



WIRTSCHAFTS RECHT

**AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE
ENTSCHEIDUNGEN
TEIL III**

STAND: NOVEMBER 2012

Inhalt

AUSLEGUNG VON AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN	3
BEHEBBARE MÄNGEL - UNBEHEBBARE MÄNGEL	5
FEHLENDER PRÜFBEREICH ALS BEHEBBARER MANGEL	6
FORDERUNG VON EINGUNGSNACHWEISEN IM LEISTUNGSVERZEICHNIS	7
MANGELHAFTHEIT EIGENERKLÄRUNGEN	8
NACHTRÄGLICHE BILDUNG EINER BEWERBERGEMEINSCHAFT	10
VERWEIS AUF ANKÖ ALS PRÜFUNGSNACHWEIS	11
VORLAGE VON REFERENZPROJEKTEN	12
WAHLFREIHEIT ZWISCHEN BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP	13
ZURECHNUNG VON REFERENZPROJEKTEN	14
ANFECHTUNG VON FESTLEGUNGEN	15
AUFORDERUNG ZUR NEUKALKULATION	15
EINHEITLICHER AUFTRAG	18
FESTLEGUNGEN DES AUFTRAGGEBERS	19
FLEXIBILITÄT VON RAHMENVEREINBARUNGEN	20
UMGEHUNG DER ANGEBOTSBINDUNG	20
VERBALE BEGRÜNDUNGSPFLICHT	22
BERUFLICHE ZUVERLÄSSIGKEIT	24
FORDERUNG BESTIMMTER GÜTEZEICHEN	27
NÄHE DES VORARBEITERS	28
NENNUNG DES FALSCHEN AUSSCHIEDUNGSGRUNDES	29
SORGFALT IST OBERSTES GEBOT	31
SPEKULATIVE PREISGESTALTUNG	32
SUBUNTERNEHMER VS ZULIEFERER	34
UNBEHEBBARKEIT DES MANGELS BEI NACHWEIS DES VADIUMS	35
VERFLECHTUNG EINZELNER MITGLIEDER KONKURRIERENDER BIEGE	37
ZULASSUNG VON ALTERNATIVANGEBOTEN	38
VERBESSERUNGEN VON MÄNGELN	40

Stand: November 2012

Dieses Merkblatt 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!

AUSLEGUNG VON AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN

VwGH vom 22.11.2011, Zl: 2006/04/0024

Leitsatz:

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen.

Sachverhalt:

Die AG hatte im Rahmen eines offenen Verfahrens im USB die Generalunternehmerleistung zur Durchführung von Dacharbeiten für die Instandsetzung einer städtischen Wohnhausanlage ausgeschrieben. Es handelte sich um die Vergabe eines Bauauftrages, bei der Alternativangebot nicht zugelassen waren. Es galt das Billigstbieterprinzip.

Das Angebot der Bf wurde im Zuge der Angebotsöffnung an 2. Stelle gereiht. Die Bf beantragte daher die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und brachte vor, dass das an 1. Stelle gereichte Angebot nicht den Ausschreibungsbedingungen entspreche.

Aus dem bei der Angebotsöffnung verlesenen Begleitschreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehe hervor, dass diese die ausschreibungsgemäße Ausführung der Schneefanggitter abgeändert habe. Die angebotenen Schneefanggitter entsprächen daher nicht der Ausschreibung, seien preislich wesentlich günstiger, wodurch sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen ungerechtfertigten Kalkulationsvorteil verschafft hätte.

Im Zuge des Verfahrens ergänzte die Bf ihr Vorgehen dahin gehend, dass die angebotene Ausführung der Schneefanggitter nicht zur ausgeschriebenen Dacheindeckung passe und daher im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen stehe.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die bel. Behörde (VKS Wien) den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen. In der Begründung traf die bel. Behörde Feststellungen zu der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Ausführung des Schneefanggitters

In ihrer rechtlichen Beurteilung führte die bel. Behörde aus, dass das von der Bf angebotene System sehr wohl den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Entgegen den Ausführungen der Bf liege ein Alternativangebot nicht vor. Einziges Zuschlagskriterium sei der Preis. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung liege die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot unstrittig an 1. Stelle.

Die Zuschlagsentscheidung der AG erweise sich daher als zutreffend, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen sei.

Aus den Entscheidungsgründen:

Zunächst ist festzuhalten, dass Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der

üblichen Sorgfalt auszulegen sind (vgl. dazu das Erk. vom 12.05.2011, Zl: 2008/04/0087).

Die bel. Behörde hat im angefochtenen Bescheid Feststellungen zum Inhalt der ausgeschriebenen Leistung getroffen und ist in einer schlüssigen Beurteilung zum Ergebnis gelangt, es liege hinsichtlich der Ausführung der Schneefanggitter ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot vor.

Zum Beschwerdevorbringen ist zu bemerken, dass in der Ausschreibung nicht darauf abgestellt wurde, ob es sich konkret um Arbeiten des Dachdeckergewerbes od. des Spenglergewerbes handelt. Auch ist nicht festgelegt, in welcher Farbe die gelieferten Produkte auszuführen sind.

Praxistipp:

Interessant an diesem Erk. Ist, dass der VwGH dabei ausschließlich von einer Schlüssigkeitsbeurteilung der von der bel. Behörde getroffenen Feststellungen ausgegangen ist.

BEHEBBARE MÄNGEL - UNBEHEBBARE MÄNGEL

VwGH vom 12.05.2011, Zl: 2008/04/0087

Leitsätze:

Die Festlegung in Ausschreibungsunterlagen, dass bereits alle Eignungsnachweise mit dem Angebot vorzulegen sind, macht einen grundsätzlich behebbaren Mangel nicht zu einem unbehebbaeren Mangel.

Ausschreibungsunterlagen sind nämlich vergaberechtskonform zu interpretieren. Behebbaere Mängel dürfen daher vom AG in der Ausschreibung nicht zu unbehebbaeren Mängeln gemacht werden.

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach der Rechtsprechung des BVA war es schon bisher nicht zulässig, behebbare Mängel zu unbehebbaeren Mängeln zu transformieren (z.B. BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15).

Der VwGH legte sich bisher trotz mehrmaliger Möglichkeiten nie fest.

Die gegenständliche Entscheidung ist insofern zu begrüßen, als nunmehr auch der VwGH zu dem Ergebnis gelangt, dass behebbare Mängel vom AG nicht zu unbehebbaeren Mängeln erklärt werden können.

Der VwGH begründet dies damit, dass Ausschreibungsunterlagen vergaberechtskonform zu interpretieren sind.

Praxistipp:

Tatsache ist, dass behebbare Mängel vom AG nicht zu unbehebbaeren Mängeln erklärt werden können.

FEHLENDER PRÜFBEREICHT ALS BEHEBBARER MANGEL

VwGH vom 12.05.2011, Zl: 2008/04/0087

Leitsätze:

Auch wenn Auftraggeber Ausscheidensgründe ausdrücklich festlegen, können die Mängel behebbar sein.

Trotz der Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen: „*Fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen!*“ kann ein Prüfbericht - welcher vor Ablauf der Angebotsfrist ausgestellt, aber nicht rechtzeitig mit dem Angebot vorgelegt wurde - noch nachgereicht werden.

Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen eines offenen Verfahrens war festgelegt, dass dem Angebot sämtliche Nachweise beigelegt werden müssen, um eine Bewertung durchführen zu können. So musste gemäß Punkt 17 der Ausschreibungsunterlagen „ein Prüfbericht im Angebot enthalten sein („*Fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen!*“)

Die Zuschlagsempfängerin legte diesen Prüfbericht - welcher noch vor Ablauf der Angebotsfrist ausgestellt wurde - nicht mit dem Angebot, sondern erst nach Angebotsöffnung über Aufforderung der AG vor.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der VwGH bestätigt die Rechtsansicht des BVA, wonach die Festlegung des AG in den Ausschreibungsunterlagen im Zweifel vergaberechtskonform auszulegen ist und daher nur so verstanden werden kann, dass der Prüfbericht bei der Angebotsöffnung als solcher nicht fehlen dürfe, also bereits erstellt worden sein müsse.

Das Nachreichen eines bereits bestehenden Nachweises stelle keine nachträgliche inhaltliche Änderung des Angebotes dar, welche die Wettbewerbsstellung des Bieters materiell verbessern würde.

Im Sinne der ständigen Rechtsprechung des VwGH handelt es sich somit - trotz vermeintlich gegenteiliger Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen - um einen behebbaren Mangel.

