



# WIRTSCHAFTS RECHT

## AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL IV

STAND: JÄNNER 2014

# INHALT

## Inhalt

ANZAHL DER VERBESSERUNGSMÖGLICHKEITEN .....	3
BEST- ODER BILLIGSTBIETERPRINZIP .....	4
FESTLEGUNG DER VERFAHRENSART .....	5
PRÄKLUSION .....	7
INFORMATIONSPFLICHT DES BIETERS.....	8
SPEKULATIVE PREISGESTALTUNG .....	10
RÜGEPFLICHT DES BIETERS BEI DER ANGEBOTSÖFFNUNG.....	11
DOKUMENTATIONSPFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS .....	13
GEWERBERECHTLICHE NEBENRECHTE.....	14
VERWEIS AUF NEBENRECHTE .....	15
BEGRÜNDUNGSTIEFE DER ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG.....	16
BERECHNUNG DES GESCHÄTZTEN AUFTRAGSWERTES .....	18
ANFECHTUNGSFRIST EINER BERICHTIGUNG .....	19
PREISAUFSCHLAGS- / PREISNACHLASSVERFAHREN.....	20
FEHLENDER SUBUNTERNEHMER .....	21
WECHSEL VON LOS- ZU GESAMTVERGABE .....	23
KOSTENERSATZFORDERUNG EINES BIETERS .....	25
FEHLER DER BEWERTUNGSKOMMISSION.....	28
ANFECHTUNG BERICHTIGTER AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN.....	29
NICHT AUSGEPREISTES VARIANTENANGEBOT .....	30
AUSNAHME VON DER AKTENEINSICHT .....	31
WECHSEL DER VERFAHRENSART.....	32
MITWIRKUNGSPFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS.....	33
GLEICHWERTIGKEIT VON PRODUKTEN .....	34
ANTRAGSLEGITIMATION IM VERGABEKONTROLLVERFAHREN.....	36
RUNDSCHREIBEN DES BUNDESKANZLERAMT-VERFASSUNGSDIENSTES .....	37
UMGEHUNG DES VERGABERECHTS .....	38
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:.....	40

# ANZAHL DER VERBESSERUNGSMÖGLICHKEITEN

BVA vom 15.03.2013, N/0009-BVA/03/2013-22

## **Leitsatz:**

Das BVA hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, wie oft ein Auftraggeber den Bieter zur Verbesserung auffordern darf.

## **Sachverhalt:**

Der Entscheidung lag ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich (USB) über die Datennetzverkabelung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 5 Unternehmen nach dem Billigstbieterprinzip zu Grunde.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die präsumtive Billigstbieterin vom AG zur Vorlage fehlender Unterlagen aufgefordert und kam dieser Aufforderung auch fristgerecht nach.

Einer neuerlichen Aufforderung betreffend weiterer noch fehlender Unterlagen, kam die präsumtive Billigstbieterin allerdings nur in 9 von 11 Punkten nach, weshalb sie von der AG nochmals zur Nachreichung dieser noch nicht vorgelegten Unterlagen aufgefordert wurde.

## **Entscheidungsätze:**

Das BVA hat dazu ausgeführt, dass die AG bei Unklarheiten oder Mängeln vom Bieter gemäß § 126 Abs 1 eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangen kann.

Dieses schriftliche Aufklärungsersuchen ist *„bei hinreichend präziser Formulierung und ausreichender Spezifizierung nach herrschender Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter grundsätzlich nur einmal vorzunehmen.“*

Das BVA schließt aber nicht aus, dass der AG bei einem *„vielschichtigen, nicht nachvollziehbaren Mangel“* den Bieter zur Klärung von Widersprüchen auch mehrmals zur Verbesserung auffordern darf.

Bei einer klaren und unmissverständlichen Aufforderung zur Vorlage von konkreten Unterlagen - so wie im gegenständlichen Fall - hat der AG das Angebot aber auszuschneiden, wenn der Bieter die Nachweise nicht fristgerecht vorlegt, da die Möglichkeit einer weiteren Mängelbehebung *„im Widerspruch zu den in § 19 Abs 1 festgelegten Grundsätzen des lautereren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter“* stünde (vgl. BVA 20.12.2007, N/0110-BVA/02/2007-43; BVA 16.12.2011, N/0112-BVA/10/2011-32).

Das BVA entschied daher, dass das Angebot der präsumtiven Billigstbieterin auf Grund der wiederholten Mängelbehebung ausgeschieden hätte werden müssen.

## **Schlussfolgerung:**

Der erkennende Senat folgt damit jener Judikaturlinie des BVA, die nur unter bestimmten Voraussetzungen eine mehrmalige Aufforderung zur Verbesserung ermöglicht (vgl. etwa BVA 16.12.2011, N/0112-BVA/10/2011-32; BVA 23.11.2011, N/0104-BVA/14/2011-41; BVA 20.06.2007, N/0050-BVA/04/2007-41).

