillierung wünschte. Zudem diene das Erstangebot in einem Verhandlungsverfahren nur als erste Grundlage für Verhandlungen sowie der Schärfung des gemeinsamen Verständnisses hinsichtlich der Leistung.

Entscheidungssätze:

Das LVwG NÖ wies den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung ab und begründete dies damit, dass das vom Bieter mit dem Erstangebot vorgelegte Leistungsverzeichnis keine vollständigen Mengen- und Preisangaben (iSd § 128 Abs 2 BVergG) enthielt. Aufgrund der Unvollständigkeit war das Angebot somit ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit zwingend auszuschneiden.

Denn: Nur ein vollständig ausgefülltes Angebot ermöglicht dem AG die erforderliche Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren. Auch bereits Erstangebote eines Verhandlungsverfahrens haben schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung den

bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen zu entsprechen. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen.

Praxistipp:

Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist bei der Angebotserstellung auf Folgendes zu achten:

Das Angebot hat ein Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung zu umfassen. Gegebenenfalls sind auch Pläne und sonstige Unterlagen beizufügen.

Insbesondere

- müssen Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt sein,
- muss die Erfüllung der Anforderungen der Aufgabenstellung nachgewiesen werden und
- müssen die Angemessenheit der geforderten Preise beurteilt und nach Abschluss der Leistung die vertragsgemäße Erfüllung zweifelsfrei geprüft werden können.

Auch in einem Verhandlungsverfahren können Fehler der Angebotserstellung nicht in einer weiteren Stufe des Verfahrens nachgeholt werden. Das Erstangebot muss daher schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen entsprechen.

Quelle:

Vergabe.Newsletter WKO NÖ

Ausgabe 1/2021

Nicht vollständig ausgefülltes Leistungsverzeichnis - zwingende Ausscheidung des Erstangebotes

Vergabetipp von Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteing. 2

VERWENDUNG EINES FALSCHEN CPV-CODES; VwGH

VwGH vom 28.09.2020, GZ: Ra 2020/04/0044

Leitsatz:

Öffentliche Auftraggeber (AG) sind bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (OSB) dazu verpflichtet, die Codes des Common-Procurement-Vocabulary (kurz CPV) zu verwenden.

Das CPV ist ein Klassifikationssystem der Auftragsgegenstände, welches der VO (EG) 2195/2002 entspringt. Die Verwendung der CPV-Codes in Vergabeverfahren soll Sprachbarrieren zwischen Wirtschaftsteilnehmern verschiedener Staaten abbauen und den Wettbewerb stärken.

Unternehmen können mittels CPV-Codes auch gezielt nach den für sie interessanten Ausschreibungen suchen, z.B. durch Einrichtung automatischer Benachrichtigungen. Studien belegen allerdings, dass die von AG gewählten CPV-Codes oftmals unpräzise oder schlichtweg unrichtig sind.

Sachverhalt:

Im ggst. Fall beschäftigte sich der VwGH mit den Rechtsfolgen der Verwendung eines unrichtigen CPV-Codes in der Auftragsbekanntmachung.

Eine Sektoren-AG führte im OSB ein Verhandlungsverfahren m. v. Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung (RV) durch. Auftragsgegenständlich war die Zurverfügungstellung, Montage, Wartung, Reparatur und der Austausch von Papierhandtuchspendern, Seifen- und WC-Duftspendern samt laufender Lieferung der dazugehörigen Verbrauchsmaterialien.

Die Bezeichnung des Auftrags laut Bekanntmachung war „*Sanitärmaterial*“, die Kurzbeschreibung des Auftrags lautete: „*Lieferung unterschiedlicher Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw Reparatur der Spender sowie deren Austausch im Bedarfsfall.*“

Die Sektoren-AG wählte den CPV-Code 44411000 für Sanitärerzeugnisse der als Präzisierung Produkte wie Wasserhähne, Badewannen, Waschbecken, WCs etc beinhaltet. Der Abschluss der RV wurde anschließend bekanntgegeben.

Die Antragstellerin (ASt) beehrte die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Denn aufgrund der erheblichen Abweichung des tatsächlichen Auftragsgegenstands (Hygieneartikel) und des gewählten falschen CPV-Codes für Sanitärerzeugnisse liege rechtlich gesehen keine Bekanntmachung vor.

Entscheidungssätze:

Das BVwG führte zunächst aus, dass für die Auslegung von Willenserklärungen der objektive Erklärungswert der Bekanntmachung, für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt maßgebend ist. Ausgehend von der gewählten Beschreibung „*Sanitärmaterial*“ in der Bekanntmachung und dem

dort angeführten CPV-Code stellte das BVwG fest, dass die Bekanntmachung nicht den Gegenstand der tatsächlichen Beschaffung bezeichnete und die Leistungsvergabe daher tatsächlich ohne vorherige Bekanntmachung erfolgte.

VwGH-Entscheidungsätze:

Der VwGH bestätigte die Rechtsauffassung des BVwG und verwies auf sein Erk. vom 11.05.2017, GZ: Ra 2016/04/0048.

Bei der Frage, ob ein konkreter Leistungsabruf in der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung auch entsprechend Deckung findet, ist auf die Bekanntmachung abzustellen.

„Aus Sicht des rechtsschutzsuchenden Unternehmens macht es nämlich keinen Unterschied, ob der AG ein Verfahren gänzlich ohne Bekanntmachung durchführt oder ob sich der AG bei einer Leistungsvergabe formal auf eine zuvor erfolgte Bekanntmachung beruft, diese aber keine Anhaltspunkte für die Vergabe des späteren Leistungsgegenstands lieferte. Denn gerade die Angaben in der Bekanntmachung sollen es potentiellen Interessenten ermöglichen zu prüfen, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für sie von Interesse sein kann.“

Schlussfolgerung:

Die Wahl eines unrichtigen CPV-Codes in der Bekanntmachung kann daher auch noch lange Zeit nach Beendigung des Vergabeverfahrens aufgegriffen werden. Generell sind Feststellungsanträge gemäß § 354 Abs 2 binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der ASt vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Gegenständlich war für den Fristbeginn die Bekanntgabe des vergebenen Auftrags maßgeblich. In vergleichbaren Fällen wird wohl auch auf die Bekanntgabe als fristauslösendes Ereignis abzustellen sein.

Praxistipp:

Öffentliche Auftraggeber sind somit gut beraten, der Wahl des CPV-Codes hohe Beachtung zu schenken.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 02 - Februar 2021

VwGH: Keine Bekanntmachung bei Verwendung eines falschen CPV-Codes

Autoren: Dr. Karlheinz Moick/ Mag. Gabriel Kiebaso, FSM Rechtsanwälte, 1080 Wien, Lange Gasse 50

AUFTRAGSVERGABE OHNE AUSSCHREIBUNG; BGH

BGH vom 8.01.2020, GZ: GZ: 5 StR 366/19

Leitsatz:

In Deutschland hatte der Bundesgerichtshof (BGH) eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des früheren Oberbürgermeisters der Stadt Homburg zu beurteilen, weil ein Auftrag von ihm ohne Ausschreibung vergeben wurde.

Sachverhalt:

In der zugrundeliegenden Rechtsache hatte der Oberbürgermeister eine Detektei für mindestens sechs Wochen beauftragt, um allfällige Unregelmäßigkeiten beim Verkauf von Holz aus dem Staatsforst zu überprüfen. Dieser Auftrag an die Detektei wurde ohne vorherige Ausschreibung erteilt.

In der Folge hat die Detektei ein marktunüblich hohes Honorar verrechnet, wodurch der Stadt Homburg ein Schaden von zumindest 65.000 EUR entstanden ist.

Entscheidungssätze:

Diesen Sachverhalt hatte das Landesgericht Saarbrücken in 1. Instanz als strafbare Untreue beurteilt und eine bedingte Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten ausgesprochen.

Zwar hat der Deutsche Bundesgerichtshof (BGH) dieses Urteil mit Beschluss vom 8.01.2020 aufgehoben. Diese Aufhebung erfolgte aber nur mit der Begründung, es wäre keine tragfähige Beweiskette für die Wissentlichkeit des Angeklagten nachgewiesen worden, dass er seine Befugnisse als Oberbürgermeister bei der vorliegenden Auftragsvergabe überschritten hat.

Daher hat der BGH die vorliegende Rechtssache an das Landesgericht Saarbrücken zur nochmaligen Sachverhaltsklärung und Entscheidung zurückverwiesen.

Schlussfolgerung:

In letzter Konsequenz konnte der frühere Oberbürgermeister im vorliegenden Fall einer Verurteilung vorerst nur deshalb entgehen, weil von der ersten Instanz (noch) keine lückenlose Beweiskette nachgewiesen wurde. Im Übrigen zeigt jedoch das vorliegende Urteil des BGH, dass eine unterlassene Ausschreibung mit drastischen Konsequenzen für die Entscheidungsträger verbunden sein kann, weil dem Grunde nach auch eine strafrechtliche Verurteilung wegen Untreue in Betracht kommt.

In Österreich ist die Untreue in § 153 Strafgesetzbuch geregelt. Nach diesem Straftatbestand ist zu bestrafen, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt.

Dafür ist zunächst eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen vorgesehen. Wer jedoch durch die Tat einen 5.000 EUR übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und

wer einen 300.000 EUR übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Für eine strafbare Untreue nach diesem Straftatbestand ist bei vergaberechtlichen Sachverhalten zum einen ein wissentlicher Missbrauch einer Befugnis bei Entscheidungen über Auftragsvergaben im Namen eines öffentlichen Auftraggebers erforderlich. Ein Täter handelt dann wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält (§ 5 Abs 3 StGB).

Wenn daher der Entscheidungsträger eine Entscheidung zumindest vergaberechtlich für zulässig hält, weil beispielsweise dafür eine vertretbare Rechtsansicht in einem Rechtsgutachten vorliegt, schließt das Wissentlichkeit aus, sodass dann auch keine Untreue in Betracht kommt. Zum anderen muss durch den Befugnismissbrauch tatsächlich eine Schädigung am Vermögen eingetreten sein.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

Blog zum Vergaberecht: <https://www.estermann-pock.at/news/>

Auftragsvergabe ohne Ausschreibung: strafbare Untreue iSd § 153 StGB?

MINDESTANFORDERUNG BEI REFERENZPRODUKTEN; LVwG Wien

LVwG Wien vom 15.07.2020, GZ: GZ: VGW-123/029/13128/2020

Leitsatz:

Eignungsnachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrags sachlich gerechtfertigt ist. Daraus ergibt sich, dass das verlangte Niveau der Eignung in Beziehung zur nachgefragten Leistung zu setzen ist.

Sachverhalt:

Eine Sektoren-Auftraggeberin (Sektoren-AG) führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im OSB zur Vergabe eines Bauauftrags betreffend Fernwärmeleitungen für insgesamt 4 Lose durch, jeweils zum Abschluss eines Rahmenvertrags. Die Lose 1, 2 und 3 betrafen Bauarbeiten zur Errichtung von Fernwärmeleitungen, das Los 4 Bauarbeiten, die im Zuge von Störungsbehebungen bei Fernwärmeleitungen zu erbringen sind.

Zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit waren Referenzprojekte vorzulegen, wobei in den Losen 1 bis 3 als Mindestkriterium festgelegt war, dass das Referenzprojekt *„Arbeiten im Zuge von Störfällen an in Betrieb befindlichen Fernwärmeleitungen mit mind. PN 25 und mind. 120°C umfasst“* haben muss.

Dagegen richtete sich der ggst. Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung im Wesentlichen mit der Begründung, dass diese festgelegte Mindestanforderung der Referenzprojekte für potenzielle Bewerber für die Lose 1 bis 3 nicht zu erfüllen sei. Dies deshalb, weil Referenzen, welche die Anforderungen an Störfälle erfüllen, nur nachgewiesen werden können, wenn bei früheren Ausschreibungen entsprechende Leistungen der Störfallbehebung für die AG erbracht wurden.

Die Festlegung, wonach ein Zusammenhang der zu erbringenden Tiefbauarbeiten mit Störfällen verlangt wird, sei im Hinblick auf das Leistungsbild für die Lose 1 bis 3 überschießend, da ein Zusammenhang mit Störfällen bei der zu erbringenden Bauleistung, mit der Errichtung in keiner sachlichen Relation stehe.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien hielt zunächst fest, dass die AG festlegen muss, mit welchen Nachweisen ein Unternehmer seine technische Leistungsfähigkeit zu belegen hat. Welche Nachweise die AG verlangt, liegt in ihrem Ermessen, welches lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot determiniert ist.

Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit kann die AG je nach Art, Menge, Umfang oder Verwendungszweck der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen insbesondere die in Anhang XI zum BVergG angeführten Nachweise verlangen. Bei Bauaufträgen können demnach Referenzen über die wesentlichen in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden. Soweit dies zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs erforderlich ist, kann die AG auch einen längeren Zeitraum festlegen.

Nach der Rechtsprechung des VwGH kann jedes Eignungskriterium einzelnen Unternehmern die Legung eines Angebots erschweren. Die Wettbewerbsbeschränkung, die durch die Festlegung von Eignungskriterien bewirkt wird, ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen. Sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher am Auftragsgegenstand gemessen werden.

Fallbezogen hielt das LVwG fest, dass es gemäß den Festlegungen und nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens auch in den Losen 1 bis 3 zu Arbeiten im Zusammenhang mit Störfällen kommen kann, wenn bei einem Störfall gleich eine Auswechslung des betroffenen Rohrabschnitts erfolgt, ohne dass zunächst die Auftragnehmer aus Los 4 zur spontanen Schadenbehebung herangezogen werden. Ein Störfall kann auch zum Anlass genommen werden, einen längeren, in schlechtem Zustand befindlichen Rohrstrang im Rahmen eines Abrufs in den Losen 1 bis 3 auszutauschen.

Da in den Losen 1 bis 3 zwar keine kurzfristigen unmittelbaren Schadensbehebungen, sehr wohl aber Arbeiten iZm Störfällen den Auftragsgegenstand bilden, ist die Festlegung der AG zu den Eignungsreferenzprojekten in Los 1 bis 3 - wonach Erfahrung iZm Arbeiten im Zuge von Störfällen an in Betrieb befindlichen Fernwärmeleitungen gefordert wird - sachlich begründet. In Anbetracht des Auftragsgegenstands ist die Festlegung daher keineswegs überschießend.