Praxistipp:

Bei der Klärung der Frage „behebbarer Mangel - unbehebbarer Mangel“ geht es immer darum, ob der betreffende Bieter aus dem späten Zeitpunkt der Mängelbehebung Vorteile ziehen kann und dadurch die Gleichbehandlung aller Bieter sowie der faire Wettbewerb nicht mehr gewährleistet ist.

Wird daher in den Ausschreibungsunterlagen die Vorlage bestimmter Nachweise verlangt, so haben Bieter darauf zu achten, dass diese Nachweise rechtzeitig (das ist in der Regel vor dem Ablauf der Angebotsfrist) auch tatsächlich erstellt sind.

FORDERUNG VON EIGNUNGSNACHWEISEN IM LEISTUNGSVERZEICHNIS

VwGH vom 22.11.2011; Zl: 2006/04/0056

Leitsatz:

Eignungsnachweise können auch im Leistungsverzeichnis gefordert werden! Es schadet daher nicht, wenn bestimmte Nachweise zur Eignung ausschließlich im LV gefordert werden.

Sachverhalt:

Der AG eines offenen Verfahrens hatte im Leistungsverzeichnis zum Nachweis der Einbruchs- und Brandhemmung der angebotenen Wohnungseingangstüren gefordert, Prüfzeugnisse vorzulegen, welche eine Brandbeständigkeit der Türen bestätigen. Wann die Prüfzeugnisse vorzulegen sind, wurde seitens des AG nicht festgelegt.

Dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers war kein entsprechendes Prüfzeugnis angeschlossen. Vielmehr erklärte dieser in einem Schreiben an den AG nach Angebotsöffnung und einem Aufklärungsgespräch, dass die in der Ausschreibung geforderten Prüfzeugnisse „umgehend nach Auftragserteilung erstellt und übergeben“ werden.

Aus den Entscheidungsgründen:

VKS Wien und VwGH urteilten übereinstimmend, dass das Angebot wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit des Bieters auszuschneiden war und begründeten dies so:

Bei den im LV verlangten Prüfzeugnissen handelt es sich um den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss im offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Die Prüfzeugnisse mussten daher grundsätzlich bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehen.

Nur dann, wenn die Prüfzeugnisse zwar bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestanden, aber lediglich nicht vorgelegt wurden, wäre von einem behebbaren Mangel auszugehen und der Bieter nicht auszuschneiden.

Praxistipp:

Beachtenswert an dieser Entscheidung ist, dass weder der VwGH, noch der VKS Wien ihre Prämisse, dass die im LV verlangten Prüfzeugnisse als Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit anzusehen sind, näher begründeten.

Der VwGH legt damit Bietern einen hohen Sorgfaltsmaßstab im Rahmen der Angebotslegung und der damit zusammenhängenden Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen auf.

Denn: Bieter sind demnach verpflichtet jeden Teil der Ausschreibungsunterlagen - also auch das Leistungsverzeichnis - genau darauf zu prüfen, ob darin ein Nachweis zur Eignung gefordert wird.

In der Praxis wird es teilweise nicht einfach sein festzustellen, ob ein Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 75 BVergG verlangt ist, der jedenfalls mit Angebotsöffnung vorzulegen ist.

MANGELHAFTE EIGENERKLÄRUNGEN

BVA vom 16.12.2011; N/0112-BVA/10/2011-32

Leitsatz:

Das BVA beschäftigt sich in diesem Erk. mit grundlegenden Fragen zur Eigenerklärung und zur Verbesserung von Mängeln in Teilnahmeanträgen bzw. Angeboten.

Sachverhalt:

Im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens legte der AG in den Teilnahmeunterlagen wie folgt fest:

- (a) Eignungsnachweise sind auch für die SU beizubringen.
- (b) Auch bei Abgabe einer Eigenerklärung sind die Nachweise nach Aufforderung durch den AG vorzulegen. Der AG wird die Nachweise spätestens vor Bekanntgabe der Auswahlentscheidung für die zweite Stufe anfordern.

Der ASt legte eine mangelhafte Eigenerklärung für seinen Subunternehmer (es fehlte die Angabe der verfügbaren Befugnisse und die Zusicherung der unverzüglichen Vorlage), sowie verschiedene - jedoch nicht alle geforderten - Nachweise für seinen Subunternehmer vor.

Der AG forderte einmalig zur unverzüglichen Vorlage der fehlenden Nachweise auf, wobei der ASt nicht alle der nachgeforderten Nachweise nachbrachte. Der ASt wurde deshalb nicht zur zweiten Stufe zugelassen, wogegen sich sein Nachprüfungsantrag richtete.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA wies den Nachprüfungsantrag mit im Wesentlichen folgender Begründung ab:

Auf Grund der Festlegung in den Teilnahmeunterlagen, trotz Eigenerklärung Nachweise von Bewerber zu verlangen, musste der AG nicht zur Verbesserung der Eigenerklärung auffordern, sondern konnte die Vorlage der Nachweise sofort verlangen.

Dem ASt wäre es offen gestanden, auch nach Ende der Teilnahmefrist, jedoch spätestens bis zur Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe, die fehlenden Nachweise nachzureichen. Im Sinne der Bietergleichbehandlung war der ASt nicht zweimal zur Verbesserung aufzufordern.

Praxistipp:

Der AG muss dann nicht zur Verbesserung einer mangelhaften Eigenerklärung auffordern, wenn er in den Teilnahmeunterlagen angekündigt hat die Nachweise zu verlangen.

Ein Bewerber kann auch nach verstrichener Verbesserungsfrist fehlende Nachweise nachbringen, sofern noch nicht die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe ergangen ist.

Wie oft ein AG einen Bewerber zur Verbesserung auffordern muss, wurde vom BVA dahin gehend beantwortet, dass - aufgrund der Festlegung in den Teilnahmeunterlagen - eine einmalige Aufforderung zur Verbesserung ausreichend ist.

NACHTRÄGLICHE BILDUNG EINER BEWERBERGEMEINSCHAFT

VKS Wien vom 26.01.2011, VKS-12681/11

Leitsatz:

Im Verhandlungsverfahren ist die Bildung einer Bewerbergemeinschaft nach Abgabe des Teilnahmeantrages und vor Aufforderung zur Angebotslegung unzulässig.

Eine Berufung auf die Ausnahmeregelung des § 20 Abs 2 BVergG ist nicht möglich, da diese in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens (= Abgabe eines Teilnahmeantrages) nicht anwendbar ist.

Sachverhalt:

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit stellten die Ausschreibungsunterlagen eine spezielle Anforderung an das einzusetzende Personal, über welches der Bewerber in seinem eigenem Unternehmen verfügen sollte („Beschäftigung im Unternehmen des Bewerbers“).

Die ASt wollte jedoch das Personal eines Subunternehmers einsetzen.

Auf diesen Mangel ihres Teilnahmeantrages aufmerksam gemacht, gab die ASt zum Nachweis ihrer Eignung die Gründung einer Bewerbergemeinschaft mit ihrem Subunternehmer bekannt, wodurch sie die genannte Anforderung erfüllte.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die von der ASt - vor einer Entscheidung über ihren Teilnahmeantrag - vorgenommene Bildung einer Bewerbergemeinschaft, stellt nach Ansicht des VKS Wien eine in diesem Stadium des Verfahren unzulässige Änderung von wesentlicher Bedeutung dar.

Auch die Berufung der ASt auf die Ausnahmeregelung des § 20 Abs 2 BVergG, wonach die aufgeforderten Bewerber im Verhandlungsverfahren bis zum Ablauf der halben Angebotsfrist die Gründung einer BIEGE mitzuteilen haben, fruchtete in diesem Fall nicht.

Nach Ansicht des VKS Wien ist diese Bestimmung nur für die zweite Stufe eines Verhandlungsverfahrens - also nach Aufforderung zur Angebotslegung - anwendbar. Das gegenständliche Verfahren befand sich jedoch noch in der ersten Stufe.

Praxistipp:

Unternehmen müssen sich - im Sinne dieser Judikatur - bei der Teilnahme an Verhandlungsverfahren jedenfalls schon vor Abgabe des Teilnahmeantrages entscheiden, ob sie eine Bewerbergemeinschaft bilden wollen.

Danach ist eine solche erst wieder nach Aufforderung zur Angebotslegung zulässig.

VERWEIS AUF ANKÖ ALS PRÜFUNGSNACHWEIS

BVA vom 02.05.2011; N/0021-BVA/10/2011-33

Leitsatz:

Der Verweis auf den ANKÖ kann als Eignungsnachweis ausreichen. Ersucht der Auftraggeber den Bieter um Aufklärung, kann durch Vorlage der Berichtigung der Eintragung im ANKÖ aufgeklärt werden.

Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass der Verweis auf den ANKÖ als Eignungsnachweis ausreicht. Eine Bieterin (die spätere Antragstellerin) machte davon Gebrauch und verwies auf den ANKÖ.

Der Auftraggeber verlangte jedoch zusätzlich zu den im ANKÖ hinterlegten Eignungsnachweisen Aufklärung zur Anzahl der ständig Beschäftigten im Betrieb der späteren Antragstellerin.

Die spätere Antragstellerin kam der Aufklärung durch Vorlage der Berichtigung der Eintragung beim ANKÖ nach.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Verweis auf den ANKÖ kann als Eignungsnachweis ausreichen. Ersucht der Auftraggeber den Bieter um Aufklärung, kann durch Vorlage der Berichtigung der Eintragung im ANKÖ aufgeklärt werden.

Praxistipp:

Im ANKÖ hinterlegte Eignungsnachweise sollten stets aktuell gehalten werden. Im Falle eines Aufklärungsersuchens seitens des AG kann „quasi“ über den ANKÖ (durch Vorlage einer Berichtigung der Eintragung) aufgeklärt werden.

Fraglich ist, ob in einem solchen Fall auch ein neuerlicher (bloßer) Verweis auf den berichtigten ANKÖ ausreichend ist.

VORLAGE VON REFERENZPROJEKTEN

VwGH vom 12.05.2011; Zl: 2011/04/0043

Leitsätze:

Die Vorlage von Referenzprojekten eines konzernverbundenen Unternehmens reicht nach § 76 Abs 1 BVergG zum Nachweis der Eignung aus.

Anderes gilt, wenn in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgelegt wird, dass nur Referenzprojekte gewertet werden, in denen der Bieter selbst als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen ist.

Gemäß § 76 Abs 1 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auch auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen, wenn dieser nachweist, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stehen.

Es steht einem Unternehmer somit grundsätzlich frei, auch Referenzprojekte von konzernverbundenen Unternehmen zum Nachweis der Eignung vorzulegen.

Sachverhalt:

Im konkreten Fall war in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass der Bieter (oder das Mitglied der Bietergemeinschaft) in den Referenzprojekten als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein muss.

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach Ansicht des VwGH geht die (präkludierte) Festlegung in der Ausschreibung, wonach bei Referenzprojekten gefordert wird, dass der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft selbst als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein musste, § 76 Abs 1 vor.

Die Vorlage der Referenzprojekte des konzernverbundenen Unternehmens hat deshalb in diesem Fall nicht ausgereicht.

Praxistipp:

Vor dem Verweis auf Referenzprojekte von konzern-verbundenen Unternehmen ist daher zu prüfen, ob deren Verwertbarkeit in der Ausschreibung nicht eingeschränkt wurde.

WAHLFREIHEIT ZWISCHEN BEST- UND BILLIGSTBIETERPRINZIP

BVA vom 14.04.2011; Zl: 2008/04/0104

Leitsatz:

In diesem Erk. hat der VwGH ausgesprochen, dass Auftraggeber grundsätzlich zwischen dem Bestbieterprinzip und dem Billigstbieterprinzip frei wählen können aber bei der Wahl des Billigstbieterprinzips der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig definiert sein muss.

Sachverhalt:

Die AG hatte einen Lieferauftrag zur Beschaffung eines Impfstoffes gegen Rotaviren im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben. Als Mindestanforderung galt, dass die angebotenen Impfstoffe in Österreich zugelassen sind.

Die Beschwerdeführerin hat die Ausschreibungsunterlagen u.a. deshalb angefochten, weil sie der Meinung war, die AG hätte die Qualitätsunterschiede zwischen den Impfstoffen im Rahmen von Zuschlagskriterien berücksichtigen müssen. Dazu legte sie dar, dass die beiden am Markt befindlichen Impfstoffe sowohl hinsichtlich der Schutzdauer, als auch hinsichtlich der Schutzraten erheblich voneinander abwichen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der VwGH hat ausgeführt, dass die AG gemäß § 79 Abs 3 BVergG grundsätzlich die Wahlfreiheit zwischen dem Billigst- und dem Bestbieterprinzip hat. Wenn die AG aber das Billigstbieterprinzip wählt, muss der Qualitätsstandard der Leistung in der Ausschreibung klar und eindeutig definiert sein.

Was die festgelegte behördliche Zulassung betrifft, können Impfstoffe nur entweder zugelassen oder nicht zugelassen sein. Die AG hat also einen eindeutigen und klar definierten Qualitätsstandard vorgegeben.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie hoch der geforderte Qualitätsstandard sein muss. Es ist aber Sache der AG festzulegen, welche Leistungen sie verlangt, soweit dabei die Gebote der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung eingehalten werden.

Praxistipp:

Für die Praxis bedeutet diese Entscheidung, dass Auftraggeber grundsätzlich zwischen dem Bestbieterprinzip und dem Billigstbieterprinzip frei wählen können.

Die Leistungen müssen nur klar und eindeutig beschrieben sein (das ergibt sich bereits aus dem Gebot der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung).

ZURECHNUNG VON REFERENZPROJEKTEN

BVA vom 30.06.2011; N/0033-BVA/09/2011-37

Leitsätze:

Referenzprojekte werden nur dem Unternehmen und nicht einzelnen Mitarbeitern zugerechnet.

Referenzprojekte sind auch dann für einen Bieter zu werten, wenn die Mitarbeiter, die das Referenzprojekt ausgeführt haben, nicht mehr im Unternehmen des Bieters beschäftigt sind.

Aus den Entscheidungsgründen:

Weder dem BVergG noch den konkreten Ausschreibungsbestimmungen ist zu entnehmen, dass eine Referenz nur dann zurechenbar sein sollte, wenn jene Mitarbeiter, die bei der Durchführung des genannten Referenzprojektes konkret beschäftigt waren, zum Zeitpunkt der Angebotslegung noch bei dem die Referenz nennenden Bieter beschäftigt sind. Dies wäre auch faktisch unmöglich und würde zu einer Fülle von Problemen führen.

Die Richtigkeit des Vorbringens der Antragstellerin vorausgesetzt, dürfte kein bei einem Referenzprojekt beschäftigter Mitarbeiter kündigen bzw. gekündigt werden, in den Ruhestand treten oder zu Tode kommen.

Überdies wäre der Auftraggeber gehalten, nachzuforschen, welcher konkrete Mitarbeiter welche konkrete Arbeit am genannten Referenzprojekt durchgeführt hat.

Praxistipp:

Wenn Auftraggeber besonderen Wert auf einzelne Mitarbeiter eines Bieter bzw. künftigen Auftragnehmers legen, kann in der Ausschreibung allenfalls ein bestimmtes Schlüsselpersonal gefordert werden.

ANFECHTUNG VON FESTLEGUNGEN

BVA vom 6.03.2012, F/0026-BVA/05/2012-16

Leitsätze:

In diesem Erk. beschäftigte sich das BVA mit dem Begriff der „sonstigen Festlegungen“ iSd § 2 Z 16 BVergG und stellte klar, welche Entscheidungen bzw. Festlegungen seiner Ansicht nach jedenfalls nicht als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren sind.

Vorab ist festzuhalten, dass § 2 Z 16 BVergG den Begriff der Entscheidung als „jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren“ definiert.

Sachverhalt:

Konkret ging es um die Frage:

Wann sind Festlegungen als gesondert anfechtbare Entscheidungen anfechtbar?

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA vertrat die Ansicht, dass Entscheidungen / Festlegungen des AG in einem Nachprüfungsverfahren (wie z.B. Festlegungen in Stellungnahmen oder die Entscheidung des AG an Schlichtungs-gesprächen teilzunehmen) keine Entscheidungen / Festlegungen in einem Vergabeverfahren und damit keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 BVergG sind.

Auch Festlegungen des AG in einem E-Mail, welches der ASt übermittelt wurde, qualifizierte das BVA lediglich als Entscheidungen / Festlegungen des AG außerhalb eines Vergabeverfahrens und somit nicht als gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 BVergG.

Schließlich hielt das BVA fest, dass ein Aktenvermerk zum Schlichtungsgespräch, welcher vom zuständigen Senatsvorsitzenden des BVA und nicht vom AG angefertigt wurde, eine Entscheidung / Festlegung des BVA in einem Nachprüfungsverfahren darstellt.