## BEST- ODER BILLIGSTBIETERPRINZIP

UVS Kärnten vom 19.01.2013, KUVS-2522/17/2011

### **Leitsatz:**

Der UVS Kärnten hat eine Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, weil entsprechend den Ausschreibungsunterlagen der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden sollte, wobei aus der Ausschreibung auch hervorging, dass als Bestbieter jener Bieter mit dem niedrigsten Preis angesehen würde.

### **Sachverhalt:**

Gegenständlich wurde die Lieferung einer Beschneiungsanlage als Bauauftrag im USB ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen wurde das Zuschlagskriterium „Preis“ mit 100 % gewichtet.

Obwohl sie das Angebot mit dem billigsten Preis gelegt hatte, erhielt die Antragstellerin nicht den Zuschlag.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde zwar festgelegt, dass die Zuschlagserteilung an den Bestbieter, entsprechend den angeführten Zuschlagskriterien erfolgen werde (wobei die Gewichtung bei 100 % Preis, 0 % Qualitätssicherung und 0 % Firmenstandort lag), in den Ausschreibungsunterlagen wurde jedoch auch festgelegt, dass der Bestbieter jener mit dem niedrigsten Preis sein werde (aufgrund der Gewichtung mit 100%).

### **Entscheidungssatz:**

Nach Ansicht des UVS Kärnten sollte daher das Angebot mit dem billigsten Preis auch den Zuschlag erhalten. Die Zuschlagsentscheidung des AG hat somit den Vorgaben in der Ausschreibung eindeutig widersprochen und war daher für nichtig zu erklären.

### **Schlussfolgerung:**

Obwohl diese Ansicht folgerichtig erscheint, könnte darin ein Widerspruch zur Rechtsprechung des VwGH zu sehen sein:

Der VwGH entschied in einem Erkenntnis vom 01.10.2008, Zl: 2004/04/0237, dass „in Fällen in denen sich der AG bestandsfest auf das „Bestbieterprinzip“ festgelegt hat, eine Bestbieterermittlung aber mangels konkret aufgestellter Zuschlagskriterien aber gar nicht durchführen kann, das Bestbieterprinzip nicht in das Billigstbieterprinzip umgedeutet werden kann“.

Für eine derartige „Zweifelsregel“ biete das BVergG nach Ansicht des VwGH keine Grundlage und es würde dies auch dem Grundsatz der Transparenz widersprechen.

Zwar waren in dem vor dem VwGH behandelten Fall (im Gegensatz zur gegenständlichen Entscheidung) gar keine Zuschlagskriterien festgelegt, der VwGH sprach jedoch auch aus, dass auch rechtliche Gründe wie beispielsweise ein fehlendes, ungeeignetes oder rechtswidriges Bestbieterermittlungsschema den AG zum Widerruf verpflichten würden.

## FESTLEGUNG DER VERFAHRENSART

UVS Kärnten vom 19.01.2013, KUVS-2522/17/2011

### **Leitsatz:**

Der UVS Kärnten hat sich in dieser Entscheidung auch mit der Frage auseinander gesetzt ob die Wahl der Verfahrensart präkludieren kann.

### **Sachverhalt:**

Gegenständlich wurde die Lieferung einer Beschneigungsanlage als Bauauftrag im Unterschwellenbereich (USB) ausgeschrieben und dabei ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im USB durchgeführt

Hätte man die Lieferung der Beschneigungsanlage als Lieferauftrag qualifiziert, hätte der Auftrag im OSB ausgeschrieben werden müssen.

### **Entscheidungssätze:**

*„Hinsichtlich des Umstandes, dass die Antragstellerin darauf hingewiesen hat, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag nicht um einen Bauauftrag, sondern um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handeln würde, hat der UVS Kärnten darauf verwiesen, dass der gegenständliche Auftrag in der Ausschreibung ausdrücklich als Bauauftrag im Unterschwellenbereich ausgeschrieben wurde und aufgrund dessen auch das Vergabeverfahren in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gewählt wurde.“*

*Diese Ausschreibung wurde nicht innerhalb der im Kärntner Vergaberechtschutzgesetz normierten Frist bekämpft, sodass die Ausschreibung bestandfest geworden ist (VwGH vom 1.10.2008, 2004/04/0237).“*

### **Schlussfolgerung:**

Geht man davon aus, dass tatsächlich ein Lieferauftrag im OSB ausgeschrieben hätte werden müssen, könnte die Entscheidung des UVS Kärnten allerdings im Widerspruch zur Rechtsprechung des VwGH stehen.

Der VwGH hat nämlich in einem Erk. festgestellt, dass es Bereiche gibt, die nicht der gestaltenden Festlegung der AG unterliegen und folglich auch nicht präkludieren können.