Schlussfolgerung:

Das LVwG Wien kam daher zum Ergebnis, dass die Festlegung zu den Eignungsreferenzprojekten vergaberechtlich zulässig war. Der Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde daher abgewiesen.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 12 - Dezember 2020

Verwaltungsgericht Wien: Zu Mindestanforderungen bei Referenzprojekten

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Mag. Jaqueline Guger, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

INDEXANPASSUNG ALS UNWESENTLICHE VERTRAGSÄNDERUNG; VwGH

VwGH vom 19.06.2020, GZ: GZ: Ra 2017/04/0125

Leitsatz:

Eine Preisanpassung, die der allgemeinen Preisentwicklung entspricht und der Wertsicherung dient, ist nicht als Wettbewerbsverfälschung oder Bevorzugung des Auftragnehmers zu qualifizieren und stellt daher eine unwesentliche Vertragsänderung dar.

Sachverhalt:

Konkret ging es um ein offenes Verfahren zur Lieferung von Schulmahlzeiten für Schüler in städtischen Pflichtschulen der Stadt Salzburg. Die Zuschlagserteilung erfolgte mit einem Portionspreis von 2,70 EUR brutto, wobei der Preis laut Vertragsbestimmungen als Festpreis für die ersten drei Jahre ab Vertragsbeginn im Jahr 2007 vereinbart wurde. Nach Ablauf dieser Zeit konnten die Preise pro Portion nur in gegenseitigem Einvernehmen geändert werden.

Erstmals im Jahr 2010 haben Auftraggeber und Auftragnehmer eine Preisanpassung nach dem Verbraucherpreisindex vereinbart; ab 2012 ist dann der Preis jährlich nach diesem Index angehoben worden.

Eine Bieterin im seinerzeitigen Vergabeverfahren und die nunmehrige Revisionswerberin hat zunächst beim LVwG Salzburg einen Feststellungsantrag eingebracht. Dabei wurde geltend gemacht, dass eine nachträgliche Preisanpassung eine wesentliche Vertragsänderung ist, weil in den seinerzeitigen Ausschreibungsunterlagen keine konkreten Preisanpassungsmechanismen vorgesehen waren.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Salzburg hat mit Erkenntnis vom 4.08.2017 diesen Feststellungsantrag abgewiesen und begründete dies im Wesentlichen mit der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlage, in der festgelegt sei, dass nach Ablauf von drei Jahren der Angebotspreis angepasst werden könne.

Dass man davon in Form der Preisanpassung in Anlehnung an den Verbraucherpreisindex Gebrauch gemacht habe, sei *„jedenfalls handelsüblich, marktüblich und keinesfalls überzogen oder unterhalb einer notwendigen Preisanpassung“*.

VwGH- Entscheidungssätze:

Der VwGH hat sich zunächst auf die Rechtsprechung des EuGH berufen, die insbesondere im Urteil vom 7.09.2016, C-549/14 (Finn Frogne), zusammengefasst ist. Aus dieser Rechtsprechung hat der VwGH für den vorliegenden Fall abgeleitet, dass es auf die Wettbewerbsrelevanz der nachträglichen Vertragsänderung ankommt.

Demnach ist für die Annahme einer wesentlichen Vertragsänderung entscheidend, ob die Änderung den Wettbewerb zwischen potenziellen Interessenten verfälscht hat

und den Auftragnehmer gegenüber anderen Unternehmern bevorzugen könnte (VwGH 8.08.2018, Ra 2015/04/0013).

Ausgehend davon hat der VwGH erkannt, dass eine Preisanpassung an den VPI keine wesentliche Vertragsänderung impliziert. Eine Preisanpassung, „die lediglich der allgemeinen Preisentwicklung Rechnung trägt und damit der Wertsicherung dient“, kann nämlich nicht zu einer Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den potenziellen Interessenten und zur Bevorzugung des Auftragnehmers gegenüber anderen Unternehmen führen.

Daher liegt nach Ansicht des VwGH im vorliegenden Fall nur eine unwesentliche Änderung der Vertragsbestimmungen vor, bei der es auch nicht auf die vom EuGH geforderte Bestimmtheit und Transparenz ankommt.

Schlussfolgerung:

Auf den vorliegenden Fall hatte der VwGH die Rechtslage vor dem BVergG 2018 anzuwenden. Daher hat sich der VwGH in seiner Begründung nur auf die Rsp. des EuGH bezogen, weil es im seinerzeitigen BVergG 2006 keine mit § 365 BVergG 2018 vergleichbare Vorschrift gegeben hat. Von Interesse ist, ob der VwGH die vorliegende Entscheidung in derselben Weise getroffen hätte, wenn auf den Sachverhalt das BVergG 2018 anzuwenden gewesen wäre.

Unabhängig davon ist aber das vorliegende Erk. jedenfalls insofern bemerkenswert, wonach eine nachträgliche Preisanpassung keine wesentliche Vertragsänderung ist. Denn in der Praxis des Vergaberechts ist die Frage, nach welchem konkreten Index eine Preisanpassung vorgenommen wird, eigentlich immer von erheblicher Bedeutung.

Dies gilt insbesondere deshalb, weil es die unterschiedlichsten Indices gibt, die für eine Preisanpassung in Betracht kommen. Da diese Indices durchaus unterschiedliche Preissteigerungen vorsehen, ist es natürlich von erheblicher Bedeutung, welcher Index im Konkreten angewandt wird.

Praxistipp:

Letztlich sollte dieses Erkenntnis daher nicht als Anregung dienen, in längerfristigen Verträgen auf eine ausdrückliche und abschließend klare Preisanpassung auf Basis eines bestimmten Index zu verzichten. Wäre nämlich im vorliegenden Fall nachträglich nicht der Verbraucherpreisindex, sondern ein anderer Index vereinbart worden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der VwGH eine anderslautende Entscheidung getroffen hätte.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

Blog zum Vergaberecht: <https://www.estermann-pock.at/news/>

Vereinbarung einer Preisanpassung ist keine wesentliche Vertragsänderung

ANWENDUNGSBEREICH DER SEKTOREN-RICHTLINIE; EuGH

EuGH vom 28.10.2020, GZ: C-521/18

Leitsatz:

Bei der Erbringung von Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldiensten handelt es sich um Tätigkeiten, die der Ausübung der Tätigkeit im Postsektor dienen. Diese Dienstleistungen sind somit vom Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie umfasst.

Sachverhalt:

Die ggst. Entscheidung erging im Rahmen eines Rechtsstreits über die Rechtmäßigkeit einer Auftragsbekanntmachung. Mit der in Rede stehenden Bekanntmachung leitete Poste Tutela, eine 100%ige Tochtergesellschaft der Poste Italiane, ein offenes Verfahren zum Abschluss von RV über Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldienste für die Räumlichkeiten der Poste Italiane und anderer Gesellschaften ihres Konzerns ein.

Dagegen erhob die Antragstellerin (ASt) Pegaso Klage beim EuGH und führte aus, dass die Bekanntmachung gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße. Poste Italiane vertrat die Auffassung, dass Poste Tutela zum Zeitpunkt der Bekanntmachung zwar als öffentlicher AG zu qualifizieren gewesen sei, die von der Bekanntmachung umfassten Dienstleistungen allerdings nicht unter einen der besonderen Sektoren iSd Sektoren-RL 2014/25/EU zu subsumieren seien.

Pegaso machte demgegenüber geltend, dass zu den DL der besonderen Sektoren nicht nur die unmittelbar von der anwendbaren Regelung umfassten Dienstleistungen zählten, sondern auch Ergänzungs- und Nebendienstleistungen davon umfasst seien, wenn deren Zweck darin liege, die tatsächliche Erbringung der Postdienste zu gewährleisten.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH hatte die Frage zu beantworten, ob die Sektoren-RL 2014/25 dahin auszulegen ist, dass diese auf Tätigkeiten anwendbar ist, die in der Erbringung von Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldiensten für die Räumlichkeiten von Postdiensteanbietern bestehen. Dazu verwies der EuGH eingangs auf die Vorgänger-RL 2004/17 und hielt fest, dass die dazu ergangene Rsp. aufgrund der im Wesentlichen identischen Tragweite der jeweiligen Bestimmungen auch für die RL 2014/25 einschlägig ist.

Unter Bezugnahme auf seine frühere (zu RL 2004/17 ergangene) Rechtsprechung führte der EuGH aus, dass neben den in der Richtlinie jeweils ausdrücklich genannten Tätigkeiten auch solche öffentliche Aufträge vom Anwendungsbereich der Sektoren-RL umfasst sind, die in Zusammenhang mit und für die Ausübung von Tätigkeiten in einem dieser Sektoren vergeben werden.

Der EuGH stellte fest, dass ein solcher Zusammenhang allerdings nicht beliebiger Art sein kann, weshalb es für die Anwendbarkeit der RL 2014/25 nicht ausreicht, dass die Dienstleistungen einen positiven Beitrag zu den Tätigkeiten des AG leisten und

deren Rentabilität erhöhen. Vielmehr muss es sich um Tätigkeiten handeln, die tatsächlich der Ausübung der Tätigkeit im Sektor der Postdienste dienen, indem sie eine angemessene Bewerksstellung dieser Tätigkeiten ermöglichen.

Vom Anwendungsbereich der RL 2014/25 ausgenommen, sind somit lediglich jene Tätigkeiten, die zu anderen Zwecken als der Ausübung der jeweiligen Sektorentätigkeit erbracht werden, sowie solche, die der Ausübung anderer, nicht in den Anwendungsbereich der Sektoren-RL fallender Tätigkeiten dienen.

Zum konkreten Fall führte der EuGH aus, dass die angemessene Erbringung von Postdiensten ohne Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldienste für die Räumlichkeiten des Postdiensteanbieters schwer vorstellbar ist. Der Zusammenhang zu Tätigkeiten gem. der RL 2014/25 rechtfertigt es daher, diese Dienstleistungen unter die Regelungen der Sektoren-RL zu subsumieren.

Daran vermag auch das Vorbringen der Poste Italiane, wonach die fraglichen Dienstleistungen auch für nicht in den Anwendungsbereich der Sektoren-RL fallende Tätigkeiten (z.B. Zahlungsdienste, Mobilfunkdienste od. Versicherungs-DL) erbracht werden, nichts zu ändern. Wie der EuGH dazu anmerkt, kommt AG nämlich die Möglichkeit zu, die Aufträge je nach Zweck der einzelnen Tätigkeiten auch getrennt zu vergeben. In einem solchen Fall sind auf den jeweiligen Auftrag diejenigen Bestimmungen anwendbar, die für die Tätigkeit gelten, für die er hauptsächlich vorgesehen ist.

Schlussfolgerung:

Der EuGH kam daher zum Ergebnis, dass es sich bei der Erbringung von Hausmeister-, Empfangs- und Zugangskontrolldiensten um Tätigkeiten handelt, die der Ausübung der Tätigkeit im Postsektor dienen, indem sie es ermöglichen, diese in Hinblick auf deren übliche Ausübungsbedingungen angemessen zu bewerkstelligen. Die fraglichen Dienstleistungen sind somit vom Anwendungsbereich der Sektoren-RL umfasst.

Der EuGH führt damit die - insbesondere auch auf Grund von Rechtsstreitigkeiten über österreichische Sachverhalte - ergangene Rechtsprechung zu den Vorgängerrichtlinien (siehe EuGH vom 16. 06.2005, C-462/03, *Strabag und Kostmann*) fort.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 01 - Jänner 2021

EuGH: Zum Umfang des Anwendungsbereichs der Sektorenrichtlinie

Autoren: Mag. Gregor Stickler, Petra Haigner, LL.M, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG; LVwG Wien

LVwG Wien vom 7.05.2020, GZ: GZ: VGW-123/072/2017/2020

Leitsatz:

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der AG Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich (OSB) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung (RV) über die Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von Produkten für das KH Wien durch. Daneben waren diverse Optionen anzubieten. Der Zuschlag sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen (Preis 40 %, technische Qualität 20 %, diverse Optionen mit Prozentsätzen zwischen 2 % und 20 %).

Die Antragstellerin (ASt) hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben und den Preis für die in der Ausschreibung vorgesehenen Optionen mit 0 EUR festgelegt. Die AG hat die ASt um Aufklärung zu dem Preis dieser Optionen ersucht, insbesondere inwiefern dieser Preis wirtschaftlich plausibel ist.

Die ASt hat ausgeführt, dass die für diese Optionen in ihrer Kalkulation enthaltenen Kosten im Angebotspreis enthalten seien. Die ASt legte zudem eine Aufgliederung der Kosten in Lohn (Personalkosten) und Sonstiges (Sachkosten) vor und wies darauf hin, dass diese Kosten im Angebotspreis inkludiert seien.

Die AG hat das Angebot der ASt mit der Begründung ausgeschieden, dass nicht darüber aufgeklärt worden sei, wie sich diese Kosten zum Angebotspreis verhalten. Die Zusammensetzung des Preises der Optionen sei weiterhin unklar. Eine spekulative Preisgestaltung hinsichtlich der mit 0 EUR angebotenen Optionen liege nahe. Unklar bleibe auch, ob eine Umlagerung der Kosten dieser Optionen in andere Positionen erfolgt sei.

Eine solche Verschiebung sei grundsätzlich unzulässig. Die Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der (angebotenen Preise für) die Leistungen sei nicht gegeben, daher wurde das Angebot der ASt ausgeschieden.

Dagegen richtet sich der Nachprüfungsantrag der ASt.

Entscheidungsätze:

Die ASt hat Optionen mit einem Preis von 0 EUR angeboten. Dies war nach den Ausschreibungsfestlegungen grundsätzlich zulässig. Für die AG war jedoch aus dem Angebot nicht ersichtlich, wo die ASt die Kosten für diese Optionen kalkuliert hat.

Die Auskunft, dass diese Leistungen integrativer Bestandteil des Hauptangebots seien, lässt laut LVwG lediglich erkennen, dass die in den Optionen geforderten

Leistungen von der ASt angeboten werden, sagt aber nichts dazu aus, ob und in welcher Höhe diese Leistungen im Hauptangebot mitkalkuliert wurden oder nicht.

Die AG musste daher davon ausgehen, dass die ASt die Kosten für die Optionen im Hauptangebot mitkalkuliert und ausschreibungswidrig nicht in den dafür vorgesehenen Positionen ausgewiesen hatte. Einen nachvollziehbaren betriebswirtschaftlichen Grund für diese Umlagerung lieferte die ASt nicht.

Schlussfolgerung:

Dem Argument der ASt, es fließen ohnedies alle Positionen in den Gesamtpreis ein, der dann vergleichbar ist, kann laut LVwG Wien nicht gefolgt werden. Abgesehen davon kann die Anzahl der Versuche der AG, eine für sie nicht nachvollziehbare Kalkulation aufzuklären, nicht unbeschränkt sein.

Es ist zudem problematisch, wenn ein Bieter erst im Nachprüfungsverfahren eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Begründung für eine im Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung trotz mehrfacher Aufklärungsversuche der AG unplausible Preisgestaltung nachzureichen versucht.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 01 - Jänner 2021

Verwaltungsgericht Wien: Zur vertieften Angebotsprüfung

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Mag. Jaqueline Guger, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

KOSTENLOSES ANGEBOT; EuGH

EuGH vom 10.09.2020, GZ: GZ: C-367/19, Tax-Fin-Lex

Leitsatz:

Der EuGH hatte im vorliegenden Fall zu beurteilen, ob das Angebot eines Bieters zu einem Gesamt-Angebotspreis in Höhe von 0 EUR im Widerspruch zur Definition eines öffentlichen Auftrages der RL 2014/24 steht, weil keine Entgeltlichkeit vorliegt.

Wenn dem so ist, sollte der EuGH weiters beurteilen, ob diese Vorschrift eine selbständige Rechtsgrundlage ist, um das Angebot auszuschneiden.

Sachverhalt:

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das slowenische Innenministerium eine in zwei Lose unterteilte Ausschreibung bekanntgemacht. Bei dieser Ausschreibung ging es um die Vergabe eines Zuganges zu einem Rechtsinformationssystem über einen Zeitraum von 24 Monaten.

Innerhalb der Angebotsfrist erhielt das Innenministerium für das Los 1 zwei Angebote. Ein Angebot wurde von Tax-Fin-Lex mit einem Gesamt-Angebotspreis von 0 EUR abgegeben (wollte also die ausgeschriebene DL kostenlos erbringen). Der geschätzte Auftragswert betrug hingegen 39.959,01 EUR.

Das slowenische Innenministerium hat das Angebot des Bieters Tax-Fin-Lex ohne vertiefte Angebotsprüfung mit der Begründung ausgeschieden, dass kein entgeltlicher Vertrag iS der RL 2014/24 zustande kommen könne. Vielmehr liegt nach Ansicht des slowenischen Innenministeriums eine Schenkung vor, die im Widerspruch zu den Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge stehe. Im Zuge dessen wurde der Auftrag an den zweiten Bieter vergeben.

Der Bieter Tax-Fin-Lex teilte die Ansicht des slowenischen Innenministeriums nicht und leitete ein Gerichtsverfahren mit der Begründung ein, dass das Angebot ohne vertiefte Angebotsprüfung ausgeschieden wurde. Das zuständige Gericht legte den Sachverhalt aufgrund zweier sich daraus ergebenden Vorlagefragen dem EuGH vor.

Zum einen sollte der EuGH klären, ob die Entgeltlichkeit des Angebots iS der RL 2014/24 darin bestehen könne, dass der Bieter mit dem Auftrag einen Zugang zu einem neuen Markt bzw ein Referenzprojekt erlangen könnte. Dieser Marktzugang bzw das erlangte Referenzprojekt könne gegebenenfalls in späterer Folge für den Bieter einen wirtschaftlichen Nutzen und Wert darstellen.

Falls es sich dabei nicht um einen entgeltlichen Vertrag iS der RL 2014/24 handelt, sollte der EuGH zum anderen klären, ob die genannte Vorschrift eine selbstständige Rechtsgrundlage für das Ausschneiden des unentgeltlichen Angebots ist.

EuGH-Entscheidungssätze:

Vor Beantwortung der Vorlagefragen stellt der EuGH zunächst fest, dass der in Frage stehende Auftrag durch Nichterreichen des EU-Schwellenwertes für zentrale Auftraggeber (in Österreich Anhang III-zentrale öffentliche Auftraggeber)

grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist aber eine Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften durch den Gerichtshof bei Sachverhalten, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschriften fallen, dennoch gerechtfertigt, wenn die Vorschriften vom nationalen Recht unmittelbar und unbedingt für auf diese Sachverhalte anwendbar erklärt worden sind, um zu gewährleisten, dass diese Sachverhalte gleich behandelt werden.

Dieses Kriterium wird im vorliegenden Fall insofern erfüllt, als der slowenische Gesetzgeber bei Umsetzung der RL 2014/24 die Definition des Begriffes „öffentlicher Auftrag“ übernommen hat, sodass die Begriffsdefinition für alle öffentlichen Aufträge unabhängig von ihrer Höhe gilt. Deshalb ist eine unionsrechtliche Auslegung geboten.

Zur Vorlagefrage, ob ein entgeltliches Angebot vorliegt, stellt der EuGH fest, dass das Wort „entgeltlich“ bedeutet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere Leistung zu erbringen. Dabei muss die Gegenleistung nicht unbedingt die Zahlung eines Geldbetrages sein. Folglich ist ein Vertrag, für dessen Erfüllung keine konkrete Gegenleistung vorgesehen ist, kein entgeltlicher Auftrag.

Das Vorbringen, die Gegenleistung würde im Zugang zu einem neuen Markt oder in einem Referenzprojekt bestehen, reicht aus Sicht des EuGH nicht aus, um eine Entgeltlichkeit anzunehmen, weil die Gegenleistung zu sehr vom Zufall abhängt.

Darüber hinaus stellt der EuGH fest, dass die RL 2014/24 keine Rechtsgrundlage ist, auf die eine Ablehnung eines unentgeltlichen Angebotes gestützt werden kann. Die Bestimmung definiert lediglich den Begriff des öffentlichen Auftrags, um die Anwendbarkeit der Richtlinie zu regeln. Mit dieser Bestimmung ist es daher nicht möglich, das unentgeltliche Angebot automatisch auszuschneiden. Unter diesen Umständen muss daher bei einem derart ungewöhnlich niedrigen Preis das in der RL 2014/23 vorgesehene Verfahren eingehalten werden:

Der Bieter muss also im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung um Aufklärung zur Angebotskalkulation ersucht werden. Ein Angebot darf jedenfalls nicht automatisch allein aus dem Grund abgelehnt werden, dass der vorgeschlagene Preis null Euro beträgt. Nur wenn das entsprechende Aufklärungsschreiben des Bieters betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar ist, darf das Angebot ausgeschieden werden. Die Klärung dieser Fragestellung obliegt dem vorlegenden slowenischen Gericht und nicht dem EuGH.

Schlussfolgerung:

Das vorliegende Urteil zeigt einmal mehr, dass ein automatisches Ausscheiden wegen eines nicht plausibel erscheinenden Angebotspreises ohne Aufklärungsersuchen und der damit verbundenen Möglichkeit einer entsprechenden Erläuterung der Kalkulation vergaberechtlich jedenfalls unzulässig ist.

Sollte bei einem vergleichbaren Fall in Österreich ein Aufklärungsersuchen übermittelt werden, erscheint es jedoch nach derzeitiger Rechtsprechung der österreichischen Vergabekontrollbehörden äußerst fraglich, ob der Bieter allein mit den Argumenten des Marktzugangs und eines Referenzprojekts das Ausscheiden verhindern kann.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

Blog zum Vergaberecht: <https://www.ester mann-pock.at/news/>

Kostenloses Angebot: Ein Widerspruch zur Ausschreibung?

KONKRETISIERUNGSPFLICHT VON ZUSCHLAGSKRITERIEN; BVwG

BVwG vom 16.05.2020, GZ: GZ: W 273 2233950-2

Leitsatz:

Die Berücksichtigung von nicht abschließend genannten Bewertungsaspekten bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots ist vergaberechtlich unzulässig.

Sachverhalt:

Die Flughafen Wien AG leitete im August 2020 als Sektoren-Auftraggeberin (Sektoren-AG) ein Verhandlungsverfahren m.v. Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (OSB) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung diverser Hygieneartikel ein. Die Auftragsvergabe sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Am 12.08.2020 wurden die Teilnahmeunterlagen der ersten Stufe mit einem Nachprüfungsantrag beim BVwG bekämpft.

Dabei brachte die Antragstellerin (ASt) im Wesentlichen vor, sie wäre durch diskriminierende und rechtswidrige Bestimmungen an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert. Im Konkreten brachte die ASt vor, die Bewertung der in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien durch eine Bewertungskommission ohne Nennung der Parameter und Charakteristika, die zur Beurteilung herangezogen werden, würde dem Vergaberecht widersprechen. Diese kommissionelle Bewertung sollte anhand von Bewertungsaspekten betreffend „Benutzerfreundlichkeit“, „Servicierbarkeit“, „Design“, „etc“ erfolgen.

Nach Ansicht der ASt waren diese Begriffe zu unbestimmt. Die Zuschlagsentscheidung hänge damit ausschließlich von der kommissionellen Bewertung und damit von der subjektiven Entscheidung der AG ab, die sich dazu nicht objektiver Parameter bedient.

Im Nachprüfungsverfahren wendete die AG im Wesentlichen ein, aufgrund der geringen Gewichtung von lediglich 15% wäre es nach den Vorgaben des Vergaberechts zulässig, auch subjektive Kriterien in die Angebotsbewertung einfließen zu lassen. Ferner wären die Zuschlagskriterien in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens für die ASt noch irrelevant und die AG hätte ohnehin die Möglichkeit, die Zuschlagskriterien im Laufe des Verfahrens noch zu konkretisieren. Dies ergäbe sich aus dem Erk. des EuGH vom 14.07.2016, C-6/15, TNS Dimarso.

Entscheidungsätze:

Das BVwG verwies zunächst auf § 281 Abs 1 BVergG. Demnach müssen die Ausschreibungsunterlagen so hinreichend konkret sein, dass ein Unternehmer entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag abgibt oder nicht. Zudem dürfen die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien während des Verhandlungsverfahrens nicht mehr geändert oder verhandelt werden. Auch eine bereits festgelegte Gewichtung muss beibehalten werden.

Aus dem von der AG angeführten Erkenntnis des EuGH ergibt sich jedoch, dass die spätere Festlegung der Gewichtung von bereits bekanntgegebenen Zuschlagskriterien zulässig ist und insofern nicht dem Vergaberecht widerspricht.

Davon abzugrenzen ist jedoch die von der AG herangezogene Bewertungsmethode. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der AG nicht verpflichtet, den potenziellen Bietern in den Ausschreibungsunterlagen die konkrete Bewertungsmethode bekanntzugeben, solange dies nicht zu einer Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung führt.

Das BVwG geht allerdings davon aus, dass es sich bei der Festlegung „*kommissionelle Bewertung (Benutzerfreundlichkeit, Servicierbarkeit, Design, etc*“ um ein Kriterium handelt, nach dem das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt werden soll und somit ein Zuschlagskriterium ist. Diese Zuschlagskriterien dürfen jedoch nicht verändert und verhandelt werden.

Weiters ergibt sich aus der Definition des Begriffes „*Zuschlagskriterium*“ gemäß § 2 Z 22, dass diese dem AG keinen uneingeschränkten Ermessensspielraum einräumen dürfen und zudem mit einer Spezifikation einhergehen müssen, die eine Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestattet, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Wie bereits ausgeführt wurde, sind in den Teilnahmeunterlagen unter dem Kriterium „*kommissionelle Bewertung*“ folgende Begriffe aufgezählt: „*Benutzerfreundlichkeit*“, „*Servicierbarkeit*“, „*Design*“ und „*etc*“. Dabei ist die Verwendung von „*etc*“ dahingehend zu verstehen, dass die Kommission weitere, nicht genannte Parameter bei ihrer Entscheidung berücksichtigen kann. Daraus ergibt sich jedoch eine Ungewissheit der Bieter, die nicht nachvollziehen können, welche Kriterien die AG heranzieht, um die Angebote miteinander zu vergleichen.

Die AG hätte somit die Möglichkeit, nicht bekannt gemachte und somit nicht überprüfbare Parameter in ihrer Bewertung zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund widerspricht das Kriterium „*kommissionelle Bewertung*“ dem Vergaberecht, weil eine objektive Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes nicht gewährleistet ist.

Daher hat das BVwG dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und die Teilnahmeunterlagen für nichtig erklärt.

Schlussfolgerung:

Das Erk. zeigt einmal mehr, dass bei Festlegung der Zuschlagskriterien jedenfalls die Konkretisierungspflichten des Vergaberechts entsprechend zu berücksichtigen sind. Das Verwenden von Begriffen wie etwa „*etc*“, „*insbesondere*“, „*beispielsweise*“ oder ähnlicher Formulierungen ist - vor allem nach dem vorliegenden Erk. - vergaberechtlich problematisch.

Demgegenüber ist aber anzumerken, dass die Berücksichtigung von subjektiven, in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich genannten Zuschlagskriterien natürlich weiterhin zulässig ist. Die insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH in diesem Zusammenhang vorgegebenen Leitlinien sind auch weiterhin vollinhaltlich in Geltung (siehe EuGH vom 14.07.2016, C-6/15, TNS Dimarso).

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

Blog zum Vergaberecht: <https://www.ester mann-pock.at/news/>

BVWG: Konkretisierungspflicht von Zuschlagskriterien

VERGABEFREIER MIETVERTRAG ODER BAUAUFTRAG; EuGH

EuGH vom 22.04.2021, GZ: C-537/19

Leitsatz:

Wiener Wohnen schloss einen Mietvertrag für seine neue Unternehmenszentrale ab. Erst im Anschluss errichtete der Vermieter das Gebäude. Während der Generalanwalt in diesem Vorgehen noch die unzulässige Direktvergabe eines Bauauftrags erblickte, verneint der EuGH eine Vertragsverletzung Österreichs. Das EuGH-Erkenntnis gibt wertvolle Hinweise zur Abgrenzung zwischen Mietvertrag und Bauauftrag.

Sachverhalt:

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) unterzeichnete im Jahr 2012 einen Mietvertrag über die Unternehmenszentrale für sämtliche ihrer Mitarbeiter, wobei sich das Gebäude zum Zeitpunkt der Unterfertigung noch in Planung befand. Grundsätzlich unterliegen Mietverträge nicht der Anwendung des Vergaberechts und eine direkte Vergabe ist daher zulässig. Wird die Immobilie aber erst nach den Erfordernissen des öffentlichen AG errichtet, kann es sich auch um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag handeln.

Die Abgrenzung zwischen Mietvertrag und Bauauftrag war Anlass eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Republik Österreich. Der Generalanwalt unterstützte die Klage der EU-Kommission und empfahl dem EuGH eine Verurteilung.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH verwies eingangs auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach der öffentliche AG sich nicht auf den Ausnahmetatbestand der Vermietung berufen kann, wenn die Errichtung des geplanten Bauwerks den vom AG genannten Erfordernissen entspricht. Das ist der Fall, wenn der AG Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Planung ausgeübt hat. Ein solcher Einfluss lässt sich nachweisen, wenn durch die Anforderungen des AG auf die architektonische Struktur des Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände eingewirkt wird.

Entgegen dem Vorbringen der Kommission und der Empfehlung des Generalanwalts sah der EuGH einen solchen entscheidenden Einfluss im konkreten Fall nicht. Die Immobilie war nach Ansicht des EuGH zum Zeitpunkt der Mietvertragsverhandlungen bereits fertig entwickelt, auch die Errichtung weiterer Stockwerke sowie der Brücke zwischen den Gebäudeteilen wurden nicht aufgrund der Erfordernisse der AG geplant. Es handelt sich um ein klassisches Bürogebäude, das einem typischen Rastersystem folgt, um für künftige Mieter eine passende, möglichst flexible Innenaufteilung zu gewährleisten.

Für den EuGH stellt es auch eine übliche Vorgehensweise dar, dass ein - privates oder öffentliches - Unternehmen Wünsche hinsichtlich der Eigenschaften des Bürogebäudes äußert. Im Ergebnis kommt der EuGH zu dem Schluss, dass die Kommission nicht ausreichend nachgewiesen hatte, dass die aus den Anforderungen der AG resultierenden Anpassungen des Bürogebäudes über übliche Mieterwünsche hinausgehen.

Schlussfolgerung:

Mit seiner Entscheidung lockert der EuGH seine bisherige Rechtsprechung zur Errichtung einer Immobilie „nach den Erfordernissen des AG“. Für öffentliche AG wirkt sich diese Lockerung vor allem bei Standardimmobilien wie etwa Bürogebäuden aus, bei denen private wie öffentliche Mieter vergleichbare Anforderungen stellen.

Praxistipp:

Für alle öffentlichen AG die einen Mietvertrag abschließen, gelten als Maßstab für die Anwendbarkeit des Vergaberechts im Wesentlichen folgende Kriterien:

Wurde das gemietete Gebäude nach den Erfordernissen des AG errichtet? Das ist der Fall, wenn der AG die Merkmale der Bauleistung festgelegt oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Immobilie genommen hat. Ein entscheidender Einfluss auf die Gestaltung des Bauwerks wirkt sich auf die architektonische Struktur des Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände aus. Anforderungen betreffend die Einteilung eines Gebäudes müssen sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben.

Bei Standardimmobilien wie Bürogebäuden ist maßgeblich, ob die vom AG verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine gleichwertige Immobilie hinausgehen. Bei Bürogebäuden ist es nach Ansicht des EuGH durchaus üblich, dass ein Unternehmen bestimmte Wünsche hinsichtlich der Eigenschaften des Gebäudes äußert.

Es handelt sich aber jedenfalls immer um eine Einzelfallentscheidung. Spezialimmobilien wie Krankenhäuser oder Schulen sind unabhängig vom Vertragstyp als Bauaufträge zu qualifizieren und dementsprechend ausschreibungspflichtig.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/>

Vergabepflichtiger Mietvertrag oder ausschreibungspflichtiger Bauauftrag? EuGH verneint Vertragsverletzung Österreichs

ANSTÄNDIGES VERHALTEN IM VERGABEVERFAHREN; VwGH

VwGH vom 11.12.2020, GZ: Ra 2019/04/0039

Leitsatz:

Öffentliche AG sind dazu verpflichtet, Unternehmen bei Vorliegen bestimmter Ausschlussgründe von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Die Begehung einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit zählt zu diesen zwingenden Ausschlussgründen.

Sachverhalt:

Anlassfall war ein Verfahren über die Vergabe eines Rahmenvertrags über Baumeisterarbeiten im Hochbau, im Rahmen dessen die Bieterin ein Angebot über sämtliche Lose legte. Die Bieterin war der Auftraggeberin (AG) bereits aus einem früheren Vergabeverfahren bekannt, in welchem ihr Angebot wegen Preisunangemessenheit ausgeschieden und der Zuschlag an eine ARGE erteilt worden war.

Im Zuge des damals nachfolgenden Zivilprozesses gegen die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) erfuhr die AG von wettbewerbswidrigen Absprachen, an welchen die Bieterin beteiligt war. Konkret stellte sich heraus, dass bereits vor Angebotsabgabe zwischen der ARGE, der Bieterin und einem 2. Unternehmen vereinbart worden war, dass im Fall einer Zuschlagserteilung an die ARGE nicht diese, sondern die Bieterin und das 2. Unternehmen sämtliche Leistungen als SU erbringen werden.

Dieser Umstand ist insbesondere deswegen hervorzuheben, weil die ARGE den Antrag auf Genehmigung der beiden SU erst nach Zuschlagserteilung gestellt hatte und dieser von der AG zunächst abgewiesen worden war. Erst nach Übermittlung der - nicht wahrheitsgemäßen - Informationen zu den Leistungsteilen und der Angebote der SU, genehmigte die AG deren Einsatz bis zu einem Ausmaß von 25 %.

Zu diesem Zeitpunkt hatte die Bieterin trotz fehlender Genehmigung bereits Leistungen erbracht. Dessen nicht genug, hatte die Bieterin der ARGE für die Angebotslegung 150.000 EUR gezahlt sowie die AG durch falsche Angaben im Angebot über die Höhe des tatsächlich an die ARGE gewährten Nachlasses getäuscht.

Dieses in der Vergangenheit liegende Verhalten stand nach Auffassung der AG in direktem Zusammenhang mit der aktuell zu beurteilenden beruflichen Zuverlässigkeit der Bieterin, weshalb die AG im ggst. Verfahren das Vorliegen einer besonders schwerwiegenden beruflichen Verfehlung gem. § 78 Abs 1 Z 5 BVergG vermutete und die Bieterin zur Aufklärung aufforderte.

Da die Bieterin die Vorwürfe in ihrer Stellungnahme nicht entkräften konnte und darüber hinaus nicht vorbrachte, dass sie Maßnahmen iS § 83 Abs 3 BVergG zur Verhinderung einer nochmaligen Verfehlung ergriffen hatte, wurde ihr Angebot ausgeschieden.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien wies den Nachprüfungsantrag der Bieterin ab. Denn nach Ansicht des LVwG hatte die AG gegenständlich eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung durchgeführt. Aus der vorgelegten Korrespondenz ergebe sich eindeutig, dass die Bieterin iZm dem früheren Vergabeverfahren bereits vor Genehmigung durch die AG SU-Leistungen erbracht und falsche Angaben im Angebot über die Höhe des an die ARGE gewährten Nachlasses gemacht habe.

Insgesamt stellte das Vorgehen der Bieterin auch nach Ansicht des LVwG Wien eine schwere berufliche Verfehlung dar und berechtigte die AG im ggst. Verfahren zum Ausscheiden des Angebots.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH wies die ao. Revision der Bieterin zurück. Entgegen der Auffassung der Bieterin habe das LVwG Wien eine - für die Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung erforderliche - konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise vorgenommen.

Schlussfolgerung:

Auf Basis getroffener Feststellungen im Vergabeverfahren sowie einer detaillierten Würdigung des festgestellten Sachverhaltes durch den öffentlichen AG, kann eine entsprechende rechtliche Beurteilung durch die nachprüfenden Gerichte erfolgen.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 04 - April 2021

VwGH: Aus dem Vergabeverfahren fällt, wer sich nicht ordentlich verhält

*Autoren: Dr. Karlheinz Moick/ Magdalene Prem, LL.M., FSM Rechtsanwälte,
1080 Wien, Lange Gasse 50*

QUALIFIZIERTE ELEKTRONISCHE SIGNATUR; BVwG

BVwG vom 1.02.2021, GZ: W 134 2237183-2

Leitsatz:

Zweifelhafte Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind gesetzeskonform und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen im BVergG zu lesen.

Sachverhalt:

Eine Sektoren-Auftraggeberin (Sektoren-AG) führte ein Verhandlungsverfahren m. v. Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (OSB) zur Vergabe eines Lieferauftrags durch. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wurde festgelegt, dass die Angebote über die elektronische Vergabeplattform der AG einzureichen waren. Darüber hinaus wurde in der Aufforderung zur Angebotsabgabe Folgendes verbindlich erklärt: *„Der Bieter hat das Angebot mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen. Das Angebot muss rechtsgültig unterfertigt sein.*

Rechtsgültige Unterfertigung bedeutet, dass das Angebot von Personen, welche den Bieter rechtsgeschäftlich wirksam vertreten können, unterzeichnet bzw qualifiziert elektronisch signiert ist.“ Um überhaupt einen Teilnahmeantrag und ein Angebot über die elektronische Vergabeplattform der AG abgeben zu können, musste sich die Antragstellerin (ASt) auf der elektronischen Vergabeplattform registrieren und den Nutzungsbedingungen dieser Vergabeplattform zustimmen.

In den Nutzungsbedingungen war ua festgelegt, dass, soweit eine rechtsgültige Unterfertigung des Teilnahmeantrags oder Angebots erforderlich sei, diese bei elektronischer Einreichung nur durch eine qualifizierte elektronische Signatur hergestellt werden könne. In der Begleit-E-Mail der Einladung zur Erstangebotsabgabe hat die AG darauf hingewiesen, dass *„Informationen zur Angebotsabgabe und Erstellung einer qualifizierten elektronischen Signatur im Menü „Service‘ erreichbar unter dem Symbol „Werkzeugschlüssel‘ (rechts oben)“* auf der Homepage der elektronischen Vergabeplattform der AG zu finden sind.

Unter dem Menüpunkt „Service“ stand den Bietern der Leitfaden *„Elektronische Signatur-Infoblatt für Bieter“* zum Download zur Verfügung, welcher auszugsweise folgende Festlegung enthält: *„Angebote und Teilnahmeanträge, die nicht qualifiziert elektronisch signiert sind, sind ungültig und in weiterer Folge auszuscheiden.“*

Die ASt gab im ggst. Vergabeverfahren ein Zweitangebot über die elektronische Vergabeplattform der AG ab, welches unterfertigt und eingescannt übermittelt wurde. Eine qualifizierte elektronische Signatur fehlte jedoch. Daraufhin wurde da Angebot der ASt ausgeschieden.

Dagegen richtete sich der ggst. Nachprüfungsantrag.

Entscheidungssätze:

Das BVwG hatte zu prüfen, ob im ggst. Vergabeverfahren Angebote zwingend qualifiziert elektronisch zu signieren waren und ob ein verbesserungsfähiger Mangel vorliegt.

Zunächst hat sich das BVwG mit dem Begriff „Ausschreibung“ gemäß § 2 Z 7 BVerG auseinandergesetzt und im Einklang mit den Erläuterungen erörtert, dass der Begriff „Ausschreibung“ weit zu verstehen sei. Davon umfasst seien demnach alle Bekanntmachungen sowie Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen. *„Damit sind auch alle sonstigen, für die Durchführung des Vergabeverfahrens erforderlichen Unterlagen inkludiert.“*

Im ggst. Vergabeverfahren seien somit jedenfalls die Aufforderung zur Angebotsabgabe, die Nutzungsbedingungen der elektronischen Vergabeplattform der AG, die Einladung zur Erstantebotsabgabe und der zum Download auf der elektronischen Vergabeplattform der AG zur Verfügung gestellte Leitfaden „Elektronische Signatur-Infoblatt für Bieter“ bestandsfeste Teile der Ausschreibungsunterlagen.

Die ASt hat ihren Nachprüfungsantrag ua damit begründet, dass die Festlegung *„unterzeichnet bzw qualifiziert elektronisch signiert“* so zu verstehen sei, dass Angebote unterfertigt *oder* qualifiziert elektronisch signiert werden dürfen.

Dazu hielt das BVwG fest, dass iS der Rsp. des VwGH zweifelhaftes Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gesetzeskonform und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen seien. Die maßgebliche gesetzliche Grundlage bilde § 217 Abs 12 BVerG, *„welcher im Zusammenhang mit der mehrfach in den Ausschreibungsunterlagen geforderten zwingenden qualifizierten elektronischen Signatur für den objektiven Erklärungswert eines Erfordernisses einer qualifizierten elektronischen Signatur im ggst. Vergabeverfahren spricht“*.

Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter hätte daher bei Anwendung der üblichen Sorgfalt - angesichts der Tatsache, dass es sowohl in § 217 Abs 12 BVerG, als auch in den Ausschreibungsunterlagen an mehreren Stellen Hinweise darauf gab, dass Angebote qualifiziert elektronisch zu signieren sind, und es möglicherweise an einer Stelle einen Hinweis gab, dass Angebote nicht qualifiziert elektronisch zu signieren sind - die Pflicht gehabt, sofern er sich auf diese eine Stelle berufen will, der AG mitzuteilen, dass diesbezüglich eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich ist. Eine solche Mitteilung hat die ASt nicht vorgenommen, weshalb die ASt sich nicht auf diese aus ihrer Sicht undeutliche Ausschreibungsbestimmung berufen kann.

Schlussfolgerung:

Vor diesem Hintergrund kam das BVwG zu dem Ergebnis, dass aus der Zusammenschau der Aufforderung zur Angebotsabgabe in Verbindung mit den Nutzungsbedingungen der elektronischen Vergabeplattform der AG das Angebot der ASt zu Recht ausgeschieden wurde.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war daher abzuweisen.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 05 - Mai 2021

BVwG: Qualifiziert elektronische Signierung von Angeboten

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Ivana Jozic, LL.M, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

FESTLEGUNG VON GLEICHWERTIGKEITSKRITERIEN; BVwG

BVwG vom 19.01.2021, GZ: W 131 2235409-2/21E

Leitsatz:

Es widerspricht dem Transparenzgebot und dem Gebot der Gleichbehandlung der Bieter, wenn der Zuschlag einem Angebot erteilt wird, mit dem ein behauptetes „gleichwertiges“ Produkt angeboten wird, ohne dass in der Ausschreibung eindeutig festgelegt ist, wann diese Gleichwertigkeit gegeben ist.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte ein nicht offenes Verfahren o. v. Bekanntmachung im Unterschwellenbereich (USB) zur Vergabe eines Bauauftrags betreffend Kanalsanierungen durch. Durch die ausgeschriebene Kanalsanierung sollten insbesondere alte Kanalstränge aus Betonrohren mit einem sogenannten „Inliner“ ausgekleidet werden, sodass die Rohrleitungen unterirdisch wiederhergestellt werden.

In den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass die Ausführung von „Nadelfilzlinern“ mit folgenden Eigenschaften gewünscht wird: *„Nadelfilzschlauch mit PE-Beschichtung oder gleichwertig. Die Gleichwertigkeit ist mittels Labor- und Prüfzertifikaten durch den Auftragnehmer nachzuweisen.“* Durch die Sanierung mit einem „Nadelfilzliner“ sollte es ermöglicht werden, so viele der bestehenden Kanalschächte wie möglich aufzulassen.

Die Antragstellerin (ASt) bot mit ihrem Angebot einen „Nadelfilzliner“ zum Sanieren der alten Kanalschächte an. Zwei weitere Bieter boten einen „GFK-Inliner“ an, also einen Inliner aus glasfaserverstärktem Kunststoff. In weiterer Folge erteilte die AG dem billigsten Angebot mit dem „GFK-Inliner“ den Zuschlag.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der ggst. Nachprüfungsantrag im Wesentlichen mit der Begründung, dass der von der präsumtiven ZE angebotene „GFK-Inliner“ im Vergleich zum in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten „Nadelfilzliner“ nicht gleichwertig ist. Dies ergebe sich insbesondere aus der geringeren Abriebfestigkeit und der geringeren möglichen Anzahl der aufzulassenden Kanalschächte, da bei einer Sanierung mittels „GFK-Inliner“ nicht die gewünschte Installationslänge realisiert werden könne.

Entscheidungssätze:

Das BVwG führte zunächst unter Verweis auf die Judikatur des VwGH zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen aus, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter auszulegen sind.

Fallbezogen stellte das BVwG fest, dass maßgebliche Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit anderer Inliner in Relation zu „Nadelfilzlinern“ im Leistungsverzeichnis nicht transparent angegeben waren. Auch im Angebotsschreiben waren keine Festlegungen zur Gleichwertigkeit enthalten. Nachdem ggst. somit keine transparenten Gleichwertigkeitskriterien in den Ausschreibungsunterlagen zur

Beurteilung, ab wann ein anderer Inlinertyp gleichwertig ist, definiert waren, liege eine zwar mangels Anfechtung bestandfest gewordene Ausschreibung vor, die derartige Informationen entgegen den Vorgaben des § 20 Abs 1 und § 106 Abs 6 BVergG nicht enthält.

Laut BVwG widerspreche es dem Transparenzgebot und dem Gebot der Bietergleichbehandlung, wenn der Zuschlag einem Angebot erteilt wird, mit dem ein behauptetes „gleichwertiges“ Produkt angeboten wird, ohne dass in der Ausschreibung eindeutig festgelegt ist, wann die Gleichwertigkeit gegeben ist. Die Zuschlagserteilung sei damit bereits aus diesem Grund aufzuheben.

Das BVwG führte zudem aus, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter „gleichwertig“ etwas zu verstehen ist, welches vergleichend gleichrangig und ebenbürtig in Relation zu etwas anderem sei. Bei dem von der präsumtiven ZE angebotenen „GFK-Inliner“ ist der Abrieb auf der Inliner-Innenseite größer als bei dem in der Ausschreibung festgelegten „Nadelfilzliner“. Weiters kann, anders als bei der Verwendung eines „Nadelfilzliners“, ein Kanalschacht weniger aufgelassen werden.

Schlussfolgerung:

Laut BVwG ist aus den angeführten Gründen keine Gleichwertigkeit gegeben. Das Angebot der präsumtiven ZE ist demzufolge ausschreibungswidrig und daher gem. § 141 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden.

Dem Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde daher stattgegeben.

Quelle:

*ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht
Ausgabe 05 - Mai 2021*

BVwG: Zur Festlegung von Gleichwertigkeitskriterien

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Mag. Jaqueline Guger, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

ANFECHTBARE ENTSCHEIDUNGEN BEI DIREKTVERGABEN; VwGH

VwGH vom 11.09.2020, GZ: Ra 2018/04/0157

Leitsatz:

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer mangels Anfechtung bestandfest gewordenen Entscheidung dürfen im Rahmen der Nachprüfung nicht mehr aufgegriffen werden.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte eine Direktvergabe m. v. Bekanntmachung im Unterschwellenbereich (USB) zur Vergabe von Bauleistungen betreffend Bodenmarkierungsarbeiten auf Landstraßen mit der Option einer zweimaligen Verlängerung für jeweils zwei weitere Jahre durch. Nach erfolgter Prüfung der Angebote übermittelte die AG den Bietern die Zuschlagsentscheidung.

Die zweitgereichte Bieterin beehrte beim LVwG NÖ die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, weil ihrer Ansicht nach das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen sei. Dies ua deswegen, weil die AG acht Ausschreibungen betreffend Bodenmarkierungsarbeiten ausgeschrieben hatte und nach Auffassung der ASt daher ein Vergabeverfahren im OSB durchgeführt hätte werden müssen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG NÖ hat sich in Anlehnung an die EuGH-Judikatur (EuGH vom 5.10.2000, GZ: C-16/98, Kommission/ Frankreich) und die Judikatur des VwGH vom 27.10.2014, GZ: Ra 2014/04/0022) mit der Frage der Zuordnung des ggst. Auftrags zum Ober- oder Unterschwellenbereich auseinandergesetzt und festgestellt, dass die AG das ggst. Vergabeverfahren mangels technisch-funktionalen Zusammenhangs zu Recht als Einzelauftrag qualifiziert hat. Gegen dieses Erk. richtete sich die ao. Revision an den VwGH.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH wies darauf hin, dass die - mit der Bekanntmachung über die Durchführung einer Direktvergabe m. v. Bekanntmachung nach außen in Erscheinung getretene - Wahl des Vergabeverfahrens unangefochten geblieben und damit bestandfest geworden ist. Damit richtet sich der weitere Ablauf des Verfahrens nach dieser nicht mehr anfechtbaren Entscheidung.

Allfällige (von der ASt hinsichtlich der Wahl der Verfahrensart behauptete) Rechtswidrigkeiten einer bereits bestandfesten Entscheidung dürfen im Rahmen der Nachprüfung nicht mehr aufgegriffen werden.

Nach § 2 Z 15 lit a sublit hh ist bei einer Direktvergabe m. v. Bekanntmachung nur die Bekanntmachung gesondert anfechtbar. Die Zuschlagsentscheidung stellt bei einer Direktvergabe (mit oder ohne Bekanntmachung) keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

Die Schlussfolgerung des LVwG NÖ, dass die Festlegung betreffend des geschätzten Auftragswertes für das ggst. Vergabeverfahren und die daran anknüpfende Wahl des Vergabeverfahrens bestandfest geworden und dem weiteren Verfahren zugrunde zu

legen sind, steht im Einklang mit der Rsp. des VwGH. Auf das Vorbringen der ASt zur Überprüfung der Festlegung des Auftragswerts ging der VwGH schon aus diesem Grund nicht mehr ein.

Schlussfolgerung:

Der EuGH hat zwar festgehalten, dass es den EU-Richtlinien zuwiderlaufe, wenn eine Ausschlussregelung des innerstaatlichen Rechts in der Weise angewandt wird, dass einem Bieter der Zugang zu einem Rechtsbehelf - der die Wahl des Verfahrens oder die Schätzung des Auftragswerts betrifft - versagt wird, wenn der AG gegenüber dem Bieter den Gesamtumfang des Auftrags nicht klar angegeben hat.

Dieser Sachverhalt war laut VwGH aber nicht einschlägig, weil ggst. von der Antragstellerin (ASt) gar nicht behauptet worden ist, dass ihr die Angaben über den Auftragswert selbst, als auch die entsprechenden Informationen über die mehr oder weniger zeitgleich ausgeschriebenen Parallelverfahren nicht zur Verfügung gestanden sind.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 03 - März 2021

VwGH: Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen bei direktvergaben

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Ivana Jozic, LL.M, Schramm Öhler-

Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

(UN-)BEHEBARKEIT VON MÄNGLEN; LVwG NÖ

LVwG NÖ vom 30.10.2020, GZ: GZ: LVwG-VG-11/002-2020

Leitsatz:

Eine Preisangabe mit „0 EUR“ darf nicht automatisch ohne jede weitere Prüfung zum Ausscheiden des betreffenden Angebots führen. Vielmehr hat der AG den Bieter zu einer entsprechenden Aufklärung hierüber aufzufordern.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich (OSB) durch, wobei der Hauptgegenstand der Ausschreibung die Lieferung einer Labormöblierung war. In den Ausschreibungsunterlagen legte die AG fest, dass die Zeichen "-" und "/" als Null gelten. Das Leistungsverzeichnis sah verpflichtend vor, dem Angebot eine raumweise Kalkulation der Ausführungs- und Montageplanung beizulegen. Im K3-Blatt war der Gesamtzuschlag aufzugliedern.

In ihrem Angebot wies die Antragstellerin (ASt) die Position „Ausführungs- und Montageplanung“ mit 0 EUR aus. Weiters legte die ASt dem Angebot keine raumweise Kalkulation und keine Aufgliederung des Gesamtzuschlags bei.

Anlässlich der Angebotsprüfung ersuchte die AG um Aufklärung zur Position Ausführungs- und Montageplanung. Fraglich war, *„weshalb diese Position mit 0 EUR beziffert wurde bzw ob und wie die damit verbundenen Leistungen im Angebot berücksichtigt wurden“*. Die ASt beantwortete das Aufklärungsersuchen wie folgt: *„Die Kosten für Werk- und Montageplanung sind als Gemeinkostensatz in unseren Artikeln der Laboreinrichtung inbegriffen; daher wurde die Position mit 0 EUR bewertet.“*

Die AG schied daraufhin das Angebot der ASt aus. Gegen das Ausscheiden richtete sich der Nachprüfungsantrag der ASt.

Entscheidungssätze:

Das LVwG NÖ stellte zunächst klar, dass sich aus dem Wortlaut der Ausschreibung, wonach die Zeichen "-" und "/" als Null gelten, nicht ergebe, dass die AG eine Auspreisung mit "0" ausdrücklich erlaubt habe. Das LVwG wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein AG gem § 138 Abs 5 BVergG vom Bieter eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat, wenn er im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung feststellt, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind.

Der AG darf das Angebot aber nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für ihn nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in § 93 BVergG genannten Bestimmungen nicht berücksichtigt hat. Die Prüfung hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen.

Fallbezogen erging als erster Schritt der vertieften Angebotsprüfung ein solches Aufklärungsersuchen. Die ASt brachte dazu vor, dass es ihr aufgrund des

hauseigenen Kalkulationsprogramms nicht möglich sei, die in die betroffenen Artikel eingerechneten Gemeinkosten (darunter ua die Gemeinkosten der Ausführungs- bzw Montageplanung) manuell aus den Artikelkosten herauszurechnen. Diese Aufklärung der ASt war laut LVwG NÖ aber „völlig unzureichend“ und beinhaltete keinen „substantiellen Informationswert“.

Darüber hinaus stellte das LVwG NÖ fest, dass die Kalkulation der ASt nicht „raumweise“ erfolgte. Das Fehlen der raumweisen Kalkulation stelle einen unbehebaren Mangel dar, weil die geforderte Kalkulation (auch wenn diese durch IT-mäßige Unterstützung erstellt wird) einen gewissen Aufwand verursach und sich die ASt diesen Aufwand bei der Angebotserstellung - im Gegensatz zu den Mitbietern - erspart hat und sie damit einen Wettbewerbsvorteil erzielte. Sinngemäßes gelte für die fehlende Aufgliederung des Gesamtzuschlags.

Nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG sind fehlerhafte oder unvollständige Angebote auszuschneiden, sofern die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Vor diesem Hintergrund war das Ausscheiden des Angebots - ohne weitergehende Prüfung - rechtmäßig, weil ein AG „nicht verpflichtet ist, so lange ergänzende Informationen von einem Bieter zu fordern, bis dieser eine Aufklärung mit einem ausreichenden Informationswert liefert.“

Schlussfolgerung:

Ob ein Mangel behebbar oder unbehebbar ist, hat der AG anhand eines objektiven, an den allgemeinen Vergabegrundsätzen (insbesondere Wettbewerbsgebot und Gleichbehandlungsgebot) orientierten Maßstab zu beurteilen.

Im Allgemeinen wird ein Mangel dann als verbesserungsfähig anzusehen sein, wenn die Mängelbehebung nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung führt, also für den betroffenen Bieter insbesondere keine Besserstellung im Vergabewettbewerb bewirkt.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 03 - März 2021

LVwG NÖ: Zur (Un-)Behebbarkeit von Mängeln

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Dr. Matthias Rief, Schramm Öhler-

Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

NEUREGELUNG DER VERGABE VON TABAKTRAFIKANTEN; VwGH

VwGH vom 20.07.2021, GZ: GZ: Ra 2019/04/0231

Ausgangslage:

Im vorliegenden Fall hatte der VwGH die Fragestellung zu beurteilen, ob - anders als es bisher der Fall war - die Bestellung eines Tabaktrafikanten als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren ist und somit eine Ausschreibungspflicht nach dem BVergGKonz besteht. Der VwGH bejahte diese Frage.

Leitsatz

Die Bestellung von Tabaktrafikanten unterliegt nicht nur dem Tabakmonopolgesetz 1996, sondern ist auch ein Anwendungsfall einer Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz 2018. Dies hat weitreichende Folgen für die Vergabe künftiger Verträge mit Tabaktrafikanten.

Rechtlicher Kontext:

Öffentliche Auftraggeber (AG) müssen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Vorgaben des Bundesvergabegesetz Konzessionen (BVergGKonz) 2018 einhalten. Bei Verstößen genießen BewerberInnen vergaberechtlichen Rechtsschutz.

Dienstleistungskonzessionen iSd § 6 sind entgeltliche Verträge, bei denen die Gegenleistung - im Unterschied zu einem (öffentlichen) Auftrag - entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Der Betrieb eines öffentlichen Parkplatzes gegen Einhebung eines Nutzungsentgelts (EuGH vom 13.10.2005, GZ: Rs C-458/03, Parking Brixen) oder Dienstleistungen in der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung gegen Nutzungsentgelt (EuGH vom 10.09.2009, GZ: Rs C-206/08 Eurowasser) zählen z.B. zu den Dienstleistungskonzessionen.

Sozialpolitischer Hintergrund:

Die Ausschreibung von Tabaktrafikanten obliegt der Monopolverwaltung GmbH nach dem TabMG 1996. Der Bestellung von Tabaktrafikanten geht eine Einladung zur Legung von Angeboten voraus.

Aus historischen Gründen werden Menschen mit Behinderung bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern bevorzugt (sog. Versorgungsauftrag). Der Bestellungsvertrag ist nicht befristet. Angehörige von Tabaktrafikanten haben besondere Ansprüche zur Führung eines Tabakfachgeschäfts.

Sachverhalt:

Die Monopolverwaltung GmbH schrieb eine Tabaktrafik im Wege einer öffentlichen Ausschreibung als Tabakfachgeschäft aus. Ein Interessent stellte - unter Berufung auf die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 - einen Feststellungsantrag an das BVwG. Die Vergabe einer Tabaktrafik sei als Dienstleistungskonzession iSd § 6 zu

qualifizieren. Die Monopolverwaltung GmbH als AG widersprach dem und argumentierte, dass die Bewilligung des Handels mit Tabakwaren eine Ermächtigung bzw eine reine „Genehmigung“ sei.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH kam zum Schluss, dass die Vergabe bzw Bestellung von Tabaktrafikanten als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren und somit das BVergGKonz 2018 anzuwenden ist. Eine gegen Entgelt erbrachte selbständige Tätigkeit wie der Verkauf von Tabakerzeugnissen fällt unter die Konzessionstätigkeit im Sinne der Konzessions-RL.

Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, weil der Trafikant das Recht auf den Verkauf von Tabakerzeugnissen erhält und dabei das (wirtschaftliche) Betriebsrisiko auf den Konzessionär (Trafikanten) übergeht. Auch wenn ein gewisser Gebietsschutz gesetzlich verankert ist, stellt dieser keine Sicherheit dar, dass Investitionen oder Kosten für die Erbringung der Dienstleistung wieder erwirtschaftet werden können, weshalb ein gewisses Betriebsrisiko vorliegt.

Nach diesem Erkenntnis des VwGH erfüllt der vorliegende Sachverhalt auch nicht den Ausnahmetatbestand der Konzessions-RL, der keine Ausschreibungspflicht begründet, wenn Genehmigungen oder Lizenzen durch den Mitgliedstaat oder eine seiner Behörden für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit erteilt werden. Bei Vorliegen eines solchen Ausnahmetatbestandes besteht keine Ausschreibungspflicht im Sinne des Vergaberechts. Üblicherweise werden diese Genehmigungen oder Lizenzen auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers erteilt.

Dabei hat der Wirtschaftsteilnehmer auch das Recht, sich von der Erbringung von Dienstleistungen zurückzuziehen. Anders als bei einer bloßen Genehmigung sind Trafikanten verpflichtet, ihre Tätigkeit bei sonstigem Verlust der Konzession persönlich und bestmöglich auszuüben. Zudem besteht hier ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Monopolverwaltung GmbH an der Ausübung der Dienstleistung durch die Trafikanten und zwar in Form des von den Trafikanten zu zahlenden Entgelts.

Im Ergebnis besteht also bei Bestellung von Trafikanten ein synallagmatisches Vertragsverhältnis im Sinne des Vergaberechts. Es liegt daher mit dem Bestellungsvertrag iSd Tabakmonopolgesetzes keine vom Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 ausgenommene „bloße“ Genehmigung oder Lizenz vor.

In der Folgeentscheidung vom 09.08.2021 bestätigte der VwGH seine Rechtsansicht (GZ: Ro 2020/04/0012).

Schlussfolgerung:

Was bedeutet die Qualifikation der Vergabe von Tabaktrafiken als Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz 2018 für die Praxis?

Zunächst enthält das BVergGKonz 2018 weit detailliertere Vorgaben für die Durchführung des Vergabevorgangs als das TabMG 1996 und auch der vergaberechtliche Rechtsschutz ist anwendbar.

Praktische Relevanz hat insb. § 13 BVergGKonz 2018, wonach Bestellungsverträge künftig auf maximal fünf Jahre befristet werden müssen und nicht wie bisher unbefristet vergeben werden können.

Die Fortführung des sozialpolitischen Ansatzes scheint demgegenüber gesichert: Gemäß § 14 Abs 6 BVergGKonz kann der AG im Verfahren auf Menschen mit Behinderung u. sozialpolitische Belange Bedacht nehmen.

Die Bevorzugung von Angehörigen von Tabaktrafikannten wird aber demgegenüber in der Zukunft schwer zu rechtfertigen sein.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

Blog zum Vergaberecht: <https://www.ester mann-pock.at/news/>

Neuregelung bei der Vergabe von Tabaktrafiken

AUSSCHLUSS DES BIETERS WEGEN UNWAHRER ERKLÄRUNG SEINES SU; EuGH

EuGH vom 3.06.2021, GZ: C-210/20 Rad Service

Leitsatz:

Ein Bieter berief sich zum Nachweis seiner Eignung auf Kapazitäten eines SU. Dieser verschwieg in der Eigenerklärung eine Verurteilung wegen einer beruflichen Verfehlung. Führt die unwahre Erklärung des eignungsrelevanten SU auch zum Ausschluss des Bieters? Nein, sagt der EuGH. Der Bieter darf den SU austauschen.

Rechtlicher Kontext:

Gemäß § 78 Abs 1 Z 10 BVergG ist ein Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, der *„sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht hat, diese Auskünfte nicht erteilt hat oder die vom AG zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise nicht vorgelegt hat“*.

Nach Z 11 trifft der Ausschluss auch Unternehmer, die fahrlässig irreführende Informationen an den AG übermitteln, wenn diese Informationen Entscheidungen über Ausschluss, Auswahl oder Zuschlag beeinflussen können.

Droht einem Bieter aber auch der Ausschluss, wenn nicht er selbst, sondern der von ihm zum Nachweis der Eignung herangezogene SU eine einschlägige strafrechtliche Verurteilung verschweigt?

Sachverhalt:

Die Gesundheitsbehörde Toskana Mitte führte ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen zum Abriss eines Krankenhauses durch. Die erstgereichte Bietergemeinschaft (BIEGE) hatte sich zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten eines Subunternehmers (SU) gestützt und mit ihrem Angebot eine vom SU unterzeichnete Eigenerklärung (EEE) vorgelegt.

In dieser EEE verschwieg der SU eine Verurteilung wegen einer schweren beruflichen Verfehlung (unwahre Erklärung). Der AG erlangte Kenntnis von der Verfehlung und schloss (unter Berufung auf eine italienische Vergaberechtsnorm) die BIEGE vom Vergabeverfahren aus.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH hatte zu entscheiden, ob ein automatischer Ausschluss des Bieters in einem solchen Fall mit den EU-Vergaberichtlinien in Einklang steht und verneinte diese Frage.

Wie bei anderen Ausschlussgründen auch, ist dem Bieter die Möglichkeit zu geben, den unzuverlässigen SU durch einen anderen zu ersetzen. Ein automatischer Ausschluss widerspreche den Wertungen der Vergabe-RL und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die BIEGE hatte selbst wahrheitsgemäße Angaben gemacht. Ihr war auch bei der Prüfung der Erklärungen ihres SU keine

Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen. In den für sie einsehbaren Unterlagen war die Verurteilung nicht aufgeschienen, sie musste also keine Kenntnis davon erlangen.

Schlussfolgerung:

Unwahre Erklärungen im Vergabeverfahren können die Zuverlässigkeit eines Bieters in Frage stellen und zu seinem Ausschluss führen. Eine unwahre Erklärung eines SU bedeutet aber *per se* noch keine Unzuverlässigkeit auch des Bieters; diesem muss vielmehr die Möglichkeit zum Austausch des SU gegeben werden.

Anderes gilt, wenn dem Bieter die Unzuverlässigkeit des SU bekannt sein müsste (etwa weil die berufliche Verfehlung in für den Bieter einsehbaren Unterlagen vermerkt ist). In letzterem Fall kann das Weiterleiten der falschen Erklärung als „fahrlässige irreführende Information“ iSd § 78 BVergG zum Ausschluss des Bieters führen.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/>

Ausschluss des Bieters wegen unwahrer Erklärung seines Subunternehmers?

VORHERSEHBARE NICHTERFÜLLUNG VERTRAGLICHER NEBENPFLICHTEN; BVwG

BVwG vom 29.12.2020, GZ: W 273 2237297-2/23E

Leitsatz:

Ein Widerspruch zur Ausschreibung liegt dann vor, wenn ein Bieter in seinem Angebot erklärt, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen.

Sachverhalt:

Im ggst. Fall führten mehrere Auftraggeber (AG) ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Kinderimpfstoffen durch (offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung (RV), geteilt in 3 Lose).

Die Antragstellerin (ASt) focht die Auswahlentscheidung an und brachte u.a. vor, dass die präsumtive RV-partnerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt habe. Diese sei nicht in der Lage, den für Los 2 geforderten Mindestlagerbestand an Kinderimpfstoff zum geforderten Zeitpunkt zu erfüllen.

Entscheidungssätze:

Als maßgeblichen Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung des Angebots der präsumtiven RV-partnerin betonte das BVwG zunächst den objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen. Dieser bildet den Maßstab für die Beurteilung, ob das Angebot in einem Widerspruch zur Ausschreibung steht oder nicht. Genauso wie Ausschreibungsbestimmungen sind auch Angebote von Bietern nach dem objektiven Erklärungswert auszulegen.

Ausgehend davon stellte das BVwG fest, dass die Ausschreibungsunterlagen zwei Mindestlagerverpflichtungen (d.h. Verpflichtungen zur Lagerung bestimmter Mindestmengen an Impfdosen) vorsehen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten schlagend wurden:

einerseits eine Mindestlagerverpflichtung „*ab Mitteilung, mit wem die RV abgeschlossen wird*“ (Mindestlagerverpflichtung 1);
andererseits eine Mindestlagerverpflichtung „*zu Beginn sowie während der Laufzeit der RV*“ (Mindestlagerverpflichtung 2).

Laut den Ausschreibungsfestlegungen kommt die RV „*mit der Abschlusserklärung ab dem in dieser Erklärung bekannt gegebenen Datum zustande*“.

Rechtlich kam das BVwG genau zu diesem Ergebnis: „*Die RV kommt mit der Abschlusserklärung durch die AG zu Stande. In der Abschlusserklärung wird ein Datum bekannt gegeben, ab dem die Laufzeit der RV beginnt. In der Zeit zwischen der Abschlusserklärung und dem Beginn der Laufzeit der RV gilt die Mindestlagerverpflichtung 1. In dieser Zeit muss der RV-partner mindestens eine Monatsmenge zugelassener und geprüfter Impfstoffe lagernd haben. Ab Beginn der Laufzeit der RV gilt ausschließlich die Mindestlagerverpflichtung 2.*“

Laut BVwG stellen die ggst. Mindestlagerverpflichtungen keine Eignungskriterien in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit dar, sondern stichtagsbezogene vertragliche (Neben-)Verpflichtungen, die „sich auf vollständig geprüfte und am Österreichischen Markt unmittelbar verwendbare Impfstoffe“ beziehen.

Zu den festgelegten vertraglichen Nebenverpflichtungen hob das BVwG hervor: „Ergibt sich aus einer Erklärung des Bieters im Zuge der Angebotsprüfung, dass der Bieter vertragliche Nebenpflichten laut den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen wird, liegt ein ausschreibungswidriges Angebot vor.“

Vor diesem Hintergrund qualifizierte das BVwG das Angebot der präsumtiven RV-partnerin als ausschreibungswidrig. Denn diese gab im Rahmen des Vergabeverfahrens die Erklärung ab, dass „die österreichische Packung erst nach dem Zuschlag produziert werde.“

Schlussfolgerung:

Ab dem Zugang dieser Erklärung des Bieters war für die AG „unzweifelhaft“ erkennbar, dass die präsumtive RV-partnerin die Mindestlagerverpflichtung 1 nicht einhalten wird und somit keine ausschreibungskonforme Leistung angeboten hat.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 09 - September 2021

BVwG: Vorhersehbare Nichterfüllung vertraglicher Nebenpflichten - ausschreibungswidriges Angebot

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Dr. Matthias Rief, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

VOLLSTÄNDIGE DOKUMENTATION IM VERGABEAKT; VWGH

VwGH 30.03.2021, Ra 2019/04/0068

Leitsatz:

Die Prüfung der Angebote samt deren Kalkulation muss vollständig erfolgen und nachvollziehbar festgehalten werden. Der Dokumentation kommt eine entscheidende Rolle zu: Der VwGH bestätigte die Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung, weil der Auftraggeber keinen vollständigen Vergabeakt vorgelegt hatte.

Rechtlicher Kontext:

§ 49 BVergG normiert die allgemeinen Dokumentationspflichten des Auftraggebers und trägt damit insb dem Grundsatz der Transparenz Rechnung. Demnach hat der Auftraggeber alle wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren so ausreichend zu dokumentieren, dass sie nachvollzogen werden können (auch im Hinblick auf etwaige spätere Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren).

§ 140 BVergG verpflichtet Auftraggeber darüber hinaus im Besonderen, alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände nachvollziehbar darzustellen. Auskünfte des Bieters im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung hat der Auftraggeber in die Angebotsdokumentation aufzunehmen.

Sachverhalt:

Der Auftraggeber führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Unterstützungsleistungen durch. Gemäß den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen waren die Pauschalpreise auf Grundlage der gültigen Lohn- und Materialpreise zu erstellen und den Angeboten eine Detailkalkulation beizulegen.

Die drittgerichte Bieterin begehrte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, da das Angebot der präsumtiven Bestbieterin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und nicht kostendeckend sei.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien forderte den Auftraggeber zur Vorlage des Vergabeakts samt der Unterlagen über die Kalkulationsprüfung des Angebots der Bestbieterin auf. Da es aus dem vorgelegten zusammenfassenden Prüfbericht nicht plausibel nachvollziehen konnte, wie der Auftraggeber zu seinem Prüfergebnis gekommen war, beurteilte es die Angebotsprüfung als nicht abgeschlossen und erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH schloss sich der Schlussfolgerung des Erstgerichts an: Die Vorlage lediglich eines zusammenfassenden Prüfberichts ist unzureichend. Dem Auftraggeber sei eine abschließende Angebotsprüfung offenbar nicht möglich gewesen und die Zuschlagsentscheidung daher rechtswidrig.

Schlussfolgerung:

Die Entscheidung des VwGH veranschaulicht, welche Bedeutung einer sorgfältigen und nachvollziehbaren Dokumentation der Angebotsprüfung zukommt. In einem Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren kann die unzureichende Vorlage von Unterlagen und Prüfergebnissen dazu führen, dass das Gericht zulässigerweise auf Basis des Vorbringens der Gegenpartei entscheidet und eine Auftraggeberentscheidung aufhebt.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/>

VwGH: Die Dokumentation im Vergabeakt muss vollständig und nachvollziehbar sein

GRENZE DES ERMESSENSPIELRAUMS BEI ZUSCHLAGSKRITERIEN; LVwG Wien

LVwG Wien vom 30.02.2021, GZ: VGW-123/046/14514/2020

Leitsatz:

Zuschlagskriterien müssen mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sein und die wesentlichen Grundsätze Gleichbehandlung, Diskriminierungsverbot und Transparenz beachten.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte ein Verhandlungsverfahren m.v. Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung (RV) im Oberschwellenbereich (OSB) zur Beschaffung von Computertomographieanlagen für den Wr. Gesundheitsverbund durch. Die zu beschaffenden Computertomographieanlagen sollten in Schwerpunktkrankenanstalten zum Einsatz gelangen.

In den Ausschreibungsunterlagen waren neben den von den Computertomographieanlagen zu erfüllenden technischen Mindestanforderungen auch Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote festgelegt.

Die Zuschlagskriterien „3D- Kamera zur automatischen optionalen Patientenpositionierung im Isozentrum und zur Workflow Verbesserung“ sowie „Maximale Scangeschwindigkeit“ wurden nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen mit jeweils 20 Punkten bewertet. Für den niedrigsten Preis waren 60 Punkte vorgesehen.

Der ggst. Antrag Der Antragstellerin (ASt) auf Nichtigerklärung der Ausschreibung richtet sich gegen diese Festlegungen mit der Begründung, dass die technischen Mindestanforderungen sowie die Zuschlagskriterien unsachlich seien und zudem so formuliert, dass diese nur von einem einzigen Hersteller erfüllt werden könnten.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Wien hielt zunächst fest, dass es der AG gerade im Gesundheitsbereich offenstehen müsse, hohe Anforderungen an die zu liefernden Produkte zu definieren. Die AG müsse sich jedoch auch bei derartigen Ausschreibungen an den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz orientieren.

Zuschlagskriterien, welche nur ein Marktteilnehmer erfüllen kann, seien zwar nicht per se vergaberechtswidrig, müssen jedoch sachlich begründet und bieterneutral formuliert sein. Die Ausschreibungsunterlagen müssen im Verhandlungsverfahren so präzise sein, dass Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen erkennen und entscheiden können, ob sie einen

Teilnahmeantrag stellen. Die zu erbringenden Leistungen und Zuschlagskriterien sind somit bereits in der Teilnahmephase zu spezifizieren.

Daraus ergibt sich, dass die AG ihren Ermessensspielraum bei der Festlegung der Zuschlagskriterien nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben hat und keine willkürlichen Auswahlelemente festlegen darf. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist abzuleiten, dass Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen müssen.

Fallbezogen hat das LVwG zum Zuschlagskriterium „3D- Kamera zur automatischen optionalen Patientenpositionierung im Isozentrum und zur Workflow Verbesserung“ festgestellt, dass eine ohne Verwendung einer 3D-Kamera, nach Erstellung eines Topograms vorgenommene automatisierte Patientenpositionierung gleich gute Ergebnisse bringe. Die Verankerung einer 3D-Kamera, die nur von einem Bieter angeboten werden kann, ohne gleichwertige Systeme zur automatischen Positionierung von Patienten gleich hoch zu bewerten, sei daher unsachlich und diskriminierend und widerspreche den Grundsätzen des Vergaberechts.

Zum Zuschlagskriterium „Maximale Scangeschwindigkeit“ stellte das LVwG fest, dass das bloße Abstellen auf die maximale Scangeschwindigkeit ohne gleichzeitige Vorgabe, was genau gescannt werden soll, zur Ermittlung des Bestbieters nicht geeignet und damit vergaberechtswidrig sei. Denn infolge des Zusammenspiels mehrerer Faktoren erreichen Geräte unterschiedlicher Hersteller und Bauart je nach Art des durchzuführenden Scans unterschiedliche Werte.

Darüber hinaus war eine hohe Scangeschwindigkeit (ohne Angabe eines Mindestwerts) in den Ausschreibungsunterlagen bereits als Mindestkriterium verankert, sodass von einer vergaberechtlich unzulässigen Vermischung von technischen Mindestanforderungen und Zuschlagkriterien auszugehen sei.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, wonach im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortgesetzt werden kann, weil dies auf eine Änderung der in dem Verfahren anwendbaren Kriterien hinausläufe, komme eine Streichung der Zuschlagskriterien durch das LVwG gegenständlich nicht in Betracht.

Schlussfolgerung:

Das LvwG Wien kam daher zu dem Ergebnis, dass die gegenständliche Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären war. Dem Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde daher stattgegeben.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 07/08 - Juli/ August 2021

Verwaltungsgericht Wien: Zur Grenze des Ermessensspielraums bei der Festlegung von Zuschlagskriterien

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Mag. Jaqueline Guger, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

AUSSCHEIDEN OHNE VORHERIGE AUFFORDERUNG ZUR AUFKLÄRUNG; BVwG

BVwG vom 29.12.2020, GZ: W 273 2237297-2/23E

Leitsatz:

Liegt aus Sicht des AG bei einem Angebot ein unbehebbarer Mangel vor, muss der AG den Bieter nicht mehr gesondert zur Aufklärung auffordern.

Sachverhalt:

Im Rahmen eines offenen Verfahrens schrieb die Auftraggeberin (AG) eine Rahmenvereinbarung (RV) über die Lieferung von Traktoren und Kommunalfahrzeugen in 10 Losen aus. Im Leistungsverzeichnis für Los 6 wurde eine maximale Fahrzeugbreite von 2.250 mm festgelegt. In ihrem Angebot bejahte die ASt die Fahrzeugbreite von 2.250 mm. In dem von ihr beigelegten Prospekt sowie der Bedienungsanleitung wurde dagegen eine Gesamtbreite von 2.500 mm angeführt.

Am 3.11.2020 übermittelte die AG - ohne vorherige Aufforderung zur Verbesserung - der ASt eine Ausscheidensentscheidung wegen Überschreitung der maximalen Fahrzeugbreite.

Die Antragstellerin (ASt) beeinspruchte diese Entscheidung und stellte einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung beim BVwG.

Entscheidungssätze:

Das BVwG wies den Antrag ab und stellte fest, dass die ASt durch zusätzlich vorgelegte Nachweise (Prospekt und Bedienungsanleitung) verbindliche Angaben über die Fahrzeugbreite gemacht hat. Durch diese eindeutigen technischen Angaben gab es für die AG keinen Grund, an den Angaben betreffend der Fahrzeugbreite des angebotenen Traktors zu zweifeln.

Aus Sicht des BVwG lag daher ein unbehebbarer Mangel vor und musste die AG auch nicht mehr gesondert zur Aufklärung auffordern.

Zum Umstand, dass die ASt nach Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung weitere Nachweise über die Fahrzeugbreite vorlegte, hielt das BVwG fest, dass die nachträgliche Spezifikation der Fahrzeugbreite einer nachträglichen Änderung des Angebots gleichkommt, welche im offenen Verfahren unzulässig ist. Die AG war auch nicht dazu verpflichtet, nach Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung vorgelegte Unterlagen zu berücksichtigen.

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis widersprachen die Angaben im Angebot der ASt den in der Ausschreibung geforderten Angaben bezüglich der maximalen Fahrzeugbreite, weshalb das Angebot auszuschneiden war.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 07/08 - Juli/ August 2021

BVwG: Zum Ausscheiden ohne vorherige Aufforderung zur Aufklärung

Autoren: Mag. Christian Gruber/ Mag. Julie Mortensen, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

BEKANNTGABE DES GESCHÄTZTEN UND MAXIMALEN AUFTRAGSVOLUMENS; EUGH

EuGH vom 17.06.2021, GZ: C-23/20, Simonsen & Weel

Leitsatz:

Bei der Vergabe einer RV sind sowohl das geschätzte als auch das maximale Auftragsvolumen anzugeben. Mit Erreichen des maximalen Volumens endet die RV. Das Erk. schränkt die Flexibilität von RV ein und verlangt Anpassungen in der Vergabepaxis. Es bringt aber auch Rechtssicherheit.

Rechtlicher Kontext:

Rahmenvereinbarungen (RV) geben Auftraggebern (AG) viel Flexibilität für regelmäßig wiederkehrende, gleichartige Einzelbeschaffungen. Doch wieviel Freiheit dürfen sich AG bei der Vergabe einer RV tatsächlich einräumen?

Mit seinem Erkenntnis vom 19.12.2018, GZ: C-216/17, verpflichtete der EuGH AG zur Angabe einer Höchstmenge und konstatierte den Verlust der Wirkung einer RV bei Erreichen dieser Menge. Dieses Erk. betraf allerdings noch die alte Vergabe-Richtlinie.

Sachverhalt:

Zwei dänische Regionen führten ein offenes Verfahren zum Abschluss einer RV über den Erwerb von Ausrüstungen für künstliche Ernährung durch. In der Bekanntmachung waren weder eine Schätzmenge oder ein Schätzwert noch eine Höchstmenge oder ein Höchstwert angegeben.

Gegen die Entscheidung, der Fa. *Nutricia* den Zuschlag zu erteilen, legte die Fa. *Simonsen & Weel* Beschwerde beim dänischen Gericht ein, das den Fall dem EuGH vorlegte.

Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob es gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verstoße, wenn Auftraggeber nicht die geschätzte Menge oder den geschätzten Wert angeben. Das dänische Gericht wollte ferner wissen, ob Auftraggeber auch bezogen auf die neue Vergabe-RL 2014/24/EU verpflichtet seien, eine Höchstmenge anzugeben, nachdem das EuGH-Erk. vom 19.12.2018 *Antitrust und Coopservice* noch die alte Rechtslage betroffen hatte.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH trifft in seiner Entscheidung einige Präzisierungen zu den Anforderungen an RV:

Sowohl die Angabe einer Höchstmenge und/oder eines Höchstwerts als auch die Angabe einer Schätzmenge und/oder eines Schätzwerts sind verpflichtend. Die Höchstmenge kann (muss aber nicht) der in der Bekanntmachung angegebene geschätzte Gesamtauftragswert sein.

Die Höchstmenge/ der Höchstwert und die Schätzmenge/ der Schätzwert sind entweder in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben und sind als Gesamtmenge oder Gesamtwert anzugeben. Bloße Teilangaben reichen nicht aus.

Die Aufnahme zusätzlicher Anforderungen und eine Aufgliederung sind hingegen möglich. Ebenso möglich, aber nicht zwingend, ist die getrennte Angabe der Menge/des Wertes für jeden AG.

Mit Erreichen des maximalen Volumens endet die RV.

Schlussfolgerung:

Der EuGH verweist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit „nicht substantieller Änderungen“ einer RV. Dies deutet darauf hin, dass im Einzelfall auch die in einer RV angegebene Höchstmenge (im nicht substantiellen Ausmaß) überschritten werden darf.

Diesfalls sollte die Höchstmenge jedenfalls rechtzeitig und explizit angepasst werden, um ein Auslaufen der RV zu verhindern.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/>

Auftraggeber müssen bei Rahmenvereinbarungen geschätztes und maximales Auftragsvolumen bekannt geben

KONKRETISIERUNGSPFLICHT VON ZUSCHLAGSKRITERIEN; BVwG

BVwG vom 16.09.2020, GZ: W 273 2233950-2

Leitsatz:

Die Berücksichtigung von nicht abschließend genannten Bewertungsaspekten bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots ist vergaberechtlich jedenfalls unzulässig.

Sachverhalt:

Die Flughafen Wien AG leitete im August 2020 als Sektoren-Auftraggeberin (Sektoren-AG) ein Verhandlungsverfahren m. v. Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (OSB) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung (RV) über die Lieferung diverser Hygieneartikel ein. Die Auftragsvergabe sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Am 12.08.2020 wurden die Teilnahmeunterlagen der ersten Stufe von der Antragstellerin (ASt) mit einem Nachprüfungsantrag bekämpft.

Dabei brachte die ASt im Wesentlichen vor, sie wäre durch diskriminierende und rechtswidrige Bestimmungen an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert. Im Konkreten brachte sie vor, die Bewertung der in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien durch eine Bewertungskommission ohne Nennung der Parameter und Charakteristika, die zur Beurteilung herangezogen werden, würde dem Vergaberecht widersprechen.

Diese kommissionelle Bewertung sollte anhand von Bewertungsaspekten betreffend „Benutzerfreundlichkeit“, „Servicierbarkeit“, „Design“, „etc“ erfolgen.

Nach Ansicht der ASt waren diese Begriffe zu unbestimmt. Die Zuschlagsentscheidung hänge damit ausschließlich von der kommissionellen Bewertung und damit von der subjektiven Entscheidung der AG ab, die sich dazu nicht objektiver Parameter bedient.