Es handelt sich dabei weder um eine Entscheidung / Festlegung des AG, noch wurde diese in einem Vergabeverfahren getroffen. Auch derartige Festlegungen sind damit keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 BVergG.

Praxistipp:

Auch Festlegungen des AG in einem E-Mail, welches der ASt übermittelt wurde, qualifizierte das BVA lediglich als Entscheidungen / Festlegungen des AG außerhalb eines Vergabeverfahrens und somit nicht als gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 BVergG. **AUFORDERUNG ZUR NEUKALKULATION**

VwGH vom 28.02.2012; Zl: 2007/04/0218

Leitsatz:

Eine Aufforderung des AG zur „Neukalkulation“ im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung ist unzulässig.

Der VwGH stellte fest, dass eine Bieterin im Falle der rechtswidrigen Aufforderung der AG zur „Neukalkulation“ ihres Kalkulationsblattes, selbst dann nicht ausgeschlossen werden darf, wenn dadurch die Unplausibilität ihrer Kalkulation bewirkt wird.

Sachverhalt:

Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung forderte die AG die Billigstbieterin zur Nachreichung weiterer Kalkulationsgrundlagen (näher bezeichneter K4 und K7-Blätter), sowie zur Neukalkulation des K3-Blattes auf. Die Bieterin legte in der Folge die geforderten Kalkulationsunterlagen, sowie ein „neues“ K3-Blatt vor.

Der von der AG beauftragte Sachverständige stellte fest, dass die vorgelegten K3-Blätter voneinander abweichen und insofern von der Bieterin eine Änderung der ursprünglichen Kalkulation vorgenommen wurde.

Die AG schied die Bieterin wegen fehlender Nachvollziehbarkeit der Kalkulation aus.

Die daraufhin ergangene Anfechtung der Ausscheidensentscheidung wies der VKS Wien mit der Begründung ab, dass die vorgelegten K3-Blätter jeweils unterschiedliche Kalkulationsansätze enthielten und die Bieterin somit nicht die Plausibilität ihrer Angebotspreise nachweisen konnte.

Zum Einwand der Bieterin, wonach sie vom AG zur „Neukalkulation“ aufgefordert wurde, entgegnete der VKS Wien, dass die Aufforderung der AG nicht dahin verstanden werden kann, die Kalkulation grundlegend zu ändern, sondern ist die Aufforderung lediglich als „Anstoß zu einer geringfügigen Modifizierung der Kalkulation“ zu verstehen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der VwGH hob den Bescheid auf und stellte wie folgt fest: Die vertiefte Angebotsprüfung dient der Überprüfung der Preise des Angebotes und nicht deren Neukalkulation. Die Ansicht des VKS Wien, dass die Aufforderung der AG unbedenklich sei, weil sie bloß als Anstoß zu einer „geringfügigen Modifizierung“ zu verstehen sei, ist unzutreffend.

Vielmehr ist die Aufforderung zur „Neukalkulation“ des Kalkulationsblattes unabhängig davon, welchen Umfang diese Neukalkulation haben sollte, rechtswidrig. Der AG hat somit mit seiner Angebotsprüfung nicht den Anforderungen an eine vertieften Angebotsprüfung entsprochen.

Praxistipp:

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ist lediglich die Plausibilität der Angebotspreise zu prüfen.

Eine im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung ergangene Aufforderung des AG zur Neukalkulation eines Kalkulationsblattes ist - unabhängig vom Umfang der Neukalkulation - rechtswidrig.

Eine Aufforderung des AG zur „Neukalkulation“ kann bewirken, dass von der Vergabekontrollbehörde beanstandet wird, dass vom AG keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung iSd BVerGG durchgeführt wurde. Bieter die trotz rechtswidriger Aufforderung zur „Neukalkulation“ ein neues Kalkulationsblatt

vorlegen und dadurch die Unnachvollziehbarkeit ihrer Kalkulation bewirken, haben gute Chancen das Ausscheiden ihres Angebotes erfolgreich zu bekämpfen.

EINHEITLICHER AUFTRAG

EuGH vom 15.03.2012; Rs C-5741/10, Kommission/ Deutschland, „Autalhalle“

Leitsätze:

Der EuGH hat in diesem Erk. klargestellt, dass ein Auftrag über Architektendienstleistungen zur Generalsanierung eines öffentlichen Gebäudes als ein einheitlicher Auftrag zu behandeln ist, dessen geschätzter Auftragswert daher zusammen zu rechnen ist.

Dass der Auftraggeber das Vorhaben aus haushaltsrechtlichen Gründen in mehrere Abschnitte aufteilt, für die er getrennte Verträge abschließt, ändert daran nichts.

Sachverhalt:

Ein Architekturbüro hatte zunächst eine Bestandsaufnahme zu erstellen, ein Gesamtkonzept für die Sanierung des Gebäudes vorzulegen und eine Schätzung der Gesamtkosten vorzulegen.

Dasselbe Büro wurde dann über mehrere Jahre für jeden Bauabschnitt getrennt damit beauftragt, das Vorhaben zu planen, die Fachingenieure auszuwählen und zu koordinieren und ihre Arbeit zu beaufsichtigen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der EuGH stellte darauf ab, dass in allen Bauabschnitten typische Architektenleistungen beauftragt wurden, die in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen und daher als einheitlicher Auftrag zu behandeln waren.

Für die Wahl der Verfahrensart war daher der geschätzte Gesamtauftragswert aller dieser Leistungen heranzuziehen.

Praxistipp:

Haushaltsrechtliche Überlegungen können die Aufteilung eines Auftrages nicht rechtfertigen.

Nach Ermittlung des geschätzten Gesamtauftragswertes steht es dem AG aber dennoch frei, den Auftrag in Losen zu vergeben. (vgl. auch VwGH vom 8.10.2010, Zl. 2007/04/0188; VwGH vom 2.06.2011, Zl. 2011/04/116) .

FESTLEGUNGEN DES AUFTRAGGEBERS

VwGH vom 17.04.2012, 2008/04/0112)

Leitsatz:

In diesem Erk. hat der VwGH ausgesprochen, dass Festlegung der AG, wonach das BVergG 2006 nicht anwendbar ist, nicht bestandfest werden können.

Sachverhalt:

In der Ausschreibung eines Bauauftrags im Unterschwellenbereich (Errichtung einer Kälteanlage) ging die AG davon aus, dass ein vom Geltungsbereich des BVergG 2006 ausgenommenes Vergabeverfahren vorlag.

Sie hat deshalb *“ausdrücklich darauf hingewiesen, dass daher das BVergG 2006 bei der Vergabe keine Anwendung findet“*.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der VwGH hat ausgeführt, dass ein in der Ausschreibung enthaltener (fehlerhafter) genereller Ausschluss des BVergG 2006 dessen (grundsätzliche) Anwendbarkeit und den darin vorgesehenen Rechtsschutz nicht zu beseitigen vermag.

Die Anwendbarkeit des BVergG 2006 an sich sowie die Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden entziehen sich einer gestaltenden Festlegung durch die AG.

Eine solche Festlegung des AG in der Ausschreibung kann daher auch nicht bestandfest werden.

Praxistipp:

Für die Praxis bedeutet diese Entscheidung, dass derartige Festlegungen seitens eines AG, wonach das BVergG 2006 nicht anwendbar ist, nicht zielführend sind.

FLEXIBILITÄT VON RAHMENVEREINBARUNGEN

BVA vom 11.04.2012, N/0028-BVA/10/2012-25

Leitsätze:

Das BVA beschäftigte sich in diesem Erk. mit der Flexibilität und den Abrufmöglichkeiten aus einer Rahmenvereinbarung.

Als Grundsatz gilt, dass alles, was in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt ist, in weiterer Folge für den AG absolut bindend ist.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der AG ist an seine eigenen Festlegungen gebunden.

Werden beispielsweise eine maximale Abrufmenge oder bestimmte Erfüllungsorte festgelegt, so endet die Flexibilität für den AG mit dieser maximalen Abrufmenge bzw. den festgelegten Erfüllungsorten. Der AG darf dann nicht mehr abrufen und nicht an anderen Orten Erfüllung verlangen.

Dies wäre eine substantielle Änderung gegenüber den bindend festgelegten Bedingungen der Rahmenvereinbarung.

Praxistipp:

ZU beachten ist, dass der AG immer an seine eigenen Festlegungen gebunden ist und davon auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht abweichen darf.

UMGEHUNG DER ANGEBOTSBINDUNG

VwGH vom 6.03.2012, F/0010-BVA/08/2011-141

Leitsatz:

Potentielle Vertragspartner, die bereits vor Vertragsabschluss dartun, dass sie sich nicht an ihre bindende Angebotserklärung halten wollen, sind rechtlich unzuverlässig. Deren Angebot ist vor Erteilung des Zuschlags auszuscheiden.

Sachverhalt:

Ein Bieter erklärte nach Angebotsabgabe - entgegen dem objektiven Erklärungswert seines Angebotes - dass eine bestimmte (Teil-)Leistung von seinem Angebot nicht umfasst sei.

Bereits im Vergabeverfahren war klar, dass der AG für den Fall, dass er den Zuschlag an diesen Bieter erteilt, die ausgeschriebene Leistung nur mit einer Leistungsklage einfordern wird können.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA entschied, dass das Angebot eines Bieters, auf welchen sich der AG im Falle des Vertragsabschlusses nicht verlassen kann, mangels Zuverlässigkeit auszuscheiden ist.

Aus Sicht des BVA ist es für einen AG unzumutbar, mit einem Bieter im Falle dessen Bestbiereigenschaft bereits in dem Wissen zu kontrahieren, dass dieser Bieter

seinen ursprünglich objektiv erklärten Angebotsinhalt trotz aufrechter Angebotsbindung nachträglich eingeschränkt sehen will.

Praxistipp:

Zu Ende gedacht bedeutet dieses Erk, dass ein Bieter, der von seinem Angebot zurücktreten möchte, die Bindung an sein Angebot faktisch dadurch umgehen kann, dass er seinen Angebotsinhalt nachträglich einschränkt und zu erkennen gibt, nicht wie angeboten leisten zu wollen.

Der AG ist dann gezwungen, dieses Angebot auszuschneiden und er kann diesem Bieter trotz laufender Angebotsbindungsfrist nicht den Zuschlag erteilen.

Damit werden jedoch die Bestimmungen über die Angebotsbindung ausgehöhlt, denn es liegt in der Hand des Bieters, auf diese Weise von seinem Angebot (durch das Provozieren seiner Ausscheidung) zurückzutreten.

VERBALE BEGRÜNDUNGSPFLICHT

BVA vom 31.05.2011, N/0029-BVA/12/2011-23

Leitsatz:

Der AG kann sich durch die Festlegung, dass die Bewertung „durch die Mitglieder der Bewertungskommission autonom nach subjektiven Kriterien“ erfolgt, nicht die verbale Begründung im Rahmen der Bestbieterermittlung ersparen.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurden Sicherheitsdienstleistungen im Wege einer Rahmenvereinbarung nach dem Bestbieterprinzip (60% Preis, 40% Qualität). Das Zuschlagskriterium Qualität bestand aus verschiedenen Subkriterien. Zur Bewertung sämtlicher Qualitätskriterien war ein Qualitätskonzept vorzulegen, das nach der oben genannten Festlegung zu bewerten war.

Festgelegt war weiters, dass die jeweils vergebenen Punkte addiert und durch die Anzahl der Kommissionsmitglieder dividiert werden.

Die angefochtene Auswahlentscheidung enthielt lediglich die Punkte des Bestbieters und des ASt, jedoch keine verbale Begründung. Die Bewertungsblätter der Kommissionsmitglieder enthielten lediglich vereinzelt handschriftliche Anmerkungen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA geht davon aus, dass kein mit dem VwGH-Erk 2007/04/0018 vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. In diesem Erk hatte der VwGH die Zulässigkeit des Fehlens einer verbalen Begründung aus dem Zusammenhang der dort zu prüfenden Textpassagen abgeleitet.

Laut BVA handelte es sich beim VwGH- Erkenntnis aber um schwer zu konkretisierende künstlerisch-ästhetische Kriterien, während im gegenständlichen Fall die Subkriterien objektiv detailliert festlegten, nach welchen Maßstäben zu beurteilen ist.

Anhand dieser Konkretisierungen hätten die Kommissionsmitglieder eine plausible und nachvollziehbare Begründung aufzeichnen gehabt.

Einen weiteren Unterschied sah das BVA schließlich darin, dass beim VwGH-Erk die künstlerisch-ästhetischen Beurteilungskriterien, die einer verbalen Begründung entzogen waren, lediglich einen Anteil von 12,15% hatten.

„Dem AG hingegen das Recht einzuräumen, *„undifferenziert sämtliche Qualitätskriterien ohne detaillierte verbale Begründung zu beurteilen“*, erschien dem BVA als überschießende Interpretation des anlassfallbezogenen VwGH-Erkenntnisses.“

Einen weiteren Grund zur Nichtigklärung sah das BVA darin, dass die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung nur die Punktezahlen des Bestbieters und des ASt beinhaltete, obwohl den AG auch bei der Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen die gleiche Begründungstiefe wie bei den übrigen

öffentlichen Aufträgen trifft (siehe dazu auch BVA 16.3.2011, N/0011-BVA/10/2011-40).

Praxistipp:

Das BVA engt die Möglichkeiten der AG, sich der verbalen Begründung zu entledigen, zu Recht ein; dazu müsste die verbale Begründung explizit ausgeschlossen werden.

Besteht hingegen eine Pflicht zur verbalen Begründung, sollte nicht eine autonome Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder, sondern eine einheitliche Bewertung durch die gesamte Kommission festgelegt werden.

Denn ansonsten sind Widersprüche zwischen den Begründungen der einzelnen Kommissionsmitglieder unvermeidbar.

BERUFLICHE ZUVERLÄSSIGKEIT

VwGH vom 22.05.2012, Zl: 2009/04/0187

Sachverhalt:

In einem offenen Verfahren (OSB) wurde vom ASt die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen AG wie folgt angefochten:

1. Die berufliche Zuverlässigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei nicht gegeben, da über ihr Vermögen vor drei Jahren ein Ausgleichsverfahren abgewickelt worden sei.
2. Das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin liege „*weit außer dem Rahmen*“. Es zeige sich, dass der Durchschnitt der übrigen Angebote um 73,25% über dem Angebotspreis der Billigstbieterin liege, weshalb von der AG zwingend eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen gewesen wäre.

Der UVS Kärnten wies den Nachprüfungsantrag ab.

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens wurde der ASt auch noch die Akteneinsicht in die von der AG im Nachprüfungsverfahren vorgelegte eigene Kostenermittlung und einen vorliegenden Prüfbericht des Kärntner Landesrechnungshofes verweigert.

Daraufhin brachte die ASt eine Beschwerde beim VwGH ein.

Der VwGH hob den Bescheid des UVS Kärnten wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung mehrerer Verfahrensvorschriften auf und nahm im Detail zu folgenden Punkten Stellung:

Aus den Entscheidungsgründen:

Zu 1. Mangelnde berufliche Zuverlässigkeit/ wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Gemäß 68 Abs 1 Z 2 BVergG hat der AG Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde.

Schon der Wortlaut dieser Bestimmung („eingeleitet“) legt nahe, den oben angeführten Ausschlussgrund dahingehend auszulegen, dass ein Ausgleichsverfahren nicht bereits abgeschlossen, sondern noch anhängig sein muss, um den davon betroffenen Bieter unter Bezugnahme auf diesen Tatbestand vom Verfahren auszuschließen.

Für eine derartige (einschränkende) Interpretation spricht auch der Umstand, dass an diesen Ausschlussgrund die unwiderlegbare Vermutung der mangelnden Eignung des Bieters geknüpft ist.

Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens durch Aufhebung des Ausgleiches wäre diese strenge Rechtsfolge nicht mehr verhältnismäßig, weil allfälligen Bedenken

hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ohnedies durch die in den §§ 70 und 74 BVergG vorgesehene Prüfung ausreichend Rechnung getragen werden kann

Zu Pkt 2. Unplausibler Gesamtpreis:

Faktum ist, dass sich der angefochtene Bescheid hinsichtlich der Frage, ob die genannten Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung vorlagen, einer nachprüfenden Kontrolle entzieht.

Trotz des Vorbringens der ASt, dass die Gesamtpreise der übrigen Angebote deutlich über jenem der Zuschlagsempfängerin gelegen seien und die Erfahrungswerte der AG von einem mehrere Jahre zurückliegenden Projekt resultierten, bei dem zwischenzeitliche Preissteigerungen nicht berücksichtigt worden seien, enthält der angefochtene Bescheid weder Feststellungen zu den Angebotspreisen der Mitbewerber noch zu den (der Ausschreibung zugrunde liegenden) Kostenermittlungen der AG und zu den darauf Bezug nehmenden Prüfergebnissen des Landesrechnungshofes.

Er enthält - aufbauend auf derartigen Feststellungen - auch keine überprüfbare Auseinandersetzung mit den entscheidungsrelevanten Fragen zur Beurteilung, ob der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin ungewöhnlich niedrig ist oder nicht. Die Preisangemessenheit des Angebots der Zuschlagsempfängerin wurde von der belangten Behörde lediglich unter Verweis auf die diesbezügliche Aussage des Zeugen DI B. angenommen, ohne dass die belangte Behörde näher begründet hätte, welche Erwägungen im Einzelnen dessen Darlegungen für sie „schlüssig und nachvollziehbar“ gemacht haben.

Demnach lässt sich anhand der Begründung des angefochtenen Bescheides auch nicht abschließend beurteilen, ob das Angebot der Zuschlagsempfängerin einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufwies und daher einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen gewesen wäre.

Zu Pkt 3. Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht

§ 23 BVergG legt (u.a.) die Vertraulichkeit von Unterlagen betreffend ein Vergabeverfahren fest und sieht in Abs. 1 vor, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben.

Diese Vorschrift verpflichtet sämtliche Verfahrensbeteiligte (somit auch die ASt zur Geheimhaltung schutzwürdiger Angaben.

Sie kann aber keine Grundlage dafür bieten, der ASt die Einsicht in verfahrensgegenständliche Urkunden, auf die sich die belangte Behörde in ihrer Entscheidung tragend stützen möchte, generell zu verweigern.

Maßstab für die Ausnahme von der Akteneinsicht ist vielmehr § 17 Abs. 3 AVG, wonach Aktenbestandteile von der Akteneinsicht ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder

dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

Im Rahmen der Abwägung nach § 17 Abs. 3 AVG ist somit im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse besteht, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten, wobei gleichzeitig die effektive Rechtsverfolgung sichergestellt werden muss.

Dass diese Abwägung fallbezogen zu Lasten der ASt ausfallen hätte müssen, wurde im Verwaltungsverfahren nicht dargetan.

Es kann allerdings auch nicht ausgeschlossen werden, dass die ASt bei Kenntnis der genauen Kostenermittlung durch die AG und des Bezug habenden Prüfergebnisses des Landesrechnungshofes ihre nur grundsätzlich erhobenen Einwände näher konkretisieren hätte können und dadurch ein anderes Verfahrensergebnis zu erzielen gewesen wäre.

FORDERUNG BESTIMMTER GÜTEZEICHEN

EuGH vom 10.05.2012, Rs C-368/10, Kommission/Niederlande

Leitsätze:

Der EuGH hat in diesem Erk. klargestellt, dass AG von Bietern keine bestimmten (Umwelt-)Gütezeichen fordern dürfen.

AG können aber (Umwelt-)Eigenschaften, die jenen eines (Umwelt-)Gütezeichens entsprechen, verlangen.

Sie haben dabei die konkreten Eigenschaften ausdrücklich anzugeben, um es potentiellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein einheitliches und amtliches

Aus den Entscheidungsgründen:

Laut diesem Erk des EuGH muss es für einen Bieter möglich und zulässig sein, den Nachweis auch durch jedes andere Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen zu erbringen.

Dies schließt aber natürlich nicht aus, dass Bieter den Nachweis über die Erfüllung konkret geforderter Eigenschaften sehr wohl auch durch ein Gütezeichen - welches die Erfüllung aller konkret vom AG geforderten Eigenschaften voraussetzt - erbringen können.

NÄHE DES VORARBEITERS

UVS OÖ vom 29.06.2012, VwSen-550600/14/Kü/HU

Leitsätze:

Wer dem öffentlichen AG Produktbeschreibungen und Vorschläge für die Textierung von Leistungsverzeichnissen zur Verfügung stellt, beteiligt sich - mittelbar - an der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen.

Bieter sind gem. § 20 Abs 5 BVergG auszuschließen, wenn sie - auch nur mittelbar - an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren und ihre Teilnahme einen fairen und lauteren Wettbewerb behindern könnte.

Sachverhalt:

Eine Gemeinde beabsichtigt, die Möblierung einer Schule öffentlich auszuschreiben. Sie beauftragt ein Architekturbüro damit, die Ausschreibungsunterlagen zu erstellen.

Das Architekturbüro erkundigt sich bei einer Möbelfirma (Y GmbH) über ihre Produkte und ersucht die Y GmbH, Produktbeschreibungen und Vorschläge für die Textierung von Leistungsverzeichnissen zur Verfügung zu stellen.

Das Architekturbüro holt nur bei der Y GmbH Informationen ein und nimmt die von der Y GmbH zur Verfügung gestellten Informationen als Mindestkriterien für die zu liefernden Möbel in das Leistungsverzeichnis auf. In der Folge beteiligt sich die Y GmbH am Vergabeverfahren.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der UVS OÖ kommt zum Ergebnis, dass die Y GmbH von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist, da die von ihr zur Verfügung gestellten Informationen zu ihren Produkten als Mindestkriterien in die Ausschreibungsunterlagen Eingang gefunden haben.

Denn: Die Y GmbH war damit zumindest mittelbar an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt. Diese Tatsache bedeutet aber bereits, dass der faire und lautere Wettbewerb beeinträchtigt ist, da der Einfluss der Y GmbH so weit gereicht hat, dass sie ihre eigenen Produkte in der Ausschreibung verankert hat. Dies hat es - so der UVS OÖ - aber für die übrigen Bieter nahezu unmöglich gemacht, andere Produkte anzubieten, da diese anderen Produkte nicht in sämtlichen Details der Ausschreibung entsprechen konnten.

Dass die Entscheidung über die endgültige Aufnahme der von der Y GmbH zur Verfügung gestellten Texte beim Architekturbüro bzw. der vergebenen Stelle - und nicht bei der Y GmbH - gelegen ist, ändert daran nichts.

Praxistipp:

Bei der Übernahme von Produktbeschreibungen von Bietern in Ausschreibungsunterlagen ist daher äußerste Vorsicht geboten.

NENNUNG DES FALSCHEN AUSSCHIEDUNGSGRUNDES

VwGH vom 22.05.2012, Zl: 2008/04/0032

Leitsatz:

Die Vergabekontrollbehörde hat sich in ihrem Bescheid zwar auf den falschen Ausscheidungsgrund gestützt. Dennoch hat der VwGH darin keine Rechtsverletzung erkannt.

Sachverhalt:

Eine Bieterin legte trotz Aufforderung zur Nachreichung seitens des AG, den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungsnachweis einer Geräteliste nicht vor. Aufgrund dieser Nichtvorlage schied der öffentliche AG das Angebot der Bieterin aus.

Der AG begründete seine Ausscheidensentscheidung u.a. mit dem Vorliegen des Ausschlussgrundes des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG (der u.a. bei Nichterteilung einer Auskunft betreffend die Leistungsfähigkeit erfüllt ist) und stützte das Ausscheiden daher auf § 129 Abs 1 Z 1 BVergG.

Gegen diese Ausscheidensentscheidung brachte der betroffene Bieter einen Nachprüfungsantrag ein.

Die zuständige Vergabekontrollbehörde folgte dem AG und führte in der rechtlichen Begründung aus, dass es der ASt im Zuge der Angebotsprüfung trotz Aufforderung seitens des AG unterlassen hat, die verlangten Auskünfte u.a. auch die Geräteauflistung, die bereits in den Ausschreibungsunterlagen gefordert waren, vorzulegen. Es ist daher unbedenklich, wenn das Ausscheiden des Angebotes der ASt durch den AG unter Hinweis auf die Bestimmung im § 129 Abs 2 BVergG begründet worden ist.

Gegen den Bescheid der Vergabekontrollbehörde erhob der ASt Beschwerde an den VwGH. Als Begründung führte die ASt an, dass die Vergabekontrollbehörde den falschen Ausscheidensgrund genannt habe.

Diese Beschwerde wurde vom VwGH als unbegründet abgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der AG hat die Ausscheidensentscheidung u.a. mit dem Vorliegen des Ausschlussgrundes des § 68 Abs. 1 Z. 7 (der u.a. bei Nichterteilung einer Auskunft betreffend die Leistungsfähigkeit erfüllt ist) begründet und die Ausscheidung daher zu Recht auf § 129 Abs. 1 Z 1 gestützt.

Auch die belangte Behörde geht erkennbar - obwohl sie § 68 Abs 1 Z 7 nicht ausdrücklich nennt - vom Vorliegen dieses Ausschlussgrundes aus, indem sie ausführt, die ASt habe es unterlassen, trotz Aufforderung die verlangten Auskünfte, so auch die in der Ausschreibung verlangte Geräteauflistung, vorzulegen.