In diesem Erkenntnis vom 17.04.2012, Zl: 2008/04/0112, sprach der VwGH zwar zunächst aus, dass sich *„die Anfechtbarkeit von Entscheidungen danach richtet, welches Verfahren von der Auftraggeberin tatsächlich gewählt und durchgeführt wird.“*

*Bleibt die (allenfalls falsche) Wahl des Vergabeverfahrens unangefochten, wird diese Entscheidung bestandskräftig; der weitere Ablauf des Verfahrens hat sich dann nach dieser (nicht mehr angreifbaren) Wahl zu richten.“*

Allerdings können laut VwGH die (grundsätzliche) Anwendbarkeit des BVergG 2006 und der darin vorgesehene Rechtsschutz nicht beseitigt werden.

Die Anwendbarkeit des BVergG 2006 an sich sowie die Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden entziehen sich daher einer gestaltenden Festlegung durch die AG. Eine solche kann daher auch nicht bestandfest werden.

Durch die Entscheidung, das gegenständliche Vergabeverfahren anstatt im Oberschwellen- im Unterschwellenbereich durchzuführen, wurden die Anfechtungsfristen verkürzt.

Sofern daher der Rechtsschutz / die Rechtssicherheit beeinträchtigt wird, könnte - unter Hinweis auf das zitierte Erk. des VwGH - auch die Meinung vertreten werden, dass eine solche „falsche“ Wahl der Verfahrensart nicht präkludiert.

# PRÄKLUSION

BVA vom 28.06.2012, N0058-BVA/13/2012-16

## **Leitsatz:**

Das Bundesvergabeamt hatte als Vorfrage in einem Nachprüfungsverfahren gegen eine Ausscheidensentscheidung zu entscheiden, um welche Art von Vergabeverfahren es sich laut Ausschreibung handelt und stellte fest:

*„Die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen sind zwar widersprüchlich. Sie sind jedoch von der Antragstellerin nicht zeitgerecht angefochten worden und damit bestandfest geworden.“*

## **Sachverhalt:**

In den Ausschreibungsunterlagen zur Beschaffung einer Stickstoffbegasungsanlage wurden unterschiedliche Angaben zur Verfahrensart gemacht.

Es war daher nicht klar, ob es sich um eine „Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung“ oder um ein „Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im USB“ handelte.

## **Entscheidungssätze:**

Um welche Verfahrensart es sich tatsächlich handelt, hat das BVA so aufgelöst:

*„Bei der Prüfung, im Wege welcher Art des Vergabeverfahrens die Vergabe des gegenständlichen Auftrages zu erfolgen hat, sind etwaige Widersprüche in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen soweit wie möglich durch Interpretation aufzulösen.“*

Das BVA kam bei seiner Interpretation der Ausschreibungsunterlagen zu dem Ergebnis, dass es sich um eine Direktvergabe handelte. Es wies daher den Nachprüfungsantrag betreffend die Ausscheidensentscheidung mit der Begründung ab, dass die einzige gesondert anfechtbare Entscheidung bei einer Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens sei.

## **Schlussfolgerung:**

Aus Rechtsschutzerwägungen könnte diese Entscheidung bedenklich sein.

Um seinen Rechtsschutz zu wahren, müsste ein Bieter vorab die widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen (richtig interpretieren, um dann von den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen.

Dies ist für Bieter aber gerade bei in der Außendarstellung so ähnlichen Verfahren wie einer Direktvergabe und einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nur sehr schwer möglich.

## INFORMATIONSPFLICHT DES BIETERS

BVA vom 12.12.2012, N/0099-BVA/08/2012-72 und N/0100-BVA/08/2012-56

### **Leitsatz:**

Gemäß § 13a AVG hat die Behörde Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, hinsichtlich ihrer Verfahrenshandlungen anzuleiten und sie *„über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren.“*

Wo die Grenzen dieser Manduktionspflicht liegen und was der Antragsteller dabei selbst beachten muss, zeigt die gegenständliche Entscheidung des BVA.

### **Sachverhalt:**

Der in Deutschland ansässigen Antragstellerin wurde zeitgleich die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zugestellt.

Da ihr ständiger Rechtsvertreter wegen Urlaubs nicht erreichbar war, nahm sie kurz vor Ende der Anfechtungsfrist Kontakt mit dem BVA auf, um sich über die geeignete Vorgangsweise zu informieren.

Am letzten Tag der Frist brachte die ASt einen Nachprüfungs-antrag *„auf Nichtigkeit der Ausscheidensentscheidung“*, der auch einen inhaltsleeren Antrag auf Erlassung einer eV enthielt, ein und legte auf Verlangen des BVA auch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vor.

Daraufhin nahm der Senatsvorsitzende mit der ASt Kontakt auf und manuduzierte sie, dass auch ein Antrag auf *„Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung“* gestellt hätte werden müssen.

Da die Anfechtungsfrist jedoch bereits abgelaufen sei, müsse ein Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt werden. Auch hinsichtlich des inhaltsleeren eV-Antrags wurde die ASt über übliche zu stellende Sicherungsbegehren zur Bewirkung einer Zuschlagssperre informiert.

Noch am selben Tag brachte die ASt einen Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein.

Der von der ASt ebenfalls eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung wurde - nach Aufforderung zur Verbesserung - von ihr damit begründet, dass ihr ständiger Rechtsbeistand auf Urlaub gewesen wäre und ein Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in den Telefonaten mit dem BVA nicht konkret angesprochen wurde.

### **Entscheidungssätze:**

Das BVA wies den Wiedereinsetzungsantrag ab und stellte fest, dass die ASt bei Beteiligung an einem österreichischen Vergabeverfahren bereits ab Beginn der Vergabeverfahrensteilnahme verpflichtet gewesen wäre, sich über Rechtsbehelfe gegen nachteilige Auftraggeberentscheidungen in Österreich zu informieren.



Wenn sie daher „die einschlägigen Anfechtungsfristen nicht kannte, stellt die Versäumung der Frist, kombiniert mit offenerer Unkenntnis des Anfechtungssystems daher auch kein unvorhergesehenes bzw. unabwendbares Ereignis dar.“

Nach Ansicht des BVA liegt auch ein Verschulden vor, da man sich betreffend seiner (beruflichen) Tätigkeiten über das einschlägige Recht zu informieren hat und es der ASt „auf Basis des Rechts in ihrem Heimatstaat nicht wesensfremd sein konnte, dass im Nachprüfungsbereich idR rasch gehandelt werden muss.“

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war somit als verspätet zurückzuweisen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde inhaltlich zwar behandelt, aber abgewiesen.

# SPEKULATIVE PREISGESTALTUNG

BVA vom 19.11.2012, N/0094-BVA/03/2012-19

## **Leitsatz:**

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist.

## **Sachverhalt:**

Die AG führte ein offenes Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Beschaffung von Bauleistungen durch und legte den Bietern ein Leistungsverzeichnis zur Auspreisung vor. Dabei war von Einheitspreisen auszugehen.

Die ASt preiste bei der Erstellung ihres Angebots 19 Positionen des Leistungsverzeichnisses mit € 0,00 aus. Im Zuge der Angebotsprüfung forderte die AG die ASt - u.a. - zur Aufklärung sämtlicher € 0,00-Positionen auf.

Die ASt gab im Hinblick auf die € 0,00-Positionen an, dass diese von ihr entweder in der vorher angeführten Position oder in einer anderen Position eingerechnet seien oder aber in einem Gesamtzuschlag aller Positionen berücksichtigt seien. Dennoch schied die AG das Angebot der ASt in weiterer Folge aus.

Die ASt brachte daraufhin gegen das Ausscheiden ihres Angebotes beim BVA einen Nachprüfungsantrag ein.

## **Entscheidungsätze:**

Das BVA wies den Antrag der ASt ab und begründet seine Entscheidung mit der herrschenden Rechtsprechung zu Mischkalkulationen, die besagt, dass Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den einzelnen Leistungspositionen vornehmen dürfen.

*„Ein Angebot, in dem einzelne Leistungen bzw. Nebenleistungen in die Einheitspreise anderer Leistungspositionen einkalkuliert worden sind, widerspricht den Ausschreibungsunterlagen und ist daher auszuschneiden.“*

## **Schlussfolgerung:**

Die Einrechnung einzelner Positionen in andere Leistungspositionen ist laut herrschender Rechtsprechung unzulässig und führt daher zum Ausscheiden eines derartigen Angebotes.

# RÜGEPFLICHT DES BIETERS BEI DER ANGEBOTSÖFFNUNG

UVS OÖ vom 20.12.2012, VwSen-550610/8/Kü/Ba VwSen-550612/2/Kü/Ba

## **Leitsatz:**

In dieser Entscheidung beschäftigte sich der UVS OÖ mit der Rügepflicht von Bietern bei der Angebotsöffnung in einem offenen Verfahren.

Im scheinbaren Gegensatz zu der bisherigen (älteren) Rechtsprechung verneinte der UVS OÖ im konkreten Fall die Rügepflicht eines Bieters, obwohl bei der Angebotsöffnung ein unrichtiger Gesamtpreis verlesen wurde.

Die Pflichten eines Bieters bei der Angebotsöffnung waren nach der bisherigen Rechtsprechung klar:

*„Anwesende Bieter trifft bei der Angebotsöffnung die Pflicht, im Falle der Nichtverlesung von wesentlichen Teilen ihres Angebotes diesen Umstand unverzüglich und noch während der Angebotsöffnung zu rügen, um eine Berücksichtigung dieses Angebots sicherzustellen (BVA 02.07.1997, N-4/97-17; BVA 09.07.2004, 08N-54/04-84).“*

Selbiges gilt auch, *„wenn ein unrichtiger Preis verlesen wird (BVA 23.01.1998, F-23/97-13).“* Überhaupt haben Bieter *„auf Fehler bei der Verlesung der Angebote aufmerksam zu machen (BVA 10.09.2004, 13N-71/04-38).“*

Ist das Angebot eines Bieters allerdings missverständlich oder kommt eine Unrichtigkeit vor, hat der Bieter die Möglichkeit, dies bei der Angebotsöffnung zu rügen, um deren Berücksichtigung in seinem Sinne zu sichern (BVA 10.09.2004, 13N-71/04-38).

## **Sachverhalt:**

Nach Punkt 1.15 der Ausschreibungsunterlagen (AU) war jeder Bieter verpflichtet, ihm erkennbare Mängel bei der Verlesung der ihn betreffenden Angebotsteile unverzüglich zu rügen.

In Punk 0.6 der Ausschreibungsunterlagen war der Gesamtpreis für Los 1 anzugeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin setzte hier den Betrag von € 10.604,81 ein.

Im Angebotsblatt (Beilage zu den AU) wurde der Gesamtpreis von Los 1 näher beschrieben. Nach dem Angebotsblatt betrug der Gesamtpreis € 129.543,00 (zusammengesetzt aus dem jährlichen Preis für die Unterhaltsreinigung von € 127.359,72 und dem Preis für die Glas- u. Fensterreinigung von € 2.183,28).

Der in Punkt 0.6 eingetragene Preis entsprach genau dem für die Unterhaltsreinigung ausgewiesenen Preis pro Monat (€ 10.604,81).

Im Zuge der Angebotsöffnung wurde als Gesamtpreis für Los 1 der Betrag von € 10.604,81 verlesen. Darüber hinaus wurden unter anderem der Preis für die Unterhaltsreinigung von € 127.359,72 und der Preis für die Glas- und Fensterreinigung von € 2.183,28 verlesen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin rügte den unrichtig verlesenen Gesamtpreis nicht.

Im anschließenden Nachprüfungsverfahren brachte die ASt vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zuschlagsfähig sei, weil der (richtige) Gesamtangebotspreis nicht verlesen wurde und die präsumtive Zuschlagsempfängerin dies im Zuge der Angebotsöffnung auch nicht gerügt hatte.

**Entscheidungssätze:**

Für den UVS OÖ war klar, dass es sich bei der fehlerhaften Angabe des Gesamtpreises um einen Übertragungsfehler handelte.

*„Die unterlassene Rüge des anwesenden Vertreters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der Verlesung der Gesamtvergabesumme widerspricht insofern nicht dem Pkt. 1.15 der Ausschreibungsunterlagen, zumal zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung der tatsächlich verlesene Gesamtpreis auch in Punkt 0.6 des Angebotes ausgewiesen war.*

*Da somit keine falsche Angabe verlesen wurde, war auch der anwesende Vertreter nicht zu einer Rüge verpflichtet.“*

Dem Einwand der ASt, wonach gemäß Pkt. 1.15 der Ausschreibungsunterlagen lediglich der Angebotspreis exkl. USt. sowie wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter verlesen werden, nicht jedoch die tatsächlich im Zuge der Öffnung verlesenen Preise für Unterhaltsreinigung, Zimmerendreinigung und Glas- und Fensterreinigung, begegnete der UVS OÖ dahin gehend, *„dass gerade im Hinblick auf die Zielsetzung der Angebotsöffnung und der Verlesung der Preise eine Vergaberechtswidrigkeit im Vorgehen des AG nicht gesehen werden kann.*

*Gerade die zu viel verlesenen Preise gewährleisteten die Verfahrenstransparenz für sämtliche Bieter und bewirken den Ausschluss von Manipulationsmöglichkeiten nach erfolgter Angebotsabgabe.*

*Insofern steht die Vorgangsweise des Auftraggebers in Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens und kann daher im Ergebnis nicht zur Rechtswidrigkeit der Angebotsöffnung führen.“*

**Schlussfolgerung:**

Diskussionswürdig erscheint vor allem die Argumentation des UVS OÖ zur unterlassenen Rüge des anwesenden Vertreters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Denn laut UVS OÖ handelt es sich bei der fehlerhaften Angabe des Gesamtpreises um einen Übertragungsfehler.

Folgt man dieser Argumentation, würde das bedeuten, dass nur Lesefehler (der Vorleser liest eine andere Zahl vor als im Angebot steht) bei der Angebotsöffnung gerügt werden können bzw. müssen, nicht jedoch sonstige Fehler (z.B. im gegenständlichen Fall der Übertragungsfehler).

Mit anderen Worten:

Es kann bzw. muss zwar die falsche Verlesung des (richtigen) Gesamtpreises gerügt werden, nicht aber die richtige Verlesung eines falschen Gesamtpreises.

# DOKUMENTATIONSPFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

VKS Wien vom 17.01.2013, VKS-145800/12

## **Leitsatz:**

Der AG ist grundsätzlich verpflichtet, alle Schritte und Überlegungen, die zu einer Zuschlagsentscheidung führen, entsprechend zu dokumentieren, insbesondere ob und in welchem Umfang er die Plausibilität von Preisen geprüft hat. Das Transparenzgebot setzt dabei Schriftlichkeit voraus.

## **Sachverhalt:**

Die Bieterin verpflichtete sich im Zuge der Angebotslegung für den Fall, dass ihr angebotenes Produkt nicht gleichwertig sei, das im Leistungsverzeichnis angegebene Leitprodukt zu verwenden.

Der AG prüfte in weiterer Folge die Preisangemessenheit des von der Bieterin angebotenen billigeren Produktes und dokumentierte dies auch entsprechend. Im Zuge dieser Prüfung stellte sich allerdings heraus, dass dieses Produkt nicht gleichwertig war.

Bezüglich des Leitproduktes, zu dessen Verwendung sich die Bieterin im Falle der Nicht-Gleichwertigkeit verpflichtet hatte, fanden sich im Vergabeakt keine schriftlichen Hinweise auf eine Preisangemessenheitsprüfung durch den AG.

Die Zuschlagsentscheidung des AG an die Bieterin wurde von der ASt mit der Begründung angefochten, dass offensichtlich eine Preisangemessenheitsprüfung durch den AG bezüglich des Leitproduktes nicht stattgefunden hat und aus dem Vergabeakt nicht ersichtlich ist.

## **Entscheidungssätze:**

Der VKS Wien erklärte die Zuschlagsentscheidung des AG für nichtig.

Aus der Entscheidung des VKS Wien geht hervor, dass der AG nicht näher geprüft hat, ob die Bieterin in der Lage ist, tatsächlich das Leitprodukt zu liefern und ob bei Lieferung des Leitproduktes der von der Bieterin kalkulierte Gesamtpreis plausibel ist oder nicht.

Obwohl sich der AG in der mündlichen Verhandlung in Hinblick auf die Prüfung der Preisangemessenheit auch auf teilweise mündlich geführte Erhebungen und Nachfragen bei der Bieterin berief, erkannte der VKS Wien diese Prüfschritte nicht an, da sie in der Dokumentation des Vergabeverfahrens nicht ersichtlich (schriftlich festgehalten) waren.

## **Praxistipp:**

Der VKS Wien entschied, dass ausschließlich schriftlich dokumentierte Prüfschritte den Transparenzanforderungen entsprechen und eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung begründen können.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des AG zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2011, RsC 19/00; VKS Wien zuletzt 15.02.2011, VKS 14399/10 u.v.a.).

# GEWERBERECHTLICHE NEBENRECHTE

VwGH vom 2.10.2012, Zl: 2010/04/0018

## **Leitsatz:**

Unternehmer dürfen im Umfang der Nebenrechte auch Leistungen anderer (auch reglementierter) Gewerbe erbringen, für die sie selbst keine Gewerbeberechtigung aufweisen.

## **Sachverhalt:**

Eine AG führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich im Zusammenhang mit dem Neubau eines Sport- und Wellnessbades durch. Dabei waren sowohl Leistungen des reglementierten Gewerbes „Gas- und Sanitärtechnik“, als auch des reglementierten Gewerbes „Elektrotechnik“ ausschreibungsgegenständlich.

Am Verfahren nahm auch ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat der EU teil. Dieses Unternehmen konnte betreffend des Gewerbes „Gas- und Sanitärtechnik“ eine Mitteilung gemäß § 373a Abs 5 Z 2 lit a GewO 1994 vorweisen, wonach keine Beeinträchtigung bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen aufgrund mangelnder Berufserfahrung zu befürchten ist.

Hinsichtlich des Gewerbes „Elektrotechnik“ konnte das Unternehmen die Befugnis durch die Vorlage einer Gewerbeberechtigung aus seinem Heimatstaat nachweisen. Aus diesem Grund nahm der UVS Stmk eine ausreichende Befugnis dieses Unternehmens, unter Hinweis auf die Nebenrechte der österreichischen Gewerbeordnung, an.

## **Entscheidungssätze:**

Der VwGH bestätigte diese Rechtsauffassung des UVS Stmk und entschied, dass die Nebenrechte der österreichischen Gewerbeordnung auch Unternehmern aus anderen Mitgliedstaaten zustehen, obwohl diese ihre Befugnis aufgrund einer Gewerbeberechtigung in ihrem eigenen Mitgliedstaat herleiten.

Der VwGH begründete dies mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

## **Praxistipps:**

Die Nebenrechte des § 32 GewO 1994 idgF haben einen weiten Anwendungsbereich. Die Nebenrechte stehen Unternehmern unabhängig von ihrer Einstufung als Erzeuger, Händler oder Dienstleister zu.

Die Nebenrechte stehen auch den freien Gewerben zu (Unternehmer eines freien Gewerbes dürfen im Umfang der Nebenrechte daher auch Leistungen reglementierter Gewerbe erbringen).

Der VwGH geht nun sogar so weit, dass sich auch Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten auf die Nebenrechte der österreichischen Gewerbeordnung zum Nachweis ihrer Befugnis berufen können.

## VERWEIS AUF NEBENRECHTE

VKS Wien vom 24.01.2013, VKS-12460/12

### **Leitsatz:**

Kein Verweis auf Nebenrecht bei einer getrennten Vergabe von Leistungen.

### **Sachverhalt:**

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, führte ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages - nämlich die Durchführung von Isolierungs- und Brandschutzarbeiten im Zuge des Neubaus des Krankenhauses Nord - durch.

Diese Leistungen waren Gegenstand in einem separaten Vergabeverfahren, das zeitlich nachgereiht zu anderen Losen im Zuge des Neubaus des Krankenhauses Nord durchgeführt wurde.

Die AG erließ die Zuschlagsentscheidung zugunsten einer Bietergemeinschaft, die bereits den Zuschlag in einem zuvor durchgeführten Vergabeverfahren betreffend eines anderen Loses (das Los „Klima, Lüftung“) erhalten hatte.

Sie argumentierte, dass die Befugnis der Bietergemeinschaft gegeben sei, weil die nun zu erbringenden Leistungen als Nebenrechte zu den bereits erbrachten Leistungen im Los „Klima, Lüftung“ erbracht werden könnten.

### **Entscheidungssätze:**

Der VKS Wien verneinte diese Auffassung der AG mit folgender Begründung:

Die Leistungen der Isolierungs- und Brandschutzarbeiten wurden getrennt und nicht gemeinsam mit den Leistungen des Loses „Klima, Lüftung“ ausgeschrieben. Die Bestimmung des § 32 GewO kommt daher schon aus diesem Grund nicht zum Tragen.

Die Isolierungs- und Brandschutzarbeiten sollten nicht nur als „Abschlussarbeiten“ zu den Leistungen des Loses „Klima, Lüftung“, sondern auch zu anderen Losen erbracht werden, die die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht gewonnen hat. Auch aus diesem Grund scheidet ein Verweis auf die Nebenrechte aus.

Darüber hinaus waren auch die Leistungen der anderen Lose noch gar nicht vergeben und erbracht. Die Isolierungs- und Brandschutzarbeiten konnten daher auch aus diesem Grund keine Nebenrechte („Abschlussarbeiten“) sein.

### **Praxistipp:**

Werden Leistungen, die eigentlich Nebenrechte zu anderen Leistungen sein könnten, getrennt von diesen anderen Leistungen vergeben, scheidet ein Verweis auf die Nebenrechte des § 32 GewO 1994 jedenfalls aus.

In diesem Fall ist von den Bietern im Rahmen der Befugnis eine eigene Gewerbeberechtigung in entsprechender Form nachzuweisen.

# BEGRÜNDUNGSTIEFE DER ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG

VwGH vom 9.04.2013, Zl: 2011/04/0224

## **Leitsatz:**

Dass eine Zuschlagsentscheidung ohne Begründung rechtswidrig ist, hat der VwGH bereits in seinem Erkenntnis vom 22.04.2009, Zl. 2009/04/0085, ausgesprochen. In diesem Erkenntnis hat sich der VwGH mit der Frage auseinander gesetzt, wie genau eine Zuschlagsentscheidung seitens des AG begründet werden muss.

## **Sachverhalt:**

Konkret schrieb der AG ein Verhandlungsverfahren über die Vergabe von IT-Dienstleistungen im Oberschwellenbereich aus.

In der Zuschlagsentscheidung wurde vom AG zum Subkriterium „Qualitative Übererfüllung der benannten Service-Experten“ (aus Geheimhaltungsgründen) nur die Summe der erreichten Punkte angegeben.

Es fehlten allerdings nähere Angaben über das Zustandekommen der Benotung der jeweiligen Service-Experten.

## **Entscheidungssätze:**

Im gegenständlichen Fall hat sich die belangte Behörde laut Rechtsauffassung des VwGH nicht in ausreichender Form mit der Frage auseinandergesetzt, ob nur mit Informationen über die Benotung der jeweiligen Service-Experten seitens der Bieter ein begründeter Nachprüfungsantrag möglich war.

Bereits aus diesem Grund wurde der Bescheid aufgehoben und der VwGH musste sich nicht mehr mit der Frage, inwieweit die Begründung aus Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden kann, auseinandersetzen.

## **Praxistipp:**

Entscheidend ist daher zunächst, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

Dies entspricht vor allem auch der Rechtsprechung des EuGH. So hat der EuGH im Urteil vom 28.01.2010, Rechtssache C-406/08 „Uniplex“, Rn 30f, ausgesprochen, dass es für den effektiven Rechtsschutz darauf ankommt, ob der Bieter in die Lage versetzt wird, wirksam einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

Das bedeutet allerdings nicht, dass jedes vom Bieter in der Zuschlagsentscheidung vermisste Begründungselement zur objektiven Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führt.

Abgesehen davon, dass dies auf eine unzulässige Überspannung der Begründungspflicht hinausliefe, weil sich die Forderung nach der Präzisierung einer Begründung beliebig lang fortsetzen ließe, kommt es vielmehr ausschließlich darauf an, ob es dem Bieter auch ohne



Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung des AG einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

# BERECHNUNG DES GESCHÄTZTEN AUFTRAGSWERTES

BVA vom 4.02.2013, N/0117-BVA/14/2012-34

## **Leitsatz:**

Von der rechtsrichtigen Berechnung des geschätzten Auftragswertes (Kostenschätzung) hängt eine Vielzahl von Entscheidungen des AG, die dieser im Zuge der Durchführung eines Vergabeverfahrens zu treffen hat, ab.

In der Praxis gestaltet sich die Berechnung des geschätzten Auftragswertes jedoch häufig schwierig. Das BVA hat in diesem Erkenntnis wichtige Anhaltspunkte dafür festgelegt, wie diese Berechnung rechtsrichtig erfolgen kann.

Demnach sind folgende Vorkehrungen/ Schritte bei der Berechnung zulässig und können eine „*sorgfältige Auftragswertschätzung*“ des AG begründen:

## **Entscheidungssätze:**

Wird zwecks Kostenschätzung zu einem auftraggeberinternen Mitarbeiter ein externer Sachverständiger (beide im konkreten Fall mit abgeschlossenem Studium und jahrelanger einschlägiger Berufserfahrung) beigezogen, sind diese beiden aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer einschlägigen Berufserfahrung zweifellos dazu befähigt, die gegenständliche Kostenschätzung fachkundig vorzunehmen.

Auch die Vorgangsweise, als Basis der Kostenschätzung die in der Vorperiode erzielten Angebotspreise (und nicht die damaligen Schätzkosten) heranzuziehen, ist aus Sicht des BVA nicht zu beanstanden.

Vielmehr ist es laut BVA naheliegend, zur Orientierung in kostenmäßiger Hinsicht eine gleichartige, in jüngster Vergangenheit getätigte Beschaffung heranzuziehen. Das BVA sieht es auch als zulässig an, die in der Vorperiode erzielten Angebotspreise zur Erfassung der allgemeinen Kostensteigerungen (Lohnerhöhungen etc.) um bis zu 5% zu erhöhen (Gleitung, Indexierung).

Aus Sicht des BVA ist es bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes auch zulässig, bei einem „wesentlich größeren“ Leistungsumfang einen Nachlass (im konkreten Fall von 10%) in Abzug zu bringen.

Der Vorgang der Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist nachvollziehbar zu dokumentieren. Für das BVA hat es dabei ausgereicht, dass der AG zur Ermittlung der Kostenschätzung pro Los die jeweiligen Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgepreist hat.

## **Praxistipp:**

Zu beachten ist, dass das BVA im konkreten Fall die Summe aller dieser Maßnahmen als für eine „*sorgfältige Auftragswertschätzung*“ als ausreichend beurteilt hat.

Offen bleibt, ob auch einzelne dieser Maßnahmen ausgereicht hätten.

## ANFECHTUNGSFRIST EINER BERICHTIGUNG

BVA vom 12.04.2013, N/0018-BVA/06/2013-23)

### **Leitsatz:**

Wie lange haben Bieter Zeit, die Berichtigung und Fragenbeantwortung anzufechten, wenn sie mit deren Inhalt nicht einverstanden sind?

### **Sachverhalt:**

Eine Bieterin war der Meinung, sie hätte bis 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist Zeit (§ 321 Abs 4 BVerG). Die AG vertrat hingegen die Ansicht, die Bieterin hätte spätestens 10 Tage ab Bekanntmachung der Berichtigung anfechten müssen (§ 321 Abs 1 BVerG).

### **Entscheidungssätze:**

Das BVA hat ausgesprochen, dass beim offenen Verfahren die Berichtigung und die Fragenbeantwortung nicht unter die gesondert anfechtbare Entscheidung „Ausschreibung“, sondern unter die gesondert anfechtbare Entscheidung „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“ zu subsumieren ist.

Berichtigungen und Fragenbeantwortungen können daher nur in der „normalen“ 10-Tages-Frist ab Bekanntmachung der Berichtigung (§ 321 Abs 1 BVerG) angefochten werden und nicht in der verlängerten Frist für die Anfechtung der Ausschreibung (§ 321 Abs 4 BVerG).

### **Praxistipp:**

Wie sich aus der Bestimmung des § 90 BVerG deutlich ergibt, handelt es sich bei einer Berichtigung um eine bloße Abänderung, nicht aber wie die ASt vermeint, um eine Erneuerung oder Neufassung der gesamten Ausschreibung.

Des weiteren ist die Ausschreibung einer Berichtigung zeitlich jedenfalls vorgelