



WIRTSCHAFTS RECHT

AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL XIII

JÄNNER 2023

Inhalt

Aufklärungspflicht unwesentlicher Positionen; VwGH.....	3
Weitergabe eines Auftrages an Subunternehmer; VwGH	5
Anfechtungsfrist von Direktvergaben; VwGH	7
Zulässigkeit einer nachträglichen Vertragsverlängerung; EuGH	9
Auswahl der Teilnehmer im Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung; VwGH	12
Kalkulationsformblätter und ihre Tücken; VwGH	14
Nichtigerklärung wegen falscher elektronischer Signatur; BVwG	16
Vertiefte Angebotsprüfung bei Zweifel an Angebotspreis; VwGH	18
Argumentation einer Nullposition; VwGH	20
Differenzierung von Gesamt- und Spartenumsatz; EuGH	22
Unterlassener Widerruf; VwGH	24
Prüfung der Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung; EuGH	26
Vergaberechtswidrigkeit einer Markterkundung; VwGH	28
Vermeidung von Interessenkonflikten; BGH	31
Vertiefte Angebotsprüfung auch bei Bagatellpositionen; VwGH	33
Zur Verfügungstellung von Ausschreibungsunterlagen; OGH	35
Ermessen bei der Festlegung von Eignungskriterien; EuGH	37
Widersprüchliche Festlegung zu Mindestanforderungen; VwGH	39
Aufteilung der von einer Biege zu erbringenden Leistung; EuGH	41
Bauftrag samt Entfernung des alten Schutts; VwGH	43
Zulässigkeit eines Feststellungsantrages; VwGH	45
Wegfall der Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe; EuGH	48
Fehlerhafte Angaben zu Referenzprojekten; LVwG Wien	50
Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen; VwGH	53
Abkürzungsverzeichnis	55

AUFKLÄRUNGSPFLICHT UNWESENTLICHER POSITIONEN; VwGH

VwGH vom 8.09.2021, GZ: Ro 2020/04//0007-4

Leitsatz:

Der VwGH hat in einer Entscheidung klargestellt, dass die Prüfungsmöglichkeiten des AG keiner Einschränkung unterliegen und sich daher auch auf unwesentliche Leistungspositionen erstrecken können.

Sachverhalt:

Gegenstand des Ausgangsverfahrens war ein offenes Verfahren im USB zur Vergabe von Bauleistungen. Der AG forderte den Bieter im Zusammenhang mit mehreren Positionen in seiner Kalkulation zur Aufklärung von - im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung aufgetauchten - Unklarheiten und Auffälligkeiten auf. Da das verfasste Antwortschreiben des Bieters die Unklarheiten aus Sicht des AG nicht beseitigen konnte, wurde das Angebot wegen unterbliebener Aufklärung nach § 141 Abs 2 ausgeschieden.

Der Bieter begehrte daraufhin die Nichtigerklärung dieser Ausscheidensentscheidung. Er brachte dabei u.a. vor, dass jene Positionen, aufgrund deren sein Angebot ausgeschieden wurde, lediglich 0,31% vom Gesamtpreis ausmachen. Weiteres brachte der Bieter vor, dass es sich beim Ausscheidungsgrund nach § 141 Abs 2 um eine „Kann-Bestimmung“ handle. Dem AG komme hinsichtlich seiner Ausscheidensentscheidung somit ein Ermessen zu. Darüber hinaus sei das Ausscheiden eines Angebotes aufgrund nicht nachvollziehbarer Aufklärungen betreffend preislich völlig vernachlässigbare Positionen, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG OÖ wies den Antrag des Bieters auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH stützte seine Entscheidung auf folgende Begründungen: Hinsichtlich der Prüfungsmöglichkeit des AG bestehen keine Einschränkungen. Auch - dem Anteil am Gesamtpreis nach - unwesentliche Positionen in der Kalkulation des Bieters können vom AG auf ihre Preisangemessenheit geprüft werden. Da keine Einschränkungen in der Prüfungsmöglichkeit des AG bestehen, bestehen in der Folge auch keine Einschränkungen im Sinne einer „Bagatellgrenze“ für allenfalls notwendige Aufforderungen zur Aufklärung dieser Unklarheiten.

Darf ein AG Unklarheiten aufklären lassen, so darf er bei Unterbleiben dieser Aufklärung durch den Bieter das Angebot in der Folge auch nach § 141 Abs 2 ausscheiden, denn der Ausscheidungsgrund des § 141 Abs 2 ist nicht auf wesentliche Positionen beschränkt. Das bedeutet umgekehrt aber nicht, dass ein - wie vorliegend erfolgter - nicht weiter substantiierter Verweis auf Erfahrungswerte per se schon

hinreichend ist, um bestehende Unklarheiten betreffend die Kalkulation einzelner Positionen zu beseitigen.

Praxistipp:

Bei der Beantwortung von Aufklärungsersuchen ist darauf zu achten, dass die Möglichkeit zur Aufklärung von Mängeln bzw. Unklarheiten den Bietern im offenen Verfahren nur einmal zusteht. ▪ Aufklärungen sollten daher immer alle Informationen enthalten, die der AG einfordert.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Auch unwesentliche Preispositionen müssen aufgeklärt werden - 09.11.2021

WEITERGABE EINES AUFTRAGES AN SUBUNTERNEHMER; VwGH

VwGH vom 25.01.2022, GZ: Ro 2018/04/0017-4

Leitsatz:

Grundsätzlich ist die Weitergabe des gesamten Auftrags an SU unzulässig. Bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen ist aber die Weitergabe von 98 % des Auftrags an einen SU vergaberechtlich zulässig.

Rechtlicher Kontext:

Bieter dürfen grundsätzlich Teile der Auftragsleistungen an SU weitergeben. Eine Weitergabe des gesamten Auftrags ist allerdings - außer bei Kaufverträgen und bei Weitergaben an verbundene Unternehmen - unzulässig (§ 98 Abs 1). Zur Auslegung der Wortfolge „gesamter Auftrag“ gab es bisher keine höchstgerichtliche Judikatur.

Sachverhalt:

Das Land Vorarlberg leitete ein offenes Verfahren zur Erbringung von Winterdienstleistungen auf Straßen (Räumen und Streuen) ein. Eine Bieterin gab in ihrem Angebot an, sich einer SU zu bedienen. Der Wert dieser Leistungen wurde im Angebot mit 98 % der Gesamtleistung angegeben.

Die Bieterin selbst beabsichtigte, lediglich die Beistellung und Wartung der Geräte (Schneepflug und Streugerät) für einen von mehreren LKWs sowie Organisations- und Dispositionsaufgaben selbst zu erbringen. Die AG beurteilte diese Angaben als unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrags und schied das Angebot der Bieterin aus.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Vorarlberg bestätigte die Ausscheidensentscheidung und erkannte ebenfalls eine unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrags. Dabei stellte das LVwG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an und kam zum Ergebnis, dass die von der Bieterin selbst erbrachten Leistungen kaum ins Gewicht fallen würden und daher nur von untergeordneter Bedeutung seien.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH prüfte die gesetzlichen Vorgaben und kam zu einem klaren Ergebnis: „Weder der Wortlaut des BVergG noch die Gesetzesmaterialien liefern Anhaltspunkte dafür, dass eine Weitergabe des gesamten Auftrages bereits dann vorliegt, wenn die wirtschaftlich weit überwiegenden Leistungen an SU weitergegeben werden sollen.“

In quantitativer Hinsicht bedeutet die Weitergabe des „gesamten Auftrags“ die Weitergabe von 100 % des Auftrags an SU.

Auf qualitative Aspekte kommt es grundsätzlich nicht an. Es sind somit auch Leistungen von untergeordneter Bedeutung in die Prozentberechnung einzubeziehen. Der VwGH macht von diesem Grundsatz aber eine wesentliche Ausnahme: ▪ Bloße Hilfstätigkeiten der Bieterin, mit denen der SU nur in die Lage

versetzt wird, die Räumungs- und Streuleistungen zu erbringen, sind nicht zugunsten der Bieterin zu berücksichtigen.

„Wenn nämlich für die Einstufung eines Dritten als SU darauf abzustellen ist, ob dieser einen Leistungsteil selbst ausführt oder ob er bloß als Zulieferer bzw. Hilfsunternehmer auftritt, dessen Leistung darin besteht, den AN in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können, dann kann auch umgekehrt die Erbringung von bloßen Zuliefer- oder Hilfstätigkeiten durch den AN für sich allein dazu führen, dass eine Weitergabe des gesamten Auftrages vorliegt.“

Zur Frage, wann bloße Hilfsleistungen vorliegen, verweist der VwGH auf seine bisherige Judikatur (VwGH v. 22.03.2019, GZ: Ro 2017/04/0022):

„Im Gegensatz zur selbst ausgeführten Leistung, bei der Teile des Auftrages selbst hergestellt oder unter der persönlichen Verantwortung des Bieters ausgeführt werden, versetzt ein Unternehmen den AN durch seine Hilfsleistung (lediglich) in die Lage, den Auftrag zu erbringen.“

Im konkreten Fall waren die geringfügigen Leistungen der Bieterin als Teilleistungen im LV vorhanden und auszupreisen. Daraus schloss der VwGH, dass es sich nicht um bloße Hilfstätigkeiten handle.

Schlussfolgerung:

Die Weitergabe von 98 % des Auftrags an SU verstößt nicht gegen das Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrags an SU gemäß § 98 Abs 1.

Erbringt der Bieter allerdings bloße Hilfstätigkeiten oder ist er lediglich Zulieferer, werden diese Leistungen bei der Prozentberechnung nicht zugunsten des Bieters berücksichtigt.

Anderes gilt nur, wenn der AG in der Ausschreibung eine einschränkende Festlegung trifft. Allfällige Einschränkungen des Rückgriffs auf SU in der Ausschreibung sind jedoch nur im Einzelfall zulässig, sofern dies sachlich gerechtfertigt und angemessen ist.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Weitergabe von 98% des Auftrags an Subunternehmer zulässig? - 09.03.2022

ANFECHTUNGSFRIST VON DIREKTVERGABEN; VwGH

VwGH vom 12.11.2021, GZ: Ra 2018/04/0099-5

Leitsatz:

Die Anfechtungsfrist einer Direktvergabe ist an deren Kenntnis (oder mögliche Kenntnis) geknüpft. In der Praxis ist aber nicht immer klar, ab wann Mitbewerber des beauftragten Unternehmers von der Direktvergabe Kenntnis erlangen konnten. Der VwGH trifft dazu einige Klarstellungen.

Rechtlicher Kontext:

Wollen sich an einem Auftrag interessierte Unternehmer gegen eine erfolgte Direktvergabe zur Wehr setzen, müssen sie bis zur Zuschlagserteilung einen Nachprüfungsantrag stellen. Die Nachprüfungsfrist bei Durchführung einer Direktvergabe beginnt gemäß § 343 Abs 2 mit dem Zeitpunkt, zu dem der ASt von der gesondert anfechtbaren Entscheidung (das ist die Wahl des Verfahrens) Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Konnte ein Unternehmer aber keine Kenntnis von der Direktvergabe haben, so steht ihm ab dem Zuschlag die Möglichkeit der Einbringung eines Feststellungsantrags zur Verfügung.

Sachverhalt:

Eine Tiroler Gemeinde vergab Planungsleistung zum Neu- und Umbau des Kindergartens. Noch vor Durchführung der Vergabe war der GR mit dem Vorhaben befasst worden. Die auf der Amtstafel kundgemachte Einladung zur GR-Sitzung enthielt dazu den TO-Punkt: „*Beschlussfassung über die Vergabe der Bauleitung für Erweiterung Kinderkrippe und Neubau Kindergarten*“. In der auf die GR-Sitzung folgenden Woche vergab die Gemeinde den Auftrag im Wege einer Direktvergabe.

Ein Unternehmer sah die TO und brachte (offenbar nach Zuschlagserteilung) mehrere Feststellungsanträge ein, wonach die Vergabe gegen die Vorschriften des BVergG verstoße.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Tirol wies alle Feststellungsanträge mit der Begründung zurück, der Unternehmer hätte einen Nachprüfungsantrag einbringen müssen, weil er von der geplanten „freihändigen Direktvergabe“ durch die „angeschlagene“ TO bereits Kenntnis erlangt hätte und ein Feststellungsantrag somit unzulässig sei.

VwGH-Entscheidungssätze:

Nein, sagte der VwGH und revidierte die Entscheidung des LVwG.

Aus dem an der Amtstafel kundgemachten TO-Punkt lasse sich weder erkennen, dass über die Vergabe der Planung des Bauvorhabens entschieden werden sollte, noch enthält der TO-Punkt Hinweise bezüglich des gewählten Vergabeverfahrens in Form einer Direktvergabe. Daher habe der Unternehmer durch die kundgemachte TO keine

Kenntnis von der beabsichtigten Direktvergabe haben können. Er hätte demnach gar keinen Nachprüfungsantrag stellen können.

Schlussfolgerung:

Bloß allgemeine Hinweise auf Amtstafeln oder in Zeitungsberichten (insb. auch ohne konkrete Angabe der gewählten Verfahrensart) reichen nicht aus, um eine Kenntnis über eine vermeintliche Direktvergabe eines Unternehmers zu begründen.

Der Unternehmer ist auch nicht verpflichtet, Nachforschungen anzustellen (etwa durch Recherche auf den Vergabeplattformen) oder gar vorsorglich einen Nachprüfungsantrag stellen.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Beginn der Frist zur Anfechtung von Direktvergaben - 13.01.2022

ZULÄSSIGKEIT EINER NACHTRÄGLICHEN VERTRAGSVERLÄNGERUNG; EuGH

EuGH vom 2.09.2021, GZ: C-721/19

Leitsatz:

Eine Neuausschreibung ist dann nicht durchzuführen, wenn eine Vertragsverlängerung im Rahmen einer klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklausel (z.B. Verlängerungsoption) vorgesehen ist.

Rechtlicher Kontext:

Die vom EuGH entwickelten und in den EU-Vergabe-RL kodifizierten Grundsätze zu nachträglichen Vertragsänderungen sind in § 365 (für Konzessionen in § 108 BVergG Konz) umgesetzt.

Die Grundregel lautet: Wesentliche Vertragsänderungen sind nur nach Durchführung einer Neuausschreibung zulässig; unwesentliche Vertragsänderungen dürfen ohne eine Neuausschreibung erfolgen.

§ 365 Abs 3 enthält eine taxative Auflistung von unwesentlichen Vertragsänderungen. Darunter fallen insb. Vertragsänderungen, die unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind. Führen Vertragsänderungen zu einem wirtschaftlichen Vorteil des AG, liegt eine unwesentliche Vertragsänderung vor. Nur Verschiebungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des AN sind wesentliche Vertragsänderungen und führen zu einer Neuausschreibung.

Der EuGH hatte sich bereits früher mit der Zulässigkeit nachträglicher Vertragsverlängerungen beschäftigt. Im ggst. Fall erklärte er die Verlängerung samt Preisreduktion für zulässig.

Sachverhalt:

Gegenstand des Erk. war die Erneuerung der an die italienische Lotterie Nazionale vergebenen Konzession für die Veranstaltung von Rubbellospielen. Der Konzessionsvertrag war am 01.10.2010 für die Dauer von neun Jahren abgeschlossen worden und enthielt eine einmalige Verlängerungsmöglichkeit um weitere neun Jahre.

Im Jahr 2017 (zwei Jahre vor dem Endtermin 30.09.2019) zog die Lotterie Nazionale die Verlängerungsoption und beantragte - wie im Vertrag vorgesehen - bei der AG (Autonome Verwaltung der Staatsmonopole - ADM) die Verlängerung. ADM genehmigte die Verlängerung der Konzession bis zum 30.09.2028 unter der Bedingung, dass die Lotterie Nazionale im Voraus höhere Gebühren an den italienischen Staatshaushalt zahlt.

Mitwerberinnen der Lotterie Nazionale fochten die Entscheidung der ADM u.a. mit folgender Begründung an:

ADM führe andere als im ursprünglichen Vertrag vorgesehene Zahlungsmodalitäten ein und zudem sei es unzulässig, die Verlängerung zwei Jahre vor dem Endtermin durchzuführen. ADM hätte aufgrund der wesentlichen Änderungen eine neue Ausschreibung durchführen müssen.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH hatte zu entscheiden, ob die im Jahr 2017 vorgenommene Erneuerung durch ADM eine wesentliche Vertragsänderung des ursprünglich abgeschlossenen Konzessionsvertrags darstellte.

Zur Frage, nach welchen Bestimmungen die Erneuerung zu beurteilen ist, stellte der EuGH in Fortführung seiner ständigen Rsp. (EuGH v. 18.09.2019, GZ: C-5261/17, Kommission/ Italien) klar:

Vertragsänderungen sind nach jenen Vorschriften zu beurteilen, die zum Zeitpunkt dieser Änderung gelten. Die Erneuerung im Anlassfall ist daher nach den Vorgaben der Bestimmungen der Vergaberichtlinien (konkret der Konzessions-RL 2014/23/EU) zu beurteilen, weil die Erneuerung nach in Kraft treten der Vergaberichtlinien erfolgte. Der Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsabschlusses ist irrelevant.

Der EuGH kam unter Heranziehung der Vorgaben der Vergaberichtlinien zusammenfassend zu folgendem Ergebnis: Die Verlängerung der Konzession stelle keine wesentliche Vertragsänderung, weil die Verlängerung der Konzession im ursprünglichen Konzessionsvertrag in Form einer (klar, präzise und eindeutig formulierten) Vertragsänderungsklausel (Verlängerungsoption) vorgesehen war und mit der Erneuerung die Zahlungsmodalitäten so geändert wurden, dass höhere Einnahmen für den Staatshaushalt gewährleistet sind und somit das wirtschaftliche Gleichgewicht nicht zugunsten des Konzessionärs verschoben wurde.

Zudem stelle eine vorgezogene Verlängerung (hier zwei Jahre vor dem Vertragsende) für sich genommen keine Änderung der Bestimmungen des Vertrags dar, ▪ weil der Vertrag nicht vorsah, zu welchem Zeitpunkt die Verlängerung zu erfolgen habe. Die Verlängerung der Konzession war somit zulässig und ADM musste keine Neuausschreibung durchführen.

Schlussfolgerung:

Verlängerungen von Verträgen können je nach ihrer Intensität und Ausgestaltung wesentliche oder unwesentliche Vertragsänderungen darstellen.

Eine Neuausschreibung ist dann nicht durchzuführen, wenn die Vertragsverlängerung etwa im Rahmen einer klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklausel (z.B. Verlängerungsoption) vorgesehen ist. ▪ Verschiebt sich wie im Anlassfall auch noch das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des AG, ist eine Verlängerung ohne eine Neuausschreibung möglich.

Praxistipp:

Bei der Gestaltung von Vertragsänderungsklauseln ist darauf zu achten, dass in dieser präzise Angaben zu Umfang (Volumen) und Art der möglichen Änderung enthalten sind und die Anwendungsvoraussetzungen unter denen die Klausel zum Tragen kommen soll, präzise festgelegt sind.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Zulässigkeit nachträglicher Vertragsverlängerungen und Preisänderungen - 09.11.2021

AUSWAHL DER TEILNEHMER IM VERFAHREN OHNE VORHERIGE BEKANNTMACHUNG; VwGH

VwGH vom 18.11.2021, GZ: Ra 2018/04/0127

Leitsatz:

Die Auswahl der Unternehmer in einem Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung darf nicht in diskriminierender Weise erfolgen. Solange eine ausreichende Anzahl an geeigneten Unternehmern am Markt existiert, wird es für nicht berücksichtigte Unternehmer schwer nachzuweisen sein, warum sie diskriminiert wurden.

Rechtlicher Kontext:

Öffentliche AG müssen bei Durchführung eines nicht offenen Verfahrens o. v. Bekanntmachung die Vorgaben des § 122 (im Sektorenbereich § 289) einhalten:

Sie dürfen Angebote nur von geeigneten Unternehmern einholen und müssen diese in nicht diskriminierender Weise auswählen. Die Unternehmer sind ferner so häufig wie möglich zu wechseln und nach Möglichkeit sind kleine und mittlere Unternehmer am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Sachverhalt:

Die AG (eine Tiroler Gemeinde) führte zur Vergabe eines Bauauftrags im USB ein nicht offenes Vergabeverfahren o. v. Bekanntmachung durch. Sie forderte fünf geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe auf.

Ein Unternehmer (Baumeisterbetrieb), den die AG nicht zur Angebotslegung aufgefordert hatte, erlangte durch eine Einladung zu einer GR-Sitzung Kenntnis von der geplanten Vergabe. Er fühlte sich übergangen und focht die Aufforderung zur Angebotsabgabe an.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Tirol beurteilte die Wahl des nicht offenen Verfahrens o. v. Bekanntmachung als rechtskonform, weil der Auftragswert des Bauauftrags im USB lag. Eine diskriminierende Auswahl der Unternehmer konnte das LVwG nicht erkennen.

Die AG müsse nämlich nicht sämtliche ihr bekannte Unternehmer zur Angebotsabgabe auffordern, sondern es stehe ihr vielmehr frei, unter den ihr bekannten Unternehmern eine Auswahl zu treffen. Um von einer Diskriminierung bei der Auswahl der aufzufordernden Unternehmer sprechen zu können, müssten weitere Umstände hinzutreten, die objektiv auf eine Diskriminierung schließen lassen. Derartige Anhaltspunkte hatte der ASt allerdings nicht dargelegt.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH wies die a.o. Revision des Nachprüfungswerbers zurück, weil keine konkreten Anhaltspunkte für eine diskriminierende Auswahl vorlagen. Der ASt hatte insbesondere nichts dazu vorgebracht, dass die AG die aufzufordernden Unternehmer nicht regelmäßig gewechselt hätte bzw. den gegenständlich aufgeforderten

Unternehmern die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit fehle. Die Entscheidung gibt einen wichtigen Hinweis:

Der AS bemängelte nämlich auch die Festlegungen in der Ausschreibung. So wären z.B. die Angebotsfrist falsch bemessen und die Zuschlagskriterien rechtswidrig.

Der VwGH ließ dieses Vorbringen nicht zu und stellte fest: *„Erweist sich die Nichtaufforderung des Nachprüfungswerbers zur Angebotsabgabe als nicht rechtswidrig, ist auch nicht ersichtlich, inwieweit dieser durch die behauptete mangelhafte Ausschreibung in seinen Rechten verletzt sein kann“.*

Schlussfolgerung:

AG müssen bei der Auswahl der Bieter im nicht offenen Verfahren o. v. Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren o. v. Bekanntmachung folgende Vorgaben einhalten:

- Es dürfen nur geeignete Unternehmer eingeladen werden. AG müssen somit vor der Einladung zur Angebotslegung auf die Unternehmer zugehen u. deren Befugnis, Zuverlässigkeit u. Leistungsfähigkeit prüfen.
- Die Auswahl der Unternehmer darf nicht in diskriminierender Weise erfolgen. Solange allerdings eine ausreichende Anzahl an geeigneten Unternehmern am Markt existiert, wird es für nicht berücksichtigte Unternehmer schwer nachzuweisen sein, warum sie diskriminiert wurden.
- Anhaltspunkte dafür könnten sein, dass der AG die aufzufordernden Unternehmer nicht so häufig wie möglich wechselt (Rotationsprinzip) oder dass keine KMU eingeladen werden, obwohl solche ebenfalls für das Vergabeverfahren in Frage kämen.
- Die Anzahl der einzuladenden Unternehmer darf grundsätzlich nicht unter drei liegen. Wurde die Auswahl ordnungsgemäß durchgeführt, kann ein nicht eingeladenen Unternehmer auch allfällige Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung nicht anfechten.

Praxistipp:

AG ist zu empfehlen, beim nicht offenen Verfahren o. v. Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren o. v. Bekanntmachung das Vorliegen der Voraussetzungen für die Wahl des Verfahrens ebenso wie das Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen (also insbesondere die Eignungsprüfung, die Gründe für die Auswahl der Unternehmer und gegebenenfalls die Gründe für eine geringere Anzahl von Teilnehmern als drei) genau zu dokumentieren.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: *Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung - 13.01.2022*

KALKULATIONSFORMBLÄTTER UND IHRE TÜCKEN; VwGH

VwGH vom 14.12.2021, GZ: Ro 2020/04/0184

Leitsatz:

Wenn der AG ein Kalkulationsformblatt zur Verfügung stellt, muss es der Bieterin möglich sein, alle in der Ausschreibung vorgesehenen Preisbestandteile in diesem Formblatt darzustellen. Ist das nicht der Fall, steht das Kalkulationsformblatt im Widerspruch zur Ausschreibung.

Rechtlicher Kontext:

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung mussten die Bieter die Kalkulation ihrer angebotenen Einheitspreise offenlegen. Eine unterlegene Bieterin argumentierte, die von der AG zur Verfügung gestellten, zwingend zu verwendenden Kalkulationsformblätter wären nicht zur Preisauflärung tauglich, weil darin nicht alle Preisbestandteile der Ausschreibung abgebildet gewesen seien.

Hintergrund:

Mitunter senden AG im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung den Bietern Kalkulationsformblätter zum Befüllen zu. Nicht immer passen diese K-Blätter punktgenau mit den Anforderungen an die Preise im konkreten Vergabeverfahren zusammen. Dafür enthalten sie in aller Regel Felder für Anmerkungen oder Erläuterungen. Der VwGH hatte sich damit auseinanderzusetzen, wie weit die Verantwortung der Bieter beim Ausfüllen solcher K-Blätter geht.

Sachverhalt:

Der AG informierte eine Bieterin, über Zweifel an der Angemessenheit der von ihr angebotenen Preise und dass er deshalb eine vertiefte Angebotsprüfung durchführe. Er verlangte die Offenlegung der Kalkulation aller Einheitspreise, wobei dafür zwingend ein konkretes, vom AG zur Verfügung gestelltes Kalkulationsformblatt zu verwenden war und der derart aufgeschlüsselte Preis dem angebotenen Einheitspreis zu entsprechen hatte.

Die Bieterin füllte das K-Blatt entsprechend der darin vorgesehenen Preiselemente aus; allerdings wichen die ausgewiesenen Einheitspreise von den Einheitspreisen laut ihrem Angebot ab. ▪ Die Zuschlagsentscheidung wurde folglich zugunsten einer anderen Bieterin getroffen.

Im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung brachte der AG vor, das Angebot der Bieterin wäre mangels plausibler Preisauflärung auszuschneiden gewesen.

Entscheidungssätze:

Das BVwG griff diese Argumentation auf, zumal die im K-Blatt ausgewiesenen Einheitspreise von den Einheitspreisen laut Angebot abweichen würden. Das Argument der Bieterin, diese Abweichung ergebe sich aus der fehlenden Möglichkeit, bestimmte Preiselemente im K-Blatt anzugeben, ließ das BVwG nicht gelten.

Nach Ansicht des BVwG wäre es der Bieterin nämlich möglich gewesen, in der Spalte „Erläuterungen“ des K-Blatts die Besonderheiten ihrer Kalkulation zu erläutern; was sie allerdings unterlassen habe.

VwGH-Entscheidungsätze:

Der VwGH trifft eine klare Abgrenzung: Wenn der AG ein Kalkulationsformblatt zur Verfügung stellt, muss es der Bieterin möglich sein, alle in der Ausschreibung vorgesehenen Preisbestandteile in diesem Formblatt darzustellen.

Ist das nicht der Fall, steht das K-Blatt im Widerspruch zur Ausschreibung. Ist es der Bieterin aufgrund der Widersprüche zwischen der Ausschreibung und dem K-Blatt unmöglich, den Vorgaben des K-Blattes unter Wahrung ihres Angebotes vollständig zu entsprechen, dann können die Unterschiede zwischen den Preisen laut Angebot und den im K-Blatt aufgeschlüsselten Einheitspreisen nicht ohne Weiteres einen Grund für ein Ausscheiden des Angebotes darstellen.

Schlussfolgerung:

Bieter müssen im Kalkulationsformblatt die Möglichkeit haben, die Aufschlüsselung ihrer Preisbestandteile ordnungsgemäß darzulegen. Die Verantwortung von Bietern zur ordnungsgemäßen Befüllung des K-Blattes endet somit dort, wo es ihnen unmöglich ist, die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisbestandteile abzubilden.

Auch eine Spalte „Erläuterungen“ reicht nicht automatisch aus, solche Widersprüche aufzulösen.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Kalkulationsformblätter und ihre Tücken - 09.03.2022

NICHTIGERKLÄRUNG WEGEN FALSCHER ELEKTRONISCHER SIGNATUR; BVwG

BVwG vom 10.09.2021, GZ: W131 2243410-2

Leitsatz:

Ausschreibungsunterlagen müssen immer nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ausgelegt werden.

Sachverhalt:

Die ÖBB-Personenverkehr als AG hat das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Doppelstockelektrotriebzügen“ durchgeführt. In den Ausschreibungsunterlagen für die Abgabe von Letzt-Angeboten war eine ausdrückliche Festlegung enthalten, dass für die elektronische Abgabe eine qualifizierte elektronische Signatur im Sinne der VO (EU) Nr. 910/2014, erforderlich ist.

Die präsuntive ZE hat ihr Letzt-Angebot mit der Signatur eines Schweizer Signaturdienstleisters unterfertigt. Die AG hat in weiterer Folge die Entscheidung über den beabsichtigten Abschluss der RV mitgeteilt, die von einem Bieter angefochten wurde.

Entscheidungssätze:

Das vorliegende Erk. zeigt zum einen die enorme Bedeutung von klaren, eindeutigen und vom AG bedachten Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen. Zum anderen die weitreichende Bedeutung der Bestandskraft von nicht angefochtenen Ausschreibungsunterlagen. Denn nach Eintritt dieser Bestandskraft kommt eine Umdeutung der Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in Betracht.

Neben der inhaltlichen Beurteilung der elektronischen Signatur hat sich das BVwG noch mit einer weiteren sehr interessanten Verfahrensfrage auseinandergesetzt:

Die ASt wurde nämlich von der AG nach Abgabe des Letzt-Angebots bereits im Herbst 2020 ausgeschieden. ▪ Die ASt hat diese Ausscheidensentscheidung mit einem Nachprüfungsantrag beim BVwG angefochten; das BVwG ist diesem Nachprüfungsantrag mit Erk. vom 28.12.2020 nicht gefolgt und hat damit die Ausscheidensentscheidung der AG bestätigt.

In weiterer Folge hat jedoch die ASt diese Entscheidung mit einer ord. Revision beim VwGH bekämpft. Obwohl noch keine Entscheidung des VwGH über die Revision vorlag, hat aber die ASt eine aufschiebende Wirkung beim BVwG erwirkt.

Aufgrund dieser Umstände hat das BVwG im vorliegenden Nachprüfungsantrag die ASt quasi als verbliebenen Bieter qualifiziert, der auch berechtigt ist, den beabsichtigten Abschluss der RV anzufechten.

Revision an den VwGH:

Gegen ein Erk. des BVwG ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Lässt das BVwG die Revision zu, kann eine ord. Revision an den VwGH erhoben werden. Lässt das BVwG die Revision hingegen nicht zu, kann eine a.o. Revision an den VwGH erhoben werden. Die Frist zur Erhebung einer Revision beträgt sechs Wochen.

Weder die ord. noch die a.o. Revision haben aufschiebende Wirkung. Eine solche kann aber beantragt werden. Für die Entscheidung über diesen Antrag ist bis zur Vorlage der Revision an den VwGH das BVwG zuständig.

Wird der ord. Revision die aufschiebende Wirkung durch das BVwG nicht zuerkannt, so ist gegen diese Entscheidung keine Beschwerde an den VfGH zulässig.

Schlussfolgerung:

Bieter müssen im Kalkulationsformblatt die Möglichkeit haben, die Aufschlüsselung ihrer Preisbestandteile ordnungsgemäß darzulegen. Die Verantwortung von Bietern zur ordnungsgemäßen Befüllung des K-Blattes endet somit dort, wo es ihnen unmöglich ist, die in der Ausschreibung vorgesehenen Preisbestandteile abzubilden.

Auch eine Spalte „Erläuterungen“ reicht nicht automatisch aus, solche Widersprüche aufzulösen.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

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

BVwG: Nichtigerklärung wegen falscher elektronischer Signatur

VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG BEI ZWEIFEL AN ANGEBOTSPREIS; VwGH

VwGH vom 13.12.2021, GZ:Ra 2018/04/0111

Leitsatz:

Im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung muss zwar die Kalkulation des Bieters nicht minutiös nachvollzogen werden können; es ist jedoch zu prüfen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.

Rechtlicher Kontext:

Ein AG ist insb. bei ungewöhnlichen Angebotspreisen gemäß § 137 Abs 2 dazu verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Hierbei ist zu klären, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, ist das Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z3 auszuschneiden.

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung müssen AG u. a. prüfen, ob die Angebote kostendeckend sind; ob also im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten nachvollziehbar sind.

Dass bei dieser Prüfung leicht Fehler passieren können, zeigt der gegenständliche Fall.

Sachverhalt:

Eine steirische Gemeinde führte im Jahr 2017 ein Vergabeverfahren im USB betreffend Bauleistungen durch. Eine unterlegene Bieterin sah in der 40%igen Unterschreitung des Angebotes der präsumtiven ZE im Vergleich zu ihrem eigenen Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises und brachte einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung ein.

Entscheidungssätze:

Im Nachprüfungsverfahren bestätigte ein Sachverständiger hohe, nicht nachvollziehbare Preisschwankungen in knapp 90 Einzelpositionen. Die Unterschreitung des marktüblichen Schätzpreises konnte in diesem Ausmaß auch nicht kostendeckend sein.

Das Angebot der präsumtiven ZE war deshalb wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden und die Zuschlagsentscheidung der AG wurde für nichtig erklärt.

Interessant sind die Ausführungen des LVwG Steiermark zur vertieften Angebotsprüfung:

Die AG hatte die Angebotspreise durch eine sachverständige Person prüfen lassen, die dazu eine übliche Preisprüfungsmethode heranzog. Im ggst. Fall war die

angewendete Methode aber nicht geeignet, die Preisauffälligkeiten in den Einzelpositionen aufzuzeigen.

Nach Ansicht des LVwG wurde deshalb die vertiefte Angebotsprüfung von der AG nicht ordnungsgemäß durchgeführt.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH bestätigte das Erk. des LVwG. Bei mangelnder Kostendeckung sei das Hauptaugenmerk auf die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preisgestaltung zu legen.

Er verwies dabei auf seine ständige Rspr. Die Prüfung der Kostendeckung sei jedenfalls ein maßgeblicher Aspekt der vertieften Angebotsprüfung (neben den anderen in § 137 Abs 3 zur vertieften Angebotsprüfung genannten Aspekten). Da im ggst. Fall die nicht kostendeckende Angebotslegung sowie die auffallend günstigen und teuren Positionen in keiner Weise nachvollziehbar und erklärbar waren, lag ein Ausscheidungsgrund nach § 141 Abs 1 Z3 vor.

Schlussfolgerung:

AG müssen auffällig niedrige Gesamtpreise und auffällig niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen vertieft prüfen. Die angewendete Preisprüfungsmethode des AG muss für eine Feststellung der Kostendeckung des Angebotspreises geeignet sein. Ein nicht kostendeckendes Angebot ist grundsätzlich auszuschneiden.

Praxistipp:

AG sind gut beraten, sich bei der Anwendung der Preisprüfungsmethode nicht nur auf die Üblichkeit der Methode zu verlassen, sondern sicherzustellen, dass die gesetzlichen Anforderungen an die vertiefte Angebotsprüfung (insbesondere die Kostendeckung des Angebots) damit erfüllt werden.

Bieter sollten bei der Angebotsgestaltung stets bedenken, dass sie niedrige Angebotspreise auch betriebswirtschaftlich erklären können müssen. Diese Erklärung muss fundiert sein, kurze oder lapidare Hinweise reichen im Streitfall nicht aus.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Vertiefte Angebotsprüfung bei Zweifel an kostendeckendem Angebotspreis - 15.02.2022

ARGUMENTATION EINER NULLPOSITION; VwGH

VwGH vom 9.06.2021, GZ: Ro 2019/04/0237

Leitsatz:

Nullpreise in anderen als wesentlich gekennzeichneten Positionen führen nicht automatisch zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises - und in weiterer Folge zur verpflichtenden Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung.

Rechtlicher Kontext:

Angebotspreise haben gemäß § 127 Abs 1 Z 4 alle in der Ausschreibung geforderten Aufgliederungen zu enthalten. Verlangen AG daher eine Auspreisung der verschiedenen Preisbestandteile wie etwa „Lohn“ oder „Sonstiges“, dürfen Bieter diese Preisbestandteile grundsätzlich nicht auf andere Preisbestandteile umlegen und so die Kosten vermischen.

Angebote mit derartigen „Misch(preis)kalkulationen“ sind in der Regel aufgrund der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. des Widerspruchs gegen die Ausschreibungsbestimmungen auszuschneiden.

Der VwGH stellt in diesem Erk. aber klar, dass derartige Mischkalkulationen nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebots führen müssen und erkennt die Weitergabe von Lieferantenpreisen als mögliche Begründung für dadurch entstehende Nullpositionen an.

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren über Elektroinstallationsleistungen durch. Gemäß den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen mussten Angebote die Preise samt den geforderten Aufgliederungen (Lohn, Sonstiges) und allenfalls notwendige Erläuterungen enthalten. Wesentliche Positionen waren in der Ausschreibung nicht festgelegt. Darüber hinaus galten allfällige Begleitschreiben nicht als Bestandteil eines Angebots.

Die zweitgereichte Bieterin und spätere Revisionswerberin beehrte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, da das Angebot der präsumtiven ZE eine unzulässige „Mischpreiskalkulation“ aufweise.

Entscheidungssätze:

Das LVwG OÖ verneinte das Vorliegen einer ausschreibungswidrigen Kostenverlagerung zwischen den Leistungspositionen. Es sei plausibel, dass von Lieferanten weitergegebene Gesamtpreise nicht in einzelne Positionen aufgliedert werden können.

Das Begleitschreiben der präsumtiven ZE, wonach die in ihrem Angebot im Einheitspreis mit „Null“ ausgepreisten Positionen in anderen Positionen enthalten seien - was eigentlich einen Widerspruch zu den Festlegungen in der Ausschreibung

darstellt - sei aufgrund der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen - wonach Begleitschreiben nicht als Bestandteil des Angebots gelten - nicht zu berücksichtigen.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH bestätigte das Erk. des LVwG und verwies auf seine ständige Rsp, wonach Nullpreise in anderen als wesentlich gekennzeichneten Positionen nicht automatisch zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.

Schlussfolgerung:

Das Erk. schafft erhöhte Rechtssicherheit in Bezug auf die Weitergabe von Lieferantenpreisen und kann daher eine plausible Erklärung für das Vorliegen von Nullpositionen sein.

Spannend ist auch, dass das Angebot der präsumtiven ZE - trotz des im Begleitschreiben enthaltenen Widerspruchs zu den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen - wohl nur deswegen nicht auszuschneiden war, weil die Ausschreibung bereits bestandfest war.

Angesichts des vorliegenden Erk. können AG mit derartigen Festlegungen zu Begleitschreiben auch künftig verhindern, ▪ dass sie plausible Angebote „nur“ aufgrund eines der Ausschreibung widersprechenden Begleitschreibens - das in der Regel als verbindliche Erklärung zum Angebot gilt - ausschneiden müssen.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Neue Möglichkeiten zur Argumentation einer Nullposition - 15.09.2021

DIFFERENZIERUNG VON GESAMT- UND SPARTENUMSATZ; EuGH

EuGH vom 7.09.2021, GZ: C-927/19

Leitsatz:

Es steht einem AG frei, ob er in den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Gesamtjahresumsätze oder Spartenjahresumsätze für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit fordert.

Rechtlicher Kontext:

Im vorliegenden Fall hatte der EuGH zu beurteilen, ob beim Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch Umsatzerlöse einer früheren Arbeitsgemeinschaft (ARGE) gezählt werden dürfen, wenn das nunmehr teilnehmende Mitglied einer BIEGE die damaligen Leistungen der ARGE nicht selbst erbracht hat.

Sachverhalt:

Im Konkreten hatte ein öffentlicher AG aus Litauen die Sammlung und den Transport von Siedlungsabfällen ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen wurde von den Bietern für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen LF gefordert, dass Sammlungs- und Transportleistungen von Siedlungsabfällen mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz in Höhe von 200.000 EUR in der Vergangenheit erbracht wurden.

Es wurde also ein Spartenjahresumsatz und kein genereller Unternehmensumsatz gefordert. Die BIEGE, welche den Zuschlag erhalten sollte, hat für diesen Nachweis entsprechende Umsätze angegeben, die aus Erlösen einer früheren ARGE stammten. Die dem Umsatz der früheren ARGE zugrundeliegende Dienstleistung wurde allerdings zum Großteil von anderen Unternehmen erbracht und nicht von jenem Mitglied der BIEGE, die nunmehr den Zuschlag erhalten sollte.

Ein nicht zum Zug gekommener Bieter hat dagegen eingewandt, dass derartige Umsätze nicht zum geforderten Spartenumsatz hinzugerechnet werden dürfen.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH hat im vorliegenden Erk. darauf hingewiesen, dass es dem AG freisteht, ob in den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Gesamtjahresumsätze oder Spartenjahresumsätze für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen LF gefordert werden.

Die Entscheidung des AG hat aber entsprechende Auswirkungen auf die konkret zu berücksichtigenden. Wird nämlich ein Gesamtjahresumsatz gefordert, kann der Bieter auch Umsätze einer früheren ARGE angeben, auch ohne die Tätigkeit selber erbracht zu haben. Fordert hingegen der AG einen Spartenjahresumsatz, kann der AN die Umsätze aus einer früheren ARGE nicht anführen, bei denen er die jeweilige Tätigkeit nicht selbst erbracht hat.

Dabei weist der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass mit dem geforderten Spartenumsatz nicht nur die finanzielle und wirtschaftliche LF, sondern zugleich auch die technische LF nachgewiesen werden muss

Schlussfolgerung:

Für das österreichische Vergaberecht ist der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen LF in § 84 geregelt, der auf Anhang X verweist. In Absatz 1 Z 7 des Anhang X sind zwei Möglichkeiten des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorgesehen.

Zum einen können AG einen Mindestgesamtjahresumsatzes fordern, bei dem es irrelevant ist, mit welchen Tätigkeiten dieser Umsatz erwirtschaftet wurde.

Zum anderen können AG auch einen Mindestjahresumsatzes für jene Tätigkeiten fordern, in den die ausschreibungsgegenständliche Vergabe fällt; in diesem Zusammenhang spricht man auch von einem Spartenumsatz.

Mit dem vorliegenden Urteil stellt der EuGH vergaberechtlich klar, dass ein Spartenumsatz eine Doppelnatur hat, mit dem sowohl die finanzielle und wirtschaftliche L.F als auch die technische LF nachzuweisen ist.

Gerade auch das vorliegende Verfahren vor dem EuGH zeigt, dass mit dieser Doppelnatur von Spartenumsätzen immer auch vergaberechtliche Auslegungsprobleme verbunden sein können. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass für den AG ein konkret geforderter Spartenumsatz mit den Mitteln des Vergaberechts nicht wirklich überprüfbar ist, weil sich dieser nicht ohne weitere aus Jahresabschlüssen oder Bilanzen allein ergibt.

Beim vorliegenden Sachverhalt hätte der litauische AG die Rechnungen der seinerzeitigen ARGE überprüfen u. eine exakte Leistungsabgrenzung zwischen den einzelnen Mitgliedern vornehmen müssen, um feststellen zu können, ob die verfahrensteilnehmende BIEGE den geforderten Spartenumsatz tatsächlich erreicht hat.

Es liegt auf der Hand, dass mit solchen Prüfungen in der Beschaffungspraxis erhebliche faktische Probleme in vergaberechtlicher Hinsicht verbunden sind, die AG im Interesse eines friktionsfreien Vergabeverfahrens vermeiden sollten.

Praxistipp:

Daher sollten für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen LF keine Spartenumsätze, sondern nur generelle Unternehmensumsätze gefordert werden.

Dass die Bieter entsprechende technische Erfahrungen in der ausschreibungsgegenständlichen Sparte haben, kann und muss natürlich auch geprüft werden. Dafür sollten aber AG entsprechende Referenzen für den Nachweis der technischen LF fordern, die deutlich besser und einfacher überprüft werden können.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

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

EuGH: Differenzierung von Gesamt- und Spartenumsätzen

UNTERLASSENER WIDERRUF; VwGH

VwGH vom 14.12.2021, GZ: Ro 2021/04/0014

Leitsatz:

In der Regel sind die Entscheidungen eines AG in einem Vergabeverfahren anfechtbar. Dies gilt allerdings nicht für einen zwar gebotenen, aber vom AG unterlassenen Widerruf. Dies kann in einem Nachprüfungsverfahren gegen eine Ausscheidungsentscheidung nicht geltend gemacht werden.

Hintergrund:

AG sind in bestimmten Situationen verpflichtet, ein Vergabeverfahren zu widerrufen (§§ 148 f). Bereits in der Vergangenheit hatten Bieter versucht, den Widerruf eines Verfahrens zu erzwingen und dessen Unterlassung durch den AG angefochten. Allerdings mit wenig Erfolg:

Der VwGH sieht in der Unterlassung eines Widerrufs selbst keine gesondert anfechtbare Entscheidung (VwGH v. 20.10.2004, GZ: 2004/04/0105), was letztlich zur Zurückweisung der Nachprüfungsanträge der Bieter führte.

Sachverhalt:

Im Anlassfall versuchte eine Bieterin, den unterlassenen Widerruf im Rahmen der Anfechtung ihrer Ausscheidung geltend zu machen. Gemäß § 347 Abs 1 Z 1 können Bieter ihre Ausscheidung nämlich nicht nur bei Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung selbst anfechten, sondern auch wenn eine der Ausscheidung vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung rechtswidrig ist.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH versagte der Anfechtung des vermeintlich gebotenen aber vom AG unterlassenen Widerrufs auch in diesem Fall den Erfolg.

Er bekräftigte zunächst die Rsp. des VfGH, wonach „Entscheidungen des AG nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen“ sind. Somit kann auch einer Ausscheidungsentscheidung selbst - im Gegensatz etwa zur Zuschlagsentscheidung - kein hinreichend bestimmter Erklärungswert entnommen werden, wonach die AG einen Widerruf unterlassen wolle.

Ein Bieter kann gegen das Ausscheiden seines Angebotes auch keine Gründe geltend machen, die sich nur gegen die Fortführung des Vergabeverfahrens an sich richten, ohne dass diese Gründe auch die Rechtswidrigkeit der von ihm angefochtenen Ausscheidungsentscheidung betreffen.

Schlussfolgerung:

Die Unterlassung eines Widerrufs durch den AG ist keine gesondert anfechtbare Entscheidung. Sie kann auch nicht als einer Ausscheidung vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung qualifiziert werden.

Allein aus der (möglicherweise tatsächlich rechtswidrigen) Unterlassung durch den AG, ein Verfahren zu widerrufen, kann sich noch keine Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung ergeben.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Bieterin versuchte Widerruf zu erzwingen, um ihrem Ausscheiden zu entkommen - 15.02.2022

PRÜFUNG DER UNMÖGLICHKEIT DER SPÄTEREN LEISTUNGSERBRINGUNG; EuGH

EuGH vom 7.09.2021, GZ: C-927/19, Ecoservice

Leitsatz:

Ein AG darf eine allfällige Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung durch den Bieter im Vergabeverfahren - und damit auch bei der Zuschlagserteilung - nicht berücksichtigen.

Daher sollten AG für sie besonders wichtige technische Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung auch als Eignungskriterien und nicht bloß als vertragliche Ausführungspflicht formulieren.

Rechtlicher Kontext:

AG dürfen zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit ausschließlich die im Anhang XI des BVergG angeführten Nachweise verlangen (§ 80 ff BVergG).

Dazu zählen ua Angaben zu den bei der Leistungsausführung anzuwendenden Umweltmanagementmaßnahmen und eine Erklärung über die technische Ausrüstung. Auch die bei der Leistungserbringung einzuhaltenden (und in den Ausschreibungsunterlagen festzulegenden Ausführungsbedingungen) können einen technischen Inhalt aufweisen (§ 110 Abs 1 Z 13).

Sachverhalt:

Eine litauische AG leitete ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe eines Auftrags im Bereich der Sammlung von Siedlungsabfällen und deren Beförderung zu Entsorgungsanlagen ein. Nach den Ausschreibungsunterlagen mussten die zum Transport der Abfälle einzusetzenden Fahrzeuge die Abgasnorm EURO-5 erfüllen und über ein eingebautes GPS-System verfügen.

Ecoservice als eine der Bieterinnen erhob gegen die Zuschlagsentscheidung der AG Beschwerde mit der Begründung, dem Siegerkonsortium fehle die technische Leistungsfähigkeit.

Streitpunkt war die Einordnung der technischen Festlegungen hinsichtlich der Fahrzeuge als Eignungskriterium und/oder als Bedingung für die spätere Auftragsausführung.

Entscheidungssätze:

Diese Qualifikation war laut Gericht maßgeblich für den Umfang der Prüfkompetenz der AG. Der Oberste Gerichtshof Litauens legte die Frage dem EuGH vor.

EuGH-Entscheidungssätze:

Die AG darf - so der EuGH - eine allfällige Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung im Vergabeverfahren - und damit auch bei der Zuschlagserteilung - nicht berücksichtigen. Die allfällig zu erwartende Nichterfüllung

vertraglicher Anforderungen bei der Leistungserbringung hat keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der durchgeführten Vergabe. Laut EuGH kann die AG allerdings technische Kriterien sowohl als Eignungskriterium, als auch als Bedingung für die Auftragsausführung festlegen; die konkrete Einordnung ist ausschließlich von der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen abhängig.

Schlussfolgerung:

Die Situation ist vielen bekannt: Bereits im Vergabeverfahren wird der AG bewusst, dass ein Bieter die Auftragsbedingungen keinesfalls erfüllen können wird. Prüfung der Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung; EuGH

Dessen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren ist allerdings nicht möglich, solange der Bieter die Eignungskriterien erfüllt und sein Angebot nicht den Ausschreibungsunterlagen widerspricht. Müsste der Zuschlag einem solchen Unternehmen erteilt werden, bliebe der um die Leistungserfüllung besorgten AG als ultima ratio nur noch der Widerruf des Vergabeverfahrens.

Praxistipp:

Durch die gleichzeitige Festlegung technischer Merkmale als zulässiges Eignungskriterium einerseits und als Auftragsbedingung andererseits kann dem Dilemma vorgebeugt werden.

AG sollten für sie besonders wichtige technische Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung daher auch als Eignungskriterien und nicht bloß als vertragliche Ausführungspflicht formulieren.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

VERGABERECHTSWIDRIGKEIT EINER MARKTERKUNDUNG; VwGH

VwGH vom 1.03.2022, GZ: Ra 2019/04/0139

Leitsatz:

Vom AG müssen sämtliche die Markterkundung betreffenden und das Vergabeverfahren beeinflussenden Informationsflüsse an die beteiligten Unternehmen offengelegt werden.

Rechtlicher Kontext:

Einem öffentlichen AG steht es gemäß § 24 BVergG frei, vor Einleitung eines Vergabeverfahrens eine vorbereitende Markterkundung durchzuführen und die dabei eingeholten Informationen für dessen Planung und Durchführung zu verwenden.

Eine solche vorherige Erkundung des Marktes muss allerdings den Grundsätzen des Vergaberechts entsprechen. Im konkreten Fall prüfte der VwGH eine Markterkundung auf ihre Übereinstimmung mit dem vergaberechtlichen Transparenzgebot.

Sachverhalt:

Die AG leitete ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend die Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen in diversen Krankenanstalten ein. Im Vorfeld dieses Vergabeverfahrens führte die AG eine Markterkundung in Form von Mark sondierungsgesprächen mit einigen ausgesuchten Unternehmen durch. Dabei wurden diesen Unternehmen umfangreiche Unterlagen und Informationen zu dem beabsichtigten Beschaffungsvorhaben zur Verfügung gestellt.

In weiterer Folge wurde dann das offene Verfahren eingeleitet. Ein Interessent brachte einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ein. Er war der Ansicht, dass aufgrund der Detailliertheit der Informationen, die in der Markterkundung zur Verfügung gestellt wurden, den daran teilnehmen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil verschafft wurde

Entscheidungssätze:

Diesem Antrag gab das VLVwG Wien aufgrund folgender Überlegungen statt:

Im März 2019 hat die AG europaweit eine Vorinformation über das geplante Vorhaben veröffentlicht. Darin wurde auch die durchgeführte Markterkundung angekündigt und aufgefordert, sich bei Interesse bei der AG zu melden. Jenen Unternehmen, die ihr Interesse kundtaten, übermittelte die AG ein detailliertes Konzept über die geplante Ausschreibung, die bereits Informationen zu den vorgesehenen Zuschlags- und Eignungskriterien enthielt. Eine allgemeine Zugänglichmachung dieser Informationen erfolgte jedoch nicht.

Zudem hat die AG darauffolgend mit einigen Unternehmen genauere Marktsondierungsgespräche durchgeführt. Diese Gespräche wurden zwar protokolliert, aber wiederum nicht allgemein zugänglich gemacht. Somit konnten die

anderen Marktteilnehmer nicht in Erfahrung bringen, was im Rahmen dieser Gespräche insbesondere über die Zuschlags- und Eignungskriterien besprochen wurde. Das LVwG Wien hielt dazu fest, dass aus § 24 BVergG zwar keine Einschränkung dahingehend zu entnehmen ist, welche Unterlagen für eine Markterkundung zu verwenden sind. Allerdings war es den Interessenten, mit denen keine Sondierungsgespräche durchgeführt wurden, mangels allgemeiner Zugänglichmachung unmöglich, allfällige Verdachtsmomente im Zuge des Vergaberechtschutzes effektiv nachprüfen zu lassen. Ohne Offenlegung der Protokolle war es somit nicht nachvollziehbar, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten wurde oder einzelne Bieter bevorzugt wurden.

Zudem wurde dadurch auch die Transparenz auf erhebliche Weise herabgesetzt. Diese hätte allein durch die Zugänglichmachung der Protokolle in anonymisierter und reduzierter Form vollständig hergestellt werden können:

Dagegen wurde vom AG die Revision eingebracht.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH stellte u.a. klar, dass es vergaberechtlich zulässig ist, potenzielle Bieter im Rahmen einer Markterkundung zu konsultieren und Ideen für das geplante Vorhaben zu sammeln.

In diesem Zusammenhang ist es auch erlaubt, diesen Unternehmen bereits Informationen über das spätere Vergabeverfahren offenzulegen. Aufgrund des Transparenzgebotes ist es jedoch erforderlich, offenzulegen, welche durch die Markterkundung erlangten Informationen in die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens eingeflossen sind und woher diese Informationen stammen. Nur so können andere Marktteilnehmer überprüfen, ob die Gleichbehandlung der Bieter gewahrt wurde und gegebenenfalls begründete Rechtschutzanträge stellen.

Wegen dieser unterlassenen Offenlegung des im Rahmen der Markterkundung erfolgten Informationsaustausches liegt im vorliegenden Einzelfall eine Verletzung des § 24 BVergG vor. Denn es reicht nicht aus, dass die AG die aus ihrer Sicht relevanten Informationen in der Ausschreibung verwertet. Vielmehr müssen alle die Markterkundung betreffenden und das Vergabeverfahren beeinflussenden Informationsflüsse vom AG an die beteiligten Unternehmen offengelegt werden.

Aufgrund dieser Überlegungen hat der VwGH die Revision als unbegründet abgewiesen.

Schlussfolgerung:

Der VwGH hat erstmals die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Markterkundung behandelt und ist dabei zu einem bemerkenswerten Ergebnis gekommen.

Der VwGH fordert in diesem Erk. eine umfassende Offenlegungspflicht des AG in Form aller detaillierten Informationen gegenüber den Interessenten. Dadurch steht dieses Erk. aber in einem gewissen Spannungsverhältnis zu bestimmten vergaberechtlichen Vorschriften.

Denn die äußerst umfassende Offenlegungspflicht der vom VwGH geforderten Informationen führt zu einer Publizität jener Unternehmer, die sich an der Markterkundung beteiligt haben. Eine solche Offenlegung wäre aber zumindest in einem Vergabeverfahren vergaberechtlich unzulässig, weil AG die Bieter geheim zu halten haben, um Absprachen zu vermeiden (siehe §§ 27 und 114 Abs 10 BVergG).

Warum aber soll diese Geheimhaltungsverpflichtung für die Markterkundung nicht gelten? Erschwerend kommt hinzu, dass die Interessenten durch diese Offenlegung noch vor Einleitung des Vergabeverfahrens wechselseitig Kenntnis voneinander erhalten. Es bleibt daher deutlich mehr Zeit, um eine Absprache anzubahnen, als in einem laufenden Vergabeverfahren.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die vom VwGH geforderte Offenlegung geradezu zwangsläufig auch zu einer Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen führt, was sowohl faktisch als auch vergaberechtlich (siehe § 27 Abs 4 BVergG) problematisch ist. Wenn daher derartige sensible Informationen in der Markterkundung erörtert werden, müssen diese nach dem vorliegenden Erk. des VwGH ganz offensichtlich vor Einleitung des Vergabeverfahrens wechselseitig offengelegt werden. Sofern Interessenten aufgrund dieser Rsp. künftig überhaupt noch an Markterkundungen teilnehmen werden, werden diese bei Erörterung solcher Informationen gegenüber dem AG wohl deutlich zurückhaltender sein, weil sie sonst riskieren, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden müssen.

Im Ergebnis bleibt für die Praxis daher zu hoffen, dass bei künftigen Anlassfällen der VwGH seine vorliegende Rsp. unter Berücksichtigung dieser Argumente noch entsprechend schärft. Dies erscheint dringend erforderlich, um dem wichtigen Instrument der Markterkundung in Zukunft nicht jeden praktischen Anwendungsbereich zu nehmen.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

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

VwGH: Vergaberechtswidrigkeit einer Markterkundung

VERMEIDUNG VON INTERESSENKONFLIKTEN; BGH

BGH vom 12.10.2021, GZ: EnZR 43/20

Leitsatz:

Zur Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten haben öffentliche AG geeignete Maßnahmen zu setzen. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts ist ausschließlich nach objektiven Merkmalen zu bewerten und sind die subjektiven Ansichten aller Beteiligten für die Beurteilung irrelevant.

Allein der Anschein, dass die Unparteilichkeit bzw. Unabhängigkeit von Mitarbeitern beeinträchtigt sein könnte, ist bereits ausreichend.

Rechtlicher Kontext:

Gegenständlich ging es um die Ausschreibung der deutschen Stadt Bargteheide (= Stadt in Schleswig-Holstein) zur Vergabe des kommunalen Wegenetzes zur leistungsgebundenen Energieversorgung. Als Bieterin in diesem Vergabeverfahren beteiligte sich u.a. die „Stadtwerke Bargteheide GmbH“, eine Eigengesellschaft der Stadt.

Der GF der Eigengesellschaft war zugleich auch als Abteilungsleiter für die Stadt tätig, wobei die Sachbearbeiterin im ggst. Vergabeverfahren diesem unmittelbar unterstand. Der GF der Eigengesellschaft und zugleich Abteilungsleiter unterstand wiederum dem Büroleiter der Bürgermeisterin.

Als die Eigengesellschaft als Bestbieterin ermittelt wurde, erhob eine unterlegene Bieterin Klage gegen den beabsichtigten (Konzessions)-Vertragsabschluss.

BGH-Entscheidungssätze:

Vom BGH wurde im konkreten Fall ein Interessenkonflikt festgestellt, weil keine organisatorische und personelle Trennung zwischen der Vergabestelle und der Eigengesellschaft als Zuschlagsempfängerin gegeben war.

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten muss eine vollständige Trennung der Organisationsstruktur bei öffentlichen AG sichergestellt werden, um so einen Informationsaustausch zwischen der Vergabestelle und den für die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Mitarbeiter dürfen nicht in Loyalitäts- und Interessenkonflikte geraten und so zum „Diener zweier Herren“ werden.

Eine personelle und organisatorische Trennung ist insbesondere auch bei kleineren Gemeinden erforderlich, in denen die Mitarbeiter oft in vielfältigen beruflichen und persönlichen Beziehungen stehen.

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass bereits die Möglichkeit der Bevorzugung der Eigengesellschaft als schädlicher Interessenkonflikt beurteilt wurde.

Der BGH lässt aber Maßnahmen zu, mit denen dieser Interessenkonflikt beseitigt werden kann. Wird die personelle und organisatorische Trennung sicher gestellt, ist die Teilnahme einer Eigengesellschaft am Vergabeverfahren ihrer Mutter vergaberechtlich zulässig.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG AUCH BEI BAGATELLPOSITIONEN; VwGH

VwGH vom 8.09.2021, GZ: Ra 2020/04/0007

Leitsatz:

Es gibt keine vergaberechtlichen Vorgaben, wonach eine vertiefte Angebotsprüfung nur zulässig wäre, wenn die betreffenden Positionen einen bestimmten Anteil des Gesamtpreises ausmachen.

Rechtlicher Kontext:

Im vorliegenden Fall hatte der VwGH die Zulässigkeit des Ausscheidens des Angebotes einer Bieterin aufgrund einer vertieften Angebotsprüfung für sog. Bagatellpositionen zu beurteilen.

Im Vergaberecht werden darunter Positionen verstanden, die im Verhältnis zum Gesamtangebotspreis nur eine untergeordnete Bedeutung haben. Im Konkreten haben im vorliegenden Verfahren diese Bagatellpositionen 0,31% des angebotenen Gesamtpreises ausgemacht.

Sachverhalt:

Der Ausgangspunkt dieses Rechtsstreites waren mehrere Auffälligkeiten in der Angebotskalkulation einer Bieterin. Der AG hat deshalb eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 138 BVergG durchgeführt und die Bieterin um schriftliche Aufklärung ersucht.

Nach Vorliegen des Aufklärungsschreibens wurde das Angebot ausgeschieden, weil nach Ansicht des AG das Aufklärungsschreiben vergaberechtlich weder eine nachvollziehbare Begründung enthalten hat noch die bestehenden Unklarheiten aufgeklärt wurden.

Die Bieterin hat dagegen einen Nachprüfungsantrag eingebracht.

Entscheidungssätze:

Das LVwG OÖ ist der Argumentation der Bieterin nicht gefolgt und hat die Ausscheidensentscheidung des AG, die sich auf § 141 Abs 2 BVergG gestützt hat, bestätigt.

Die ausgeschiedene Bieterin hat diese Entscheidung mit einer Revision beim VwGH bekämpft. Dabei hat die Bieterin zum einen bestritten, ihr Aufklärungsschreiben wäre unzureichend gewesen. Zum anderen hat sie ins Treffen geführt, dass sich die Unklarheiten lediglich auf 0,31% des Gesamtangebotspreises beziehen und eine Ausscheidung somit unverhältnismäßig wäre.

VwGh-Entscheidungssätze:

Der VwGH hat im vorliegenden Erk. darauf hingewiesen, dass AG im Vergaberecht berechtigt sind, Bieter auszuschneiden, wenn sie ein Aufklärungsersuchen im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung nicht vollständig beantworten.

Darüber hinaus führt der VwGH aus, dass ein Aufklärungsersuchen nur zulässig ist, wenn die Unklarheiten für die Beurteilung des Angebots von Bedeutung sind. Es gibt aber keine vergaberechtlichen Vorgaben, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nur zulässig wäre, wenn die betreffenden Positionen einen bestimmten Anteil des Gesamtpreises haben.

Dem AG steht es somit offen, sich in einem Aufklärungsersuchen auf jegliche Unklarheiten und Positionen - unabhängig vom Verhältnis zum Gesamtangebotspreis - zu beziehen. Ferner ist § 141 Abs 2 BVergG ein fakultativer Ausscheidenstatbestand, der dem AG einen gewissen Ermessensspielraum einräumt.

Dennoch hat der VwGH das vergaberechtliche Argument der Revisionswerberin abgelehnt, dass dieses Ermessen aufgrund der Geringfügigkeit der betroffenen Positionen zu ihren Gunsten ausgeübt hätte werden müssen.

Die Revisionswerberin argumentierte nämlich, der AG wäre durch die Grundsätze des Vergaberechts - insbesondere durch den Gleichbehandlungsgrundsatz - in seinem Handlungsspielraum eingeschränkt.

Der VwGH stellte jedoch klar, dass der Anteil am Gesamtangebotspreis vergaberechtlich nicht relevant ist. Im Ergebnis hat daher der VwGH die Ausscheidensentscheidung des AG bestätigt.

Schlussfolgerung:

Der VwGH hat in diesem Verfahren noch zu einer weiteren Rechtsfrage Stellung genommen:

Die Revisionswerberin stütze sich nämlich in ihrem Aufklärungsschreiben auf Erfahrungswerte, die ihres Erachtens auch für die Aufklärung der Unklarheiten in ihrer Kalkulation ausreichen würden.

Der VwGH bestätigte, dass glaubwürdig dargelegte Erfahrungen zwar bei der Prüfung der Preisangemessenheit berücksichtigt werden dürfen. Ein schlichter Verweis auf solche Erfahrungswerte reicht aber vergaberechtlich nicht aus, um kalkulatorische Unklarheiten auszuräumen. Vielmehr hätte die Revisionswerberin diese Erfahrungswerte im Aufklärungsschreiben konkret nachweisen müssen.

Quelle:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17

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

VwGH: Vertiefte Angebotsprüfung auch bei Bagatellpositionen

ZUR VERFÜGUNG STELLUNG VON AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN; OGH

OGH vom 13.02.2022, GZ: 3 Ob 19/22y

Leitsatz:

Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung müssen öffentliche AG allen Interessenten die Ausschreibungsunterlagen bis zum Abschluss der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist zur Verfügung stellen (§ 89 Abs 1 BVergG).

Rechtlicher Kontext:

Gemäß § 89 Abs1 sind Ausschreibungsunterlagen auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig bis zum Ablauf der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist zur Verfügung zu stellen. Am Auftrag potentiell interessierten Unternehmen soll dadurch die Prüfung ermöglicht werden, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für sie relevant ist und sie sich daran beteiligen wollen.

Der OGH hat sich damit befasst, ob diese Verpflichtung auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens weiter besteht.

Sachverhalt:

Eine öffentliche AG führte ein Vergabeverfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrags durch. Nach Abschluss des Vergabeverfahrens wurde ein Unternehmer auf das Verfahren selbst und das zu diesem Vergabeverfahren geführte gerichtliche Feststellungsverfahren aufmerksam.

Der Unternehmer interessierte sich für die Ausschreibungsunterlagen und forderte von der AG deren Herausgabe. Die AG verweigerte dies und wies darauf hin, dass das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen war und das Unternehmen nicht daran teilgenommen hatte. Daraufhin klagte der Unternehmer vor einem Zivilgericht auf Herausgabe der Ausschreibungsunterlagen. Er stützte sich auf den zitierten § 89 Abs 1 BVergG.

OGH-Entscheidungssätze:

Der OGH wies das Herausgabebegehren ab. Er verwies auf den Wortlaut des BVergG, das den Endzeitpunkt, bis zu dem die Ausschreibungsunterlagen verfügbar (abrufbar) bleiben müssen, eindeutig definiert. Über diesen Zeitpunkt hinaus ist die Bereitstellung alter Ausschreibungsunterlagen zwar zulässig, jedoch kann aus dem BVergG keinesfalls eine Verpflichtung abgeleitet werden.

Schlussfolgerung:

Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung müssen öffentliche AG allen Interessenten die Ausschreibungsunterlagen bis zum Abschluss der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist zur Verfügung stellen.

Eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen über diesen Zeitpunkt hinaus gibt es allerdings nicht.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

ERMESSEN BEI DER FESTLEGUNG VON EIGNUNGSKRITERIEN; EuGH

EuGH vom 31.03.2022, GZ: Rs C-195/21

Leitsatz:

Öffentlichen AG kommt bei der Festlegung der Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu.

Rechtlicher Kontext:

Ein Bieter empfand bei einer Ausschreibung im USB die festgelegten Eignungskriterien als benachteiligend. Seiner Ansicht nach hätte der AG bereits aus der Befugnis der Unternehmer auch auf deren Leistungsfähigkeit schließen müssen und keine weitergehenden Anforderungen stellen dürfen.

Das bulgarische Gericht fragte dazu beim EuGH nach.

Sachverhalt:

Eine bulgarische Gemeinde beabsichtigte die Vergabe von Bauarbeiten im USB zur Stabilisierung eines Erdrutsches an einer zur Gemeinde führenden Straße. Einer der Bieter beklagte die aus seiner Sicht zu hohen Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit. Da sein Unternehmen nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen befugt sei, könne auch der AG keine strengeren Anforderungen, wie eine bestimmte Mindest Erfahrung der Schlüsselpersonen, fordern.

Das angerufene bulgarische Gericht wollte sich nicht festlegen, ohne davor den EuGH zu befragen. Das Gericht fragte daher in einem Vorabentscheidungsersuchen nach, ob ein öffentlicher AG im Rahmen der Eignungskriterien etwas Strengeres fordern dürfe, als sich ohnehin aus nationalen Mindestvorgaben ergebe.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH antwortete klar: *„Die eindeutige Antwort auf diese Frage lässt sich aus dem Wortlaut von Art 58 der RL 2024/24 entnehmen“*. Demnach hat der öffentliche AG ein Ermessen bei der Festlegung der Eignungsanforderungen.

Dies gelte selbstverständlich auch für Vergaben im USB, auf die nur die allgemeinen Grundprinzipien der öffentlichen Auftragsvergabe zur Anwendung kommen. *„Folglich kann einem öffentlichen AG nicht mit der bloßen Begründung, eine Qualifikationsanforderung gehe über das von den nationalen Rechtsvorschriften verlangte Niveau der Mindestanforderungen hinaus, verwehrt werden, diese Qualifikationsanforderung in der Bekanntmachung zu verlangen, sofern sie durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist und zu diesem verhältnismäßig ist.“*

Zwei Aspekte deuteten für den EuGH darauf hin, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall vorlagen:

Zum einen stand die vom AG geforderte Erfahrung der Schlüsselpersonen in direktem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. Zum anderen waren trotz des sehr niedrigen Auftragswerts 3 Angebote eingelangt - was für die Verhältnismäßigkeit der Anforderung sprach.

Schlussfolgerung:

Öffentlichen AG kommt bei der Festlegung der Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Aber auch im USB müssen die Kriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

WIDERSPRÜCHLICHE FESTLEGUNG ZU MINDESTANFORDERUNGEN; VwGH

VwGH vom 7.02.2022, GZ: Ra 2018/04/0140

Leitsatz:

Öffentliche AG müssen bei der Festlegung von Mindestanforderungen und der Nennung beispielhafter Funktionen zum Nachweis eben dieser Kriterien, besonders Acht geben.

Rechtlicher Kontext:

AG legen bei Ausschreibungen den Leistungsgegenstand regelmäßig über Mindestanforderungen fest und führen Beispiele an, wie die Mindestanforderung erfüllt werden kann.

Was passiert, wenn die beispielhaft angeführte Funktion die Mindestanforderung aber in Wahrheit verfehlt?

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren im OSB nach dem Bestbieterprinzip zur Beschaffung von Beatmungsgeräten durch. Das Leistungsverzeichnis sah ua die Mindestanforderung „proportionale Druckunterstützung“ vor.

In einer Fragebeantwortung ergänzte die AG die Ausschreibung um das Erfordernis der Vorlage einer detaillierten funktionalen Beschreibung der Funktionsweise der „proportionalen Druckunterstützung“. In einer weiteren Fragebeantwortung erklärte die AG, dass die proportionale Druckunterstützung ua bei Vorliegen der Funktion „IntelliSync+“ als erfüllt gilt.

Die ASt legte ein Angebot und bot Beatmungsgeräte mit der Funktion IntelliSync+ an. Die AG forderte sie daraufhin zu einer detaillierten Aufklärung hinsichtlich der Erfüllung der Mindestanforderung „proportionale Druckunterstützung“ auf.

Nach Aufklärung durch die ASt und Einholung eines Privatgutachtens durch die AG schied diese das Angebot aus. Sie begründete dies mit der Nichterfüllung der Mindestanforderung „proportionale Druckunterstützung“, obwohl die Funktion IntelliSync+ vorlag.

Entscheidungsätze:

Das von der ASt angerufene LVwG Wien bestätigte die Ausscheidensentscheidung der AG. Zwar hätte ein Widerspruch zwischen den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bestanden, weil einerseits konkret die Anforderungen an die proportionale Druckunterstützung festgelegt gewesen wären und andererseits in den Ausschreibungsunterlagen die Funktion IntelliSync+ beispielhaft als geeigneter Nachweis zum Vorliegen dieser Mindestanforderung genannt gewesen wären.

Dieser Widerspruch hat die AG allerdings nicht daran gehindert, das tatsächliche Vorliegen der Mindestanforderung zu prüfen (auch wenn es zweckmäßig gewesen wäre, vor Angabe der Funktion IntelliSync+ als Beispiel einer geeigneten Funktion eine fundierte Prüfung vorzunehmen).

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH hob diese Entscheidung des LVwG Wien auf und führte in seiner Begründung aus, dass dem LVwG bei der Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen eine Fehlbeurteilung unterlaufen ist. Denn die AG hatte in der Fragebeantwortung ausdrücklich festgelegt, dass die Mindestanforderung „proportionale Druckunterstützung“ bei Nachweis der Funktion IntelliSync+ als erfüllt gelte.

Schlussfolgerung:

AG müssen bei der Festlegung von Mindestanforderungen und der Nennung beispielhafter Funktionen zum Nachweis eben dieser Kriterien besonders aufpassen. Erfüllt das angebotene Produkt bei näherer Betrachtung die Mindestanforderung nicht, weil die vom AG beispielhaft genannte Funktion in Wahrheit nicht zum Nachweis dieses Kriteriums geeignet ist, geht dieser Widerspruch zu Lasten des AG.

Er darf in einem solchen Fall das betroffene Angebot nicht wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen und Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen ausscheiden.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

AUFTEILUNG DER VON EINER BIEGE ZU ERBRINGENDEN LEISTUNG; EuGH

EuGH vom 28.04.2022, GZ: Rs C-642/20

Leitsatz:

Der öffentliche AG kann im Falle der Teilnahme einer BIEGE am Vergabeverfahren fordern, dass gewisse Leistungsteile (kritische/ wesentliche Aufgaben) von einem bestimmten Mitglied der BIEGE (dem Vertreter der BIEGE) selbst erbracht werden müssen.

Rechtlicher Kontext:

Für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren schließen sich interessierte Unternehmer in der Praxis häufig zu BIEGE zusammen, um die Erfüllung der Eignungskriterien und die Leistungserbringung sicherstellen zu können und/ oder um sich Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.

Das BVergG erlaubt öffentlichen AG BIEGE aus sachlichen Gründen einzuschränken oder überhaupt für unzulässig zu erklären (§ 21 Abs 2 BVergG). Inhaltliche Vorgaben zu BIEGE, wonach etwa der BIEGE-Leiter bestimmte Aufgaben selbst erfüllen muss, regelt das BVergG im § 98 Abs 4 Z 1.

Sachverhalt:

Die Region Sizilien führte mit mehreren Gemeinden ein Verfahren zur Vergabe von Leistungen des Aufkehrens, der Sammlung und des Abtransports von Siedlungsabfällen sowie weiterer Dienstleistungen der öffentlichen Hygiene durch.

Ein unterlegener Bieter erhob Klage gegen die Zuschlagsentscheidung der AG mit der Begründung, das bevollmächtigte Mitglied der für den Zuschlag vorgesehenen BIEGE erfülle nicht selbst mehrheitlich die Zulassungsvoraussetzungen und erbringe auch nicht selbst mehrheitlich seine Leistungen im Verhältnis zu den anderen Mitgliedern der BIEGE. Dies widerspräche aber dem italienischen Vergaberecht.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH erklärte die fragliche italienische Norm für unzulässig: Öffentliche AG können zwar die Erfüllung bestimmter kritischer/ wesentlicher Aufgaben von einem Mitglied einer BIEGE verlangen. Diese Einschränkungsmöglichkeit ist aber nur nach einem qualitativen und nicht nach einem quantitativen Ansatz zulässig.

Nicht zulässig war deshalb die Festlegung, wonach das bevollmächtigte Mitglied einer BIEGE selbst „mehrheitlich“ die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen und die ausgeschriebenen Leistungen im Verhältnis zu den anderen Mitgliedern der BIEGE selbst *mehrheitlich* erbringen müsse.

Schlussfolgerung:

Für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren können Bieter und BIEGE sowohl für die Erfüllung der Eignungskriterien als auch für die Leistungserbringung die Kapazitäten anderer Unternehmer in Anspruch nehmen.

Gemäß der Bestimmung im 98 Abs 4 Z 1 BVergG), können öffentliche AG auch von BIEGE fordern, dass gewisse Leistungsteile (kritische/ wesentliche Aufgaben) von einem bestimmten Mitglied der BIEGE (dem Vertreter der BIEGE) selbst erbracht werden müssen. Diese Beschränkungen sind aber nach qualitativen Aspekten zu treffen; pauschale Beschränkungen (beispielsweise auf einen bestimmten Prozentsatz der Gesamtleistung) sind unzulässig.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

BAUAUFTRAG SAMT ENTFERNUNG DES ALTEN SCHUTTS; VwGH

VwGH vom 28.03.2022, GZ: Ro 2019/04/0226

Leitsatz:

Zur Frage, ob bei einem Bauauftrag samt Entfernung des alten Schutts, Bieter eine abfallwirtschaftliche Befugnis benötigen, greift in Konstellationen wie jener des Ausgangsfalls, ein Ausnahmetatbestand des AWG 2002, wonach der Bauunternehmer als befugt gilt.

Rechtlicher Kontext:

Immer wieder tauchen bei der Eignungsprüfung spezielle Befugnisfragen auf. Etwa ob zur Ausführung eines Bauauftrags samt Schuttentfernung eine Erlaubnis von Abfallsammlern nach dem Abfallwirtschaftsgesetz (AWG 2002) notwendig ist.

Das Fehlen der Befugnis würde diesfalls sowohl den Auftragserhalt verhindern als auch die Ausführung durch den bereits beauftragten Auftragnehmer blockieren.

Sachverhalt:

Eine AG führte ein offenes Verfahren im USB zur Vergabe eines Bauauftrags nach dem Billigstbieterprinzip durch. Nach den Ausschreibungsunterlagen zählten zum Leistungsgegenstand auch der Abtransport des geladenen Abbruchmaterials einschließlich Verwerten, Deponieren oder Entsorgen nach Wahl des AN.

Eine unterlegene Bieterin bekämpfte die Zuschlagsentscheidung und argumentierte, der künftige AN sei ab physischer Übernahme der Abfälle nicht nur Abfallbesitzer gem. § 2 Abs 6 Z 1 AWG, sondern auch Abfallsammler gem. § 2 Abs 6 Z 3 AWG.

Die präsumtive ZE würde daher eine Erlaubnis nach § 24a AWG benötigen, verfüge allerdings über keine derartige Befugnis und habe auch keine eignungsrelevanten SU namhaft gemacht.

Mangels Eignung der präsumtiven ZE beehrte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien folgte der Argumentation der unterlegenen Bieterin nicht. Nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen könne die Entsorgung des Abbruchmaterials durch Weitergabe an einen befugten Abfallsammler oder -behandler erfolgen. Zudem komme die Ausnahmebestimmung des § 24a Abs 2 Z 5 AWG zum Tragen.

Die präsumtive ZE werde nämlich nicht bloß mit Abbrucharbeiten betraut, sondern die ausgeschriebenen Leistungen umfassen sowohl die Beistellung und Verbauung von eigenen Produkten (Baumaterial), als auch die Entsorgung gleichartiger Produkte (Abbruchmaterial) in einem ausgewogenen Verhältnis.

Ähnlich wie ein Dachdecker fällt daher auch ein Baumeisterunternehmen im Zuge eines Renovierungsauftrags unter die genannte Ausnahmebestimmung und benötigt daher keine Erlaubnis gem. AWG.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH bestätigte das Erkenntnis des LVwG Wien. Die präsumtive ZE falle unter die Ausnahmebestimmung des § 24a Abs 2 Z 5 AWG und benötige daher keine Erlaubnis gemäß AWG 2002 zum Abfallsammeln.

Schlussfolgerung:

Die Frage des Erfordernisses einer Befugnis gemäß AWG 2002 ist in der Praxis für eine Vielzahl an Bauausschreibungen relevant, weil regelmäßig die Entfernung abgerissener Materialien Teil des Bauauftrags ist.

Mit seinem Erk. schafft der VwGH Rechtssicherheit für AG ebenso wie für Bieter. In Konstellationen wie jener des Ausgangsfalls greift ein Ausnahmetatbestand des AWG 2002 und der Bauunternehmer gilt als befugt.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

ZULÄSSIGKEIT EINES FESTSTELLUNGSANTRAGES; VwGH

VwGH vom 12.11.2021, GZ: Ra 2018/04/0099

Leitsatz:

Ein Feststellungsantrag ist dann unzulässig, wenn ein Nachprüfungsantrag hinsichtlich des behaupteten Rechtsverstößes hätte erhoben werden können.

Rechtlicher Kontext:

Ob ein Verstoß gegen Vergabevorschriften in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, richtet sich jeweils nach den konkreten Umständen des Verfahrens.

Sachverhalt:

Ausgangsbasis der ggst. Entscheidung war eine von einer Tiroler Gemeinde im Dezember 2017 durchgeführte Direktvergabe hinsichtlich eines Auftrags zur Planung des Neubaus einer Kinderkrippe sowie des Umbaus des Kindergartens.

Entscheidungssätze:

Der nunmehrige Revisionswerber stellte hinsichtlich dieses Vergabeverfahrens im Februar 2018 mehrere Feststellungsanträge die das LVwG Tirol als unzulässig zurückwies. Das LVwG begründete dies insbesondere damit, dass der Revisionswerber bereits vor Beschlussfassung über die Auftragsvergabe Kenntnis von der geplanten Direktvergabe gehabt habe, weshalb er zur Bekämpfung dieser Entscheidung einen Nachprüfungsantrag hätte einbringen können und - aufgrund der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens - auch hätte einbringen müssen.

Nach den Feststellungen des LVwG Tirol sei die Vergabe des Planungsauftrags in der GR-Sitzung am 28.12.2017 beschlossen worden und die Auftragsvergabe in der darauffolgenden Woche im Wege der Direktvergabe erfolgt.

Der Revisionswerber hatte nach Ansicht des LVwG Tirol spätestens mit der am 20.12.2017 an der GR-Sitzung, bereits vor Beschlussfassung über die Auftragsvergabe, Kenntnis von der geplanten Direktvergabe. Das LVwG stützte diese Argumentation auch auf den Umstand, dass der nunmehrige Revisionswerber am Tag der Beschlussfassung über die Auftragsvergabe die AG auch schriftlich auf die Unzulässigkeit der geplanten „freihändigen“ Vergabe hingewiesen und die Gemeinde ersucht hatte, den diesbezüglichen Tagesordnungspunkt von der Tagesordnung zu nehmen. Die Entscheidung der AG, die Planungsleistungen im Weg der Direktvergabe zu vergeben, sei daher spätestens ab 20.12.2017 bis zur Zuschlagserteilung anfechtbar gewesen.

In der gegen den Beschluss des LVwG Tirol erhobenen aoRev machte der Revisionswerber geltend, dass die bekanntgegebene Tagesordnung der GR-Sitzung keinen Hinweis auf die Planung hinsichtlich der Erweiterung der Kinderkrippe und des Neubaus des Kindergartens enthalten habe.

Der Revisionswerber habe lediglich erfahren, dass (generell) eine Vergabe beabsichtigt sei, weshalb er vor der Beschlussfassung lediglich die Vermutung gehabt habe, dass eine Direktvergabe geplant sein könnte. Die (bloße) Vermutung eines potentiell möglichen Vergaberechtsverstoßes könne aus seiner Sicht die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (noch) nicht rechtfertigen.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH hatte daher in erster Linie die Frage zu beantworten, in welchem Ausmaß Kenntnis von der Wahl des Vergabeverfahrens (als bei der Direktvergabe einzige nach außen tretende und damit gesondert anfechtbare Entscheidung) bzw. der Vergabe überhaupt bestehen muss, um zur Bekämpfung der Entscheidung eines öffentlichen AG die Erhebung eines Nachprüfungsantrags (anstelle eines Feststellungsantrags) erforderlich zu machen.

Zunächst verwies der VwGH darauf, dass ein Feststellungsantrag unzulässig ist, wenn ein Nachprüfungsantrag hinsichtlich des behaupteten Rechtsverstoßes hätte erhoben werden können. Ob ein Verstoß gegen Vergabevorschriften in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, richtet sich jeweils nach den konkreten Umständen des Verfahrens.

Im ggst. Fall folgte der VwGH den Ausführungen des Revisionswerbers, wonach aus der an der Amtstafel angeschlagenen Einladung zur Gemeinderatssitzung weder die Vergabe der Planung für Neu- und Umbau der Kinderkrippe bzw. des Kindergartens noch das gewählte Vergabeverfahren hervorgingen.

Nach Ansicht des VwGH lässt sich aus dem Tagesordnungspunkt „Beschlussfassung über die Vergabe der Bauleitung für Erweiterung Kinderkrippe u. Neubau Kindergarten“ weder erkennen, dass über die Vergabe des Planungsauftrags entschieden werden sollte, noch welches Vergabeverfahren gewählt wurde.

Dass der Revisionswerber am 28.12.2017 ein Schreiben an die AG richtete, in dem er fragte, ob es bereits eine Ausschreibung für die Planungsleistungen bzw. einen Wettbewerb gebe und, wenn dem nicht so sei, ob die Ausschreibung der Leistung durch eine freihändige Vergabe im Rahmen der Gemeinderatssitzung erfolgen solle, vermag nichts an seiner mangelnden Kenntnis über die (tatsächliche) Entscheidung der AG hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens zu ändern.

Ganz im Gegenteil: Der Revisionswerber warf nach Ansicht des VwGH lediglich Fragen auf.

Schlussfolgerung:

Der VwGH führte daher - unter Hinweis auf seine stRsp. zu den Anforderungen an die Bekanntmachung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in Hinblick auf die Möglichkeit der Kenntniserlangung - aus, dass im ggst Fall der rechtliche Schluss - wonach der Revisionswerber durch die kundgemachte Tagesordnung bereits vor der Beschlussfassung über die Vergabe des Auftrags Kenntnis von der geplanten Direktvergabe der Planungsleistungen hätte haben können - nicht gezogen werden kann.

Die Einbringung eines Nachprüfungsantrag war dem Revisionswerber sohin nicht möglich.

Der VwGH kam daher zum Ergebnis, dass der angefochtene Beschluss aufgrund der nicht nachvollziehbaren Folgerungen des LVwG Tirol zur Kenntnis der geplanten Direktvergabe (als gesondert anfechtbare Entscheidung) wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben ist.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 03 -März 2022

VwGH: Antrag auf Feststellung unzulässig? Anforderungen an die für ein Nachprüfungsverfahren erforderliche Kenntnis von der Wahl des Vergabeverfahrens

Autoren: Gregor Stickler/ Petra Haigner, Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH

WEGFALL DER VORAUSSETZUNGEN DER INHOUSE-VERGABE; EuGH

EuGH vom 12.05.2022, GZ: Rs C-719/20

Leitsatz:

Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe müssen sowohl zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe als auch während der gesamten Vertragsdauer gegeben sein.

Rechtlicher Kontext:

Inhouse-Vergaben unterliegen nicht dem BVergG. Eine solche liegt gemäß § 10 Abs 1 Z 1 BVergG vor, wenn

- der öffentliche AG über den AN eine ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt,
- mehr als 80 % der Tätigkeiten des kontrollierten AN der Ausführung der Aufgaben, mit denen er vom AG betraut wurde, dienen und
- keine über eine nicht beherrschende private Kapitalbeteiligung vorliegt.

Sachverhalt:

Die italienische Gemeinde „Comune di Lerici“ übertrug im Jahr 2005 Leistungen der kommunalen Abfallbewirtschaftung an die AG „ACAM“, an der ausschließlich sie und andere Gemeinden beteiligt waren. Diese wiederum beauftragte die in ihrem Alleineigentum stehende „ACAM Ambiente“ mit der Erbringung dieser Leistungen. Der EuGH ging diesbezüglich von einer zulässigen Inhouse-Konstellation aus.

Die ACAM gelangte im Jahr 2013 in wirtschaftliche Turbulenzen und sollte mit einer anderen Gesellschaft mit öffentlicher Beteiligung verschmolzen werden. Diesbezüglich führte die ACAM eine öffentliche Ausschreibung durch, aus dem die „IREN“ als Bestbieterin hervorging. Die Gemeinden übertrugen ihre Anteile an der ACAM an die IREN und sollten im Gegenzug im Rahmen einer Kapitalerhöhung Anteile an der IREN erhalten.

Aufgrund diverser Unstimmigkeiten zwischen den Gemeinden kam es allerdings nicht zur Kapitalerhöhung. Die IREN setzte die Erbringung der Abfallbewirtschaftungsleistungen über die - nunmehr - in ihrem Alleineigentum stehende ACAM Ambiente fort, was einige Jahre später zu einer vergabegerichtlichen Auseinandersetzung führte.

Letztendlich musste der EuGH die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung des Inhouse-vergebenen Auftrags prüfen.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH prüfte das Vorliegen der Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe in der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Konstellation. Weil weder die Comune di Lerici, noch die übrigen Gemeinden mehr an der Auftragnehmerin IREN beteiligt waren und

sie keine wie auch immer geartete Kontrolle über diesen Rechtsträger ausüben konnten, verneinte der EuGH einen Inhouse-Tatbestand.

Er betonte dabei, dass aufgrund der Satzung der IREN außerdem die Möglichkeit einer hohen privaten Beteiligung bestand. Die ins Treffen geführte öffentliche Ausschreibung des Umstrukturierungsprozesses der ACAM konnte laut EuGH nichts am Fehlen der Inhouse-Voraussetzungen ändern. Das ursprünglich Inhouse-vergebene Vertragsverhältnis durfte daher - so der EuGH - nicht weiter aufrechterhalten werden.

Schlussfolgerung:

Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe müssen sowohl zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe als auch während der gesamten Vertragsdauer gegeben sein. Aus diesem Grund sollten öffentliche AG bei nachträglicher Abänderung dieser Kriterien die Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe (erneut) prüfen.

Dieses Problem betrifft in erster Linie Dauerschuldverhältnisse, wie etwa langjährige Dienstleistungsverträge.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

EuGH: Unmöglichkeit der späteren Leistungserbringung darf im Vergabeverfahren nicht geprüft werden - 14.12.2021

FEHLERHAFTHE ANGABEN ZU REFERENZPROJEKTEN; LVwG Wien

LVwG Wien vom 4.01.2022, GZ: VGW-123/046/16043/2021

Leitsatz

Mängel sind dann als unbehebbar zu qualifizieren, wenn sie nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können.

Rechtlicher Kontext:

Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebots den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen.

Sachverhalt:

Die öffentliche AG führte ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags im USB durch. Die Bekanntmachung erfolgte am 20.07.2021. Die Vergabe der ggst. Leistung erfolgte nach dem Bestangebotsprinzip. Die Bewertung der Angebote erfolgte nach folgenden Zuschlagskriterien:

- Preis,
- Bauleiter für die Leistungserbringung,
- Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Zum Qualitätskriterium (Bauleiter für die Leistungserbringung) wurde u.a. die Dauer der durchgehenden Tätigkeit als Bauleiter bei einem konkreten Projekt bewertet.

Am 2.11.2021 übermittelte die AG die Zuschlagsentscheidung, welche die ASt anfocht. Die ASt führte im Wesentlichen aus, dass ihr Angebot im Zuge der Angebotsbewertung zu wenig Qualitätspunkte erhalten habe. Im Zuge der Angebotslegung habe die ASt fälschlich angegeben, dass die Bauleitertätigkeit bei dem von ihr genannten Referenzprojekt im Dezember 2015 geendet habe. Die ASt habe diese falsche Angabe zwar nach Ende der Angebotsfrist, aber noch vor der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung korrigiert und als Projektende September 2016 angegeben, weshalb das Angebot der ASt mit der vollen Punktezahl zu bewerten sei.

In den Ausschreibungsunterlagen war zum Qualitätskriterium „Bauleiter für die Leistungserbringung“ Folgendes bestandfest festgelegt:
„Angaben zur durchgehenden Tätigkeit als Bauleiter bei einem konkreten Projekt sind in Referenznachweis-Bauleiter angeführt und nachgewiesen“.

Weiters war im von den Bietern auszufüllenden Formblatt Folgendes bestandfest festgelegt:
„Die Nachweise, mit dem Namen des Bauleiters und dem zugehörigen Referenzprojekt, müssen mit dem Angebot abgegeben werden. Andernfalls

können aus diesem Titel keine Punkte für das Bestbieterkriterium Bauleiter für die Leistungserbringung angerechnet werden.“

Entscheidungssätze:

Laut LVwG Wien waren die Ausschreibungsfestlegungen aus der Sicht eines verständigen Bieters so zu verstehen, dass im Qualitätskriterium „Bauleiter für die Leistungserbringung“ nur dann Punkte zu vergeben waren, wenn bereits mit dem Angebot der Name des Bauleiters angegeben und das zugehörige Referenzprojekt bekannt gegeben wurde. Welche Angaben konkret bekannt zu geben waren, ergab sich aus den in der Ausschreibung vorgesehenen Formblättern. Mit dem Angebot war daher auch die „Zeit der Leistungserbringung“ zum Referenzprojekt anzugeben.

Das LVwG Wien betonte zudem: *Auch wenn die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen eine nachträgliche Änderung der Daten betreffend die Angabe „Zeit der Leistungserbringung“ zulassen würden, würde dies gegen den Grundsatz des Verbots einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung verstoßen.*

Das LVwG Wien verwies auf die stRsp des VwGH, wonach Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, die nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können (VwGH vom 26.02.2003, GZ: 2001/04/0037).

Der VwGH zieht die Grenze zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebots bestehen kann (VwGH vom 25.02.2004, GZ: 2003/04/0186). Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebots den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen.

Das LVwG Wien hielt fest, dass *„fehlerhafte Angaben im Angebot (Mängel), die unmittelbar Auswirkungen auf die Angebotsbewertung haben, einer Verbesserung nicht zugänglich sind, weil dies zwangsläufig mit einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung verbunden wäre. Anders als etwa bei Angaben, welche die Erfüllung von Mindestkriterien betreffen, und deren Behebung nach Ablauf der Angebotsfrist lediglich das Nichtausscheiden des Angebots, aber keine Änderung von dessen Bewertung und daher keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters zur Folge hat, bewirkt die ggst. vorgenommene Änderung bei den Angaben über die Frist zur Leistungserbringung im Referenzprojekt unmittelbar eine höhere Punktebewertung des Angebots der ASt und verbessert damit ihre Wettbewerbsstellung“.*

Schlussfolgerung:

Wenn man von einer Verbesserungsfähigkeit ausgehen würde, müsste jedem Bieter auch die Möglichkeit gegeben werden, den Angebotspreis nach

Angebotseröffnung zu senken, wenn er etwa vorbringt, in seinem Angebot „fälschlich“ von zu hohen Baustellengemeinkosten ausgegangen zu sein, so das LVwG Wien.

Die bewertungsrelevanten Qualitätskriterien sind daher gleich wie die Preiskriterien zu behandeln. Jede „Nachbesserung“ eines bewertungsrelevanten Qualitätskriteriums führt zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung des Bieters und dadurch zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung.

Der Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde daher abgewiesen.

Quelle:

ZVB - Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Ausgabe 04 - April 2022

VGW: Sind fehlerhafte Angaben zu bewertungsrelevanten Referenzprojekten verbesserbar?

Autoren: Mag. Hannes Pesendorfer/ Merita Tahiri-Krasniqi; Schramm Öhler-Rechtsanwälte GmbH

AUSGLEICH VON WETTBEWERBSVORTEILEN; VwGH

VwGH vom 25.01.2022, GZ: Ra 2021/04/0229

Leitsatz

Um den Wettbewerbsvorteil der bisherigen Lieferantin auszugleichen, musste diese bei der Neuausschreibung „fiktive Angebotskosten“ in das Angebot einkalkulieren. Der VwGH erklärt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Festlegung zulässig ist.

Rechtlicher Kontext:

Das BVergG 2018 fordert eine nicht diskriminierende Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen; die darin festgelegten Anforderungen müssen sachlich gerechtfertigt sein. Wettbewerbsvorteile können sich aber auch aus tatsächlichen Gegebenheiten ergeben. Insbesondere bei Folgeaufträgen können bisherige Dienstleister durch bereits erlangtes Know-How oder bestehende Infrastruktur gegenüber Mitbewerbern im Vorteil für den Folgeauftrag sein.

Der VwGH befasste sich mit der Frage, ob AG diesen Vorteil mit Kalkulationsfiktionen ausgleichen dürfen.

Sachverhalt:

Die AG führte ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Hygieneartikeln wie Papierhandtüchern und Seifen sowie jeweils dazu passenden Spendern durch. Eine Herausforderung bei der Gestaltung der Ausschreibung bestand darin, dass bei der AG noch die Spender der bisherigen AN montiert waren. Diese konnten auch noch für den Folgeauftrag genutzt werden - aus technischen und rechtlichen Gründen allerdings nur durch die bisherige AN.

Die AG erlaubte daher die Weiternutzung der bisherigen Spender. Um den Wettbewerbsvorteil der bisherigen AN auszugleichen, verpflichtete sie die Bieter, die bestehenden Spender weiternutzen, dafür aber im Angebot fiktive Kosten für den Austausch der Spender einzukalkulieren. Diese fiktiven Kosten waren freilich nur für die Angebotsbewertung relevant und im Auftragsfall nicht abzugelten.

Die bisherige AN fühlte sich durch diese Festlegung diskriminiert, focht die Ausschreibung an und stellte konkret die Zulässigkeit von „fiktiven Angebotskosten“ in Frage.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH erkannte in der angefochtenen Festlegung keine Vergaberechtswidrigkeit. Die AG habe Hygieneartikel und Spender gemeinsam ausgeschrieben und ein System gewählt, das allen Bietern eine gleiche Ausgangsposition für die Kalkulation der Preise gewährleistet. „Die Bewertung des Gesamtpreises gründet sich - unabhängig von der den einzelnen Bieter betreffenden Rechtsposition hinsichtlich der vorhandenen Spender - nach einer für alle gleichen Ausgangsposition hinsichtlich der Lieferung der Spender und deren Montage.“

Der VwGH hat bereits in seiner Entscheidung vom 1.02.2017, GZ: Ro 2016/04/0054, eine vergleichbare Vorgehensweise des dortigen AG als - vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Anforderungen an eine Gleichbehandlung der Bieter - vertretbar angesehen“.

Aus diesem Grund wies er die Revision der ASt zurück.

Schlussfolgerung:

Die gebotene Gleichbehandlung aller Bieter rechtfertigt im Einzelfall spezielle Ausgleichsmaßnahmen in der Ausschreibung. Öffentliche AG können daher in der Ausschreibung die Kalkulation mit fiktiven Angebotskosten fordern, wenn dies die Gleichbehandlung der Bieter sicherstellt und dies keinem Bieter einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschafft.

Quelle:

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

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

VwGH: Diskriminierung zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen - 5.07.2022

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 alle Geschlechter!