Dass das Angebot der ASt vor diesem Hintergrund gemäß § 129 Abs 1 Z 1 (vgl. dazu das VwGH-Erkenntnis vom 21. März 2011, Zl. 2008/04/0083), und nicht, wie im angefochtenen Bescheid der Vergabekontrollbehörde fälschlich angenommen, gemäß § 129 Abs 2 auszuschneiden war, bewirkt für sich keine Rechtsverletzung der ASt. Dies deshalb, da nach diesem VwGH-Erkenntnis die Ausscheidung bei Nichterteilung von Auskünften betreffend die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs 1 Z 1 zwingend ist, sodass im gegenständlichen Fall der in § 129 Abs 2

vorgesehene Beurteilungsspielraum („Ermessen der AG“) von vornherein gar nicht gegeben ist.

Die Vergabekontrollbehörde hat sich in ihrem Bescheid zwar auf den falschen Ausscheidungsgrund gestützt. Dennoch hat der VwGH darin keine Rechtsverletzung erkannt.

Die Beschwerde war daher, ohne dass eine Auseinandersetzung mit den weiteren im angefochtenen Bescheid erörterten Ausscheidungsgründen erforderlich war, als unbegründet abzuweisen.

SORGFALT IST OBERSTES GEBOT

VKS Wien vom 21.06.2012, VKS-5193/12

Leitsatz:

Ein nachträgliches Abweichen des AG von seinen eigenen Festlegungen widersprechen dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

Sachverhalt:

Der öffentliche AG führte ein offenes Verfahren zur Beschaffung von Elektroarbeiten im OSB nach dem Billigstbieterprinzip durch. Nach Öffnung der Angebote war das Angebot der ASt an 1. Stelle gereiht.

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung wurde die ASt am 20.04.2012 schriftlich zur Übermittlung von Kalkulationsnachweisen zu einzelnen Leistungspositionen im Angebot aufgefordert.

Der AG wies die ASt in diesem Schreiben auch darauf hin, dass die geforderten Kalkulationsnachweise bis spätestens 25.04.2012 bei ihr einlangen müssen und ein Unterlassen der Übermittlung der geforderten Nachweise das Ausscheiden des Angebots zur Folge habe.

Am 25.04.2012 übermittelte die ASt dem AG irrtümlich K7-Blätter in einer nicht mehr aktuellen Vorfassung, die nicht zur nachvollziehbaren Aufklärung der Leistungspositionen des Angebots geeignet waren. Erst mit Schreiben vom 3.05.2012 übermittelte die ASt dem AG die aktuelle Fassung der K7-Blätter.

Die ASt wurde vom AG mit der Begründung aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden, dass die geforderte Aufklärung zur Kalkulation seitens der ASt nicht bzw. nicht fristgerecht erfolgt sei (§ 129 Abs 2 BVergG).

Aus den Entscheidungsgründen:

Der VKS Wien bestätigte die Ausscheidensentscheidung. Er sprach zunächst aus, dass es sich beim Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 zwar um eine Kann-Bestimmung handle, der öffentliche AG in seinem Schreiben vom 20.04.2012 aber ausdrücklich die Ausscheidung wegen Fehlens der geforderten Nachweise festgelegt habe und ein nachträgliches Abweichen von dieser Festlegung dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechen würde.

Die ASt wäre nämlich in diesem Fall gegenüber anderen Bietern, welche fristgerecht Aufklärung erstattet haben, bevorzugt worden.

Praxistipp:

Bietern ist zu empfehlen, sich an die von den AG getroffenen Festlegungen genau zu halten und gesetzte Fristen einzuhalten.

SPEKULATIVE PREISGESTALTUNG

VKS Wien vom 26.04.2012, VKS-4331/12

Leitsatz:

Eine nachträgliche Verbesserung des Fehlens einer nach den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen zwingend vorzunehmenden Aufgliederung einzelner vom Ag bemängelter Preispositionen führt zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung dieses Bieters.

Sachverhalt:

Von der öffentlichen AG wurde ein Bauauftrag im USB (Herstellung einer Hubschrauberplattform) ausgeschrieben.

Da die ASt erst nach der Angebotsöffnung eine Verbesserung der Aufgliederung der vom AG bemängelten Preispositionen vornahm, lag laut VKS Wien damit eine unzulässige Behebung des Mangels vor, weshalb der VKS Wien auch die erste Zuschlagsentscheidung der AG für nichtig erklärte.

Im fortgesetzten Verfahren wurde die ASt seitens der AG in verschiedenen Punkten ihres Angebotes zur Aufklärung aufgefordert und schließlich von der AG darüber informiert, dass ihr Angebot aufgrund spekulativer Preisgestaltung ausgeschieden werden soll. Die ASt begehrte daraufhin die Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidens- als auch der Zuschlagsentscheidung der AG.

Die AG führte in ihrem Schriftsatz aus, dass die ASt in ihrem Angebot bei insgesamt 12 Positionen die Einheitspreise nicht vollständig ausgepreist hätte, indem die Lohnkosten jeweils mit € 0,- angesetzt worden seien.

Die Verbesserung des Fehlens dieser nach den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen zwingend vorzunehmenden Aufgliederung führe zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der ASt, da diese damit einen längeren Zeitraum zur Ausarbeitung eines ausschreibungskonformen Angebotes zur Verfügung gehabt hätte

Aus den Entscheidungsgründen:

Wenn im fortgesetzten Vergabeverfahren die ASt mit Schreiben vom 2.04.2012 nachträglich eine Aufschlüsselung der Einheitspreise bei den näher bezeichneten 12 Positionen in Lohn und Sonstiges vorgenommen hat, steht damit zunächst fest, dass sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung über eine derartige Aufgliederung ihrer Subunternehmer noch nicht verfügt hat und diese Aufschlüsselung, erst nachträglich, nämlich am 2.04.2012, vorgenommen hat.

Um allenfalls eine zulässige Mängelbehebung annehmen zu können, hätte diese Aufgliederung aber bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (§ 69 Z 1 BVergG) vorliegen müssen.

Praxistipp:

Eine nachträgliche Verbesserung der Wettbewerbsposition einzelner Bieter gegenüber ihren Mitbewerbern ist nicht mehr zulässig und führt zwingend zum Ausscheiden.

SUBUNTERNEHMER VS ZULIEFERER

BVA vom 2.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33

Leitsatz:

Auch die Fehlerbehebung und die damit verbundene Weiterentwicklung einer Standardsoftware durch den Hersteller einer Standardsoftware selbst ist als Subunternehmerleistung zu qualifizieren.

Sachverhalt:

Eine öffentliche AG schrieb die Lieferung einer Standardsoftware und die Weiterentwicklung bzw. Programmierung dieser Standardsoftware aus.

Ein Bieter gab in seinem Angebot an, eine Standardsoftware von einem bestimmten Zulieferer zu beziehen und sämtliche ausschreibungsgegenständlichen Programmierleistungen selbst zu erbringen.

Der Bieter stellte in seinem Angebot jedoch sein Innenverhältnis zum Standardsoftwarelieferanten dar (insbesondere Leistungen die den Quellcode betreffen und nur vom Hersteller selbst erbracht werden können; z.B. Fehlerbehebungen, Upgrades, etc.).

Den Standardsoftwarelieferanten gab der Bieter allerdings nicht als Subunternehmer an. Nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen musste aber jeder Subunternehmer angegeben werden.

Genau dieser Bieter bekämpfte nun die Zuschlagsentscheidung der AG zugunsten eines Konkurrenten

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens behauptete die AG (erstmal), dass das Angebot des Bieters auszuschneiden sei, da dieser - obwohl in der Ausschreibung gefordert - einen Subunternehmer nicht im Angebot genannt habe.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA bestätigte die Ansicht der AG und wies den Nachprüfungsantrag ab.

Praxistipp:

Um die Ausschreibungskonformität sicher zu stellen, sollten Bieter ihre Vertragspartner schon beim geringsten Verdacht über deren Zuordnung zu Subunternehmern als solche im Angebot anführen.

UNBEHEBBARKEIT DES MANGELS BEI NACHWEIS DES VADIUMS

BVA vom 4.06.2012, N/0064-BVA/ 07/2012-23

Leitsatz:

Angebote von Bietern sind vom AG zwingend auszuschneiden, wenn Unterlagen nicht in der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Form fristgerecht vorliegen.

Sachverhalt:

Die öffentliche AG führte ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen für Datenverarbeitungsdienstleistungen im OSB durch.

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass ein Vadium in Höhe von € 20.000 zu leisten ist. Zum Nachweis des Erlags des Vadiums war in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass dem Angebot eine unwiderrufliche, abstrakte Bankgarantie im Original beizulegen ist.

Weiters war festgelegt, dass das Fehlen dieses originalen Nachweises bei der Angebotsöffnung einen unbehebbarer Mangel darstelle und zum Ausschneiden des Angebots führt.

Dem Angebot der ASt lag die geforderte Bankgarantie lediglich in Kopie bei. Die ASt wurde daher von der AG mit der Begründung, dass das Fehlen der originalen Bankgarantie einen unbehebbarer Mangel darstelle, aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden.

Die ASt bekämpfte die Ausscheidensentscheidung und verwies auf die Rechtsprechung des VwGH (VwGH vom 25.02.2004, Zl: 2003/04/0186). Die ASt argumentierte, dass durch die Nachreichung des Originaldokuments über eine zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ohnedies bereits vorhandene und mittels Kopie nachgewiesene Sicherstellung, keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters erfolge und daher ein behebbbarer Mangel vorliege.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA folgte dieser Argumentation der ASt nicht und sprach aus, dass im vorliegenden Fall das Angebot der ASt rechtmäßig ausgeschieden worden ist, da die öffentliche AG

in den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen sowohl die Pflicht zur Vorlage des Nachweises als Originaldokument, als auch die Ausscheidenssanktion wegen Unbehebbarkeit des Mangel eindeutig festgelegt habe.

Die von der ASt angeführte Rechtsprechung des VwGH sei schon deshalb auf den gegenständlichen Fall nicht anzuwenden, da in dem dort zugrunde liegenden Sachverhalt keine Festlegung des AG dahingehend erfolgte, dass der Nachweis, bei sonstiger Ausscheidenssanktion, im Original beizulegen sei.

Praxistipp:

Bieter haben sich an die vom AG in den Ausschreibungsunterlagen getroffenen Festlegungen zu halten.

VERFLECHUNG EINZELNER MITGLIEDER KONKURRIERENDER BIEGE

BVA vom 13.07.2012, N/0062-BVA/ 04/2012-31

Leitsatz:

Das BVA hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob eine personelle Verflechtung einzelner Mitglieder konkurrierender Bietergemeinschaften den Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG erfüllt; ob also aus einer personellen Verflechtung abgeleitet werden kann, dass für den öffentlichen AG nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen wurden.

Sachverhalt:

Konkret bestand die personelle Verflechtung darin, dass ein und dieselbe Person selbstständig vertretungsbefugter, handelsrechtlicher Geschäftsführer zweier Unternehmen war, die jeweils in konkurrierenden Bietergemeinschaften ein Angebot abgegeben haben.

Darüber hinaus sprachen auch die Beteiligungsverhältnisse dieser beiden Unternehmen für eine intensive personelle Verflechtung untereinander.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA entschied, dass bei personellen Verflechtungen der Unternehmen, die sich mit konkurrierenden Angeboten am selben Vergabeverfahren beteiligt haben, eine Einzelfallbetrachtung bei der Beurteilung des Vorliegens der Abrede im Sinne von § 129 Abs 1 Z 8 anzustellen ist.

Maßgeblich ist das Vorliegen der tatsächlichen Kenntnis über den Inhalt der jeweils eingereichten Angebote und die damit verbundene Möglichkeit der tatsächlichen Beeinflussung der Preisgestaltung und der Reihung der Angebote bzw. ob sich die beiden Mitbewerber unabhängig voneinander am Vergabeverfahren beteiligt haben.

Das BVA konnte im konkreten Fall aufgrund der Zeugenaussagen keine Ansatzpunkte für das Vorliegen einer Abrede finden, die das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlags-empfängers gerechtfertigt hätten.

Praxistipp:

Wesentlich (und bereits vom VwGH sinngemäß festgestellt, (VwGH vom 18.06.2012, Zl: 2010/04/0011) ist, dass bei der Prüfung, ob der Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs 1 Z 8 gegeben ist oder nicht, immer eine Einzelfallbetrachtung durchzuführen ist.

AG müssen daher vor einem Ausscheiden genau prüfen, ob eine verpönte Abrede vorliegt und dem(n) betroffenen Bieter(n) auch Gelegenheit zur Aufklärung geben.

ZULASSUNG VON ALTERNATIVANGEBOTEN

BVA vom 22.06.2012, N/0052-BVA/07/2012-25

Leitsätze:

Nach § 81 BVergG ist die Einholung von Alternativangeboten nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben werden zugelassen.

In diesem Fall, hat der AG in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese einzureichen sind.

Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall war in den Ausschreibungsunterlagen als Mindestanforderung für Alternativangebote u.a. festgelegt:

„Alternativangebote müssen das in den technischen Teilen beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben.“

Nach erfolgter Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bieterin, die ein Alternativangebot gelegt hatte, stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag und brachte vor, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig ist.

Dies deshalb, da die in der Ausschreibung vorgesehenen Mindestanforderungen zur Bewertung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten unzureichend und ungeeignet seien und das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diese Mindestanforderungen auch gar nicht erfülle.

Aus den Entscheidungsgründen:

Dass ein Hauptangebot und ein Alternativangebot, welches ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters darstellt, „nicht auf den Cent genau“ den gleichen Preis aufweisen können, liegt in der Natur der Sache.

Dies wird schließlich auch in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt, da keine gleichen Preise gefordert sind. Die eng zusammenliegenden Angebotspreise des Haupt- und Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belegen die praktisch kostenmäßige Neutralität der beiden, weshalb auch insofern von der geforderten wirtschaftlichen Gleichwertigkeit auszugehen ist.

Das Alternativangebot entspricht daher den Ausschreibungsbestimmungen und ist somit auch wirtschaftlich gleichwertig.

Praxistipp:

AG sollten Alternativangebote nach Möglichkeit zulassen, da innovative Bieter darin oft Lösungswege aufzeigen, an die der AG bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen nicht gedacht hat.

Allerdings muss der AG Alternativangebote ausdrücklich zulassen und in den Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen anzuführen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen.

VERBESSERUNGEN VON MÄNGELN

BVA vom 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23

Leitsatz:

Ein einziger Vorgang - nämlich das Nicht-Einrechnen einzelner Positionen - kann unter bestimmten Voraussetzungen sowohl über eine Rechenfehlerregelung als auch über die Grundsätze im Zusammenhang mit der Verbesserbarkeit von Mängeln saniert werden.

Sachverhalt:

Das Angebot eines Bieters wurde in einem Vergabeverfahren im USB ausgeschieden, weil der Bieter nicht alle im Leistungsverzeichnis mit "OPTION" gekennzeichneten Positionen in den "Gesamtpreis Option" eingerechnet hat.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA qualifizierte den gegenständlichen Sachverhalt - das Nicht-Einrechnen von Positionen - als Rechenfehler (unter Verweis auf ein Erkenntnis des VwGH, wonach es sich bei einem Rechenfehler um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung eines Bieters handelt, VwGH 27.6.2007, Zl: 2005/04/011).

Das BVA legt damit ein extrem weites Verständnis eines Rechenfehlers an den Tag. Auf eine fehlerhafte Rechenoperation kommt es laut BVA nicht an.

Im konkreten Fall war für den Nachprüfungswerber dennoch nichts gewonnen, weil die Berichtigung des Rechenfehlers 2% des ursprünglichen Gesamtpreises überstiegen hätte.

Die Berichtigung eines Rechenfehlers über 2% war aber nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen unzulässig.

Gleichzeitig prüfte das BVA den gegenständlichen Sachverhalt auch dahingehend, ob die Nicht-Einrechnung von Positionen einen verbesserbaren Mangel darstellt. Dies verneinte das BVA, weil sich durch eine Verbesserung die Angebotsreihung verändert hätte. Das hätte eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung der ASt zur Folge gehabt.

Praxistipp:

Zu beachten ist, dass die Unterschiede zwischen diesen beiden Sanierungsmöglichkeiten und deren Rechtsfolgen offenkundig sind.

Denn: Wird ein Rechenfehler festgestellt, kann es unter bestimmten Voraussetzungen auch zu einer Angebotsvorreihung und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung kommen.

Bei der Verbesserung eines Mangels darf es jedoch zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsstellung kommen. Fraglich ist, ob das im Ergebnis gerechtfertigt ist und ob nicht das extrem weite Verständnis eines Rechenfehlers seitens des BVA überdacht werden sollte.