Im Nachprüfungsverfahren wendete die AG im Wesentlichen ein, aufgrund der geringen Gewichtung von lediglich 15% wäre es nach den Vorgaben des Vergaberechts zulässig, auch subjektive Kriterien in die Angebotsbewertung einfließen zu lassen.

Ferner wären die Zuschlagskriterien in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens für die ASt irrelevant und die AG hätte ohnehin die Möglichkeit, die Zuschlagskriterien im Laufe des Verfahrens noch zu konkretisieren. Dies ergäbe sich aus einem Erkenntnis des EuGH vom 14.07.2016, GZ: C-6/15, TNS Dimarso.

Entscheidungssätze:

Das BVwG verwies zunächst auf § 281 Abs 1. Demnach müssen die Ausschreibungsunterlagen so hinreichend konkret sein, dass ein Unternehmer entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag abgibt oder nicht. Zudem dürfen die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien während des Verhandlungsverfahrens nicht mehr geändert oder verhandelt werden. Auch eine bereits festgelegte Gewichtung muss beibehalten werden.

Aus dem von der AG angeführten Erkenntnis des EuGH ergibt sich jedoch, dass eine spätere Festlegung der Gewichtung von bereits bekanntgegebenen Zuschlagskriterien zulässig ist und insofern nicht dem Vergaberecht widerspricht. Auch ist der AG nach der Rechtsprechung des EuGH nicht verpflichtet, den potenziellen Bietern in den Ausschreibungsunterlagen die konkrete Bewertungsmethode bekanntzugeben, solange dies nicht zu einer Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung führt.

Das BVwG geht allerdings davon aus, dass es sich bei der Festlegung „*kommissionelle Bewertung (Design, Benutzerfreundlichkeit, Servicierbarkeit, etc)*“ um ein Kriterium handelt, nach dem das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt werden soll und somit ein Zuschlagskriterium ist. Diese Zuschlagskriterien dürfen nicht mehr verändert und verhandelt werden.

Weiters ergibt sich aus der Definition des Begriffes „*Zuschlagskriterium*“ gemäß § 2 Z 22, dass diese dem AG keinen uneingeschränkten Ermessensspielraum einräumen dürfen. Wie bereits ausgeführt wurde, sind in den Teilnahmeunterlagen unter dem Kriterium „*kommissionelle Bewertung*“ folgende Begriffe aufgezählt: „*Design*“, „*Benutzerfreundlichkeit*“, „*Servicierbarkeit*“ und „*etc*“. Dabei ist die Verwendung von „*etc*“ dahingehend zu verstehen, dass die Kommission weitere, nicht genannte Parameter bei ihrer Entscheidung berücksichtigen kann.

Daraus ergibt sich jedoch eine Ungewissheit der Bieter, die nicht nachvollziehen können, welche Kriterien die AG noch heranzieht, um die Angebote miteinander zu vergleichen. Die AG hätte somit die Möglichkeit, nicht bekannt gemachte und somit nicht überprüfbare Parameter in ihrer Bewertung zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund widerspricht das Kriterium „*kommissionelle Bewertung*“ dem Vergaberecht, weil eine objektive Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes nicht gewährleistet ist.

Aufgrund dieser Argumente hat das BVwG dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und die Teilnahmeunterlagen für nichtig erklärt.

Schlussfolgerung:

Das vorliegende Erk. zeigt einmal mehr, dass bei Festlegung der Zuschlagskriterien jedenfalls die Konkretisierungspflichten des Vergaberechts zu berücksichtigen sind. Das Verwenden von Begriffen wie etwa „*etc*“, „*insbesondere*“, „*beispielsweise*“ oder von ähnlichen Formulierungen ist vergaberechtlich problematisch.

Demgegenüber ist aber anzumerken, dass die Berücksichtigung von subjektiven, in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich genannten Zuschlagskriterien natürlich auch weiterhin zulässig ist. Auch die insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH in diesem Zusammenhang vorgegebenen Leitlinien sind weiterhin vollinhaltlich in Geltung (siehe EuGH 14.07.2016, C-6/15).

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17
Blog zum Vergaberecht: <https://www.ester mann-pock.at/news/>
BVwG: Konkretisierungspflicht von Zuschlagskriterien

AUSKUNFTSPFLICHT ÜBER VERGABEN DURCH AUFTRAGGEBER; VWGH

VwGH vom 26.03.2021, Ra 2019/03/0128

Leitsatz:

Auch von öffentlichen Auftraggebern werden immer wieder Auskünfte über ihr Beschaffungswesen begehrt. In welchen Fällen sind die angefragten Informationen herauszugeben? Der VwGH gibt wichtige Anhaltspunkte dafür, wann sich öffentliche Auftraggeber auf vergaberechtliche Vertraulichkeitsverpflichtungen berufen können.

Rechtlicher Kontext:

Öffentliche Auftraggeber müssen einerseits alle bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausgetauschten Informationen vertraulich behandeln und dürfen diese nicht weitergeben (§ 27 Abs 1 und Abs 2 BVerG 2018). Andererseits sind öffentliche Auftraggeber nach den jeweils für sie geltenden Auskunftspflichtgesetzen (spezifische Landesauskunftspflichtgesetze bzw Auskunftspflicht des Bundes) zu bestimmten Auskünften verpflichtet. Nach dem Wiener Auskunftspflichtgesetz etwa kann jedermann schriftlich, mündlich oder telefonisch Informationen von den (Wiener) Landes- und Gemeindeorganen verlangen. Der öffentliche Auftraggeber muss grundsätzlich jede Anfrage beantworten. Es gibt jedoch gesetzliche Verschwiegenheitspflichten, die eine Auskunftsverweigerung rechtfertigen können; vgl. etwa die Vertraulichkeitsverpflichtung des § 27 Abs 1 BVerG.

Sachverhalt:

Im vom VwGH zu beurteilenden Fall beehrte der Auskunftswerber vom Magistrat für journalistische Zwecke Informationen über quartalsweise Auftragswerte von vergebenen Inseraten und Werbeeinschaltungen der Stadt Wien ohne Verweis auf konkrete Vergabeverfahren. Der Magistrat verweigerte mit Verweis auf die Geheimhaltungsverpflichtung nach dem Bundesvergabegesetz die Auskunft. Als öffentlicher Auftraggeber behandle er die angefragten Informationen vertraulich. Das Auskunftspflichtgesetz werde von den Bestimmungen des BVerG verdrängt.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH prüfte das Verhältnis des BVerG zum Auskunftspflichtgesetz: Aus § 27 Abs 1 BVerG ergebe sich nicht, dass (sämtliche) Informationen im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren stets als vertraulich zu behandeln seien und nicht bekannt gegeben werden dürften. Die Bekanntgabe von Informationen aufgrund eines Auskunftsbegehrens sei daher möglich.

Der öffentliche Auftraggeber könne sich zur Auskunftsverweigerung nur auf die vergaberechtliche Vertraulichkeitsverpflichtung berufen, wenn sich die begehrte Information aus einem bestimmten Vergabeverfahren ergibt. Umgekehrt kann sich der öffentliche Auftraggeber bei allgemeinen Auskunftsbegehren - ohne Bezug auf ein konkretes Vergabeverfahren - nicht pauschal auf die Geheimhaltungsverpflichtung nach dem BVerG stützen, um sich von seiner Auskunftspflicht zu befreien. Die Tatsache, dass das BVerG eine Vertraulichkeitsbestimmung enthält, bewirke nicht per se die Unanwendbarkeit des Auskunftspflichtgesetzes.

Schlussfolgerung:

Auftraggeber werden in naher Zukunft eine Vielzahl an Informationsbegehren nach dem geplanten Informationsfreiheitsgesetz (IFG) zu beurteilen haben. Der derzeitige Gesetzesentwurf enthält keine Regelung zum Verhältnis der Informationsfreiheit zu (einfach-)gesetzlichen Bestimmungen über Veröffentlichungs- und Geheimhaltungspflichten, die in zahlreichen Materiengesetzen (wie insb im Bundesvergabegesetz) vorgesehen sind. Es bleibt daher spannend, ob der Gesetzgeber das Verhältnis des BVergG zum IFG ausdrücklich regeln wird

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/>

VwGH: Wann öffentliche Auftraggeber Auskünfte über ihre Vergaben geben müssen (und wann nicht)

WIDERSPRUCH GEGEN AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN; LVwG OÖ

LVwG OÖ vom 20.03.2021, GZ: LVwG-840219/20/JS/FE

Leitsatz:

Das Angebot eines Bieters ist in seiner Gesamtheit zu verstehen, weshalb ein mit dem Angebot abgegebenes Begleitschreiben eine verbindliche Erklärung zum Angebot darstellt.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) führte ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages betreffend die Erneuerung eines Lichtrufsystems sowie die Wartung und Instandhaltung für mehrere Standorte der von ihr betriebenen Seniorenheime im Oberschwellenbereich (OSB) durch. In den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen war im Leistungsverzeichnis „Dienstleistungen“ ua festgelegt, dass der Bieter gemäß Pkt. 5.6 des Lastenhefts eine jährliche Inspektion der Rufanlage anzubieten hat.

Zu Punkt 5.7 „Inspektion der Rufanlage ¼ jährlich (optional auf Abruf)“ hatte der Bieter die optionalen Kosten für die Durchführung einer vierteljährlichen Inspektion auszufüllen. Mit Hilfe einer hinterlegten Berechnungsformel im Preisblatt wurden die anzubietenden vierteljährlichen Inspektionskosten je Seniorenzentrum für die gesamte Vertragsdauer automatisch errechnet.

Drei Unternehmen gaben rechtzeitig Angebote ab.

Die Antragstellerin (ASt) gab als Teil ihres Angebotes das Dokument „Beilage zur Ausschreibung“ ab und erklärte, dass die Position 5.7 nur drei Mal (und nicht vier Mal) optional notwendig sei und die Position 5.6 (jährlich laut Ausschreibung) bereits in der Servicevereinbarung berücksichtigt werden müsse, sodass die Berechnungsformel im Preisblatt dazu falsch sei.

Die ASt führte in der „Beilage zur Ausschreibung“ weiters aus, dass die Kosten daher von ihr adaptiert wurden, damit im Preisblatt die korrekten Beträge errechnet werden. Die ASt stellte zu diesem Thema keine Frage während der Angebotsfrist.

Im Rahmen der Angebotsprüfung forderte die AG die ASt zur Aufklärung des Angebots auf. Die ASt teilte betreffend das Dokument „Beilage zur Ausschreibung“ mit, dass die Angaben im Preisblatt „*unzweideutig und verbindlich anwendbar seien*“. Die Erklärung in der „Beilage zur Ausschreibung“ hätten lediglich „informativen Charakter“ und keinerlei Einfluss auf die Geltung der abgegebenen Preise.

Daraufhin wurde das Angebot der ASt ausgeschieden, ua weil es den Ausschreibungsfestlegungen widerspreche und der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt sei.

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der ggst. Nachprüfungsantrag der ASt.

Entscheidungssätze:

Das LVwG OÖ hielt zunächst fest, dass der Maßstab für einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch, die Ausschreibungsbestimmungen darstellen, welche nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen seien. Der objektive Erklärungswert ist auch maßgeblich für die Auslegung der Willenserklärung eines Bieters. Der Bieter muss klar zum Ausdruck bringen, ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot zu legen.

Bieter müssen sich gem § 125 Abs 1 bei der Erstellung des Angebots an die Ausschreibungsunterlagen halten. Ausnahmen stellen lediglich das Alternativangebot und das Abänderungsangebot dar, welche jedoch im konkreten Fall ausgeschlossen waren.

Fallbezogen stellte das LVwG fest, dass die ASt ihr Angebot entgegen den Ausschreibungsbestimmungen mit bloß „adaptierten“ Aufpreiskosten für eine vierteljährliche Inspektion ausgepreist hat. Damit hat die ASt das Angebot mit einem unbehebbaaren Mangel belastet, da dessen Behebung die Wettbewerbsstellung der ASt gegenüber ihren Mitbietern materiell verbessern würde.

Die Aufklärung der ASt, wonach die Information in der „Beilage zur Ausschreibung“ lediglich informativen Charakter habe, könne die Ausschreibungskonformität des Angebots nicht begründen, da diese Beilage ein integrierender Bestandteil des Angebotes ist und die ASt darin verbindlich und klar offenlegte, dass sie zu Punkt 5.7 des Lastenheftes einen bloßen Aufpreis zum Servicevertrag in Form von „adaptierten“ Kosten anbietet.

Bei einer solchen Offenlegung im Angebot selbst muss die Angebotsprüfung der AG zu diesem Punkt auch keine besondere Tiefe mehr erreichen.

Schlussfolgerung:

Das LVwG OÖ kam daher zu dem Schluss, dass das Angebot der ASt zu Recht ausgeschieden wurde. Der Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde daher abgewiesen.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 06 - Juni 2021

Verwaltungsgericht Oberösterreich: Zum Widerspruch gegen Ausschreibungsunterlagen

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer, Mag. Jaqueline Guger, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2

Abkürzungsverzeichnis:

ABGB Allgemein bürgerliches Gesetzbuch
AG Auftraggeber
ANKÖ Auftragnehmerkataster Österreich
ARGE Arbeitsgemeinschaft
ASt Antragsteller
AU Ausschreibungsunterlagen
BAO Bundesabgabenordnung
BGH Bundesgerichtshof
BVergG Bundesvergabegesetz
BVwG Bundesverwaltungsgericht
CPV-Code Common-Procurement-Vocabulary
EuGH Europäischer Gerichtshof
KSV Kreditschutzverband
LVwG Landesverwaltungsgericht
OSB Oberschwellenbereich
OÖ VergRSG OÖ Vergaberechtsschutzgesetz
Präsumtiver ZE Voraussichtlicher ZuschlagsempfängerIn
RL Richtlinie
StGB Strafgesetzbuch
StVO Straßenverkehrsordnung
SU Subunternehmer
UGB Unternehmensgesetzbuch
UVS Unabhängiger Verwaltungssenat
VbGH Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VwGH Verwaltungsgerichtshof
VGW Verwaltungsgericht Wien

Dies 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) 51450-1010

Hinweis! Diese Information finden Sie auch im Internet unter <http://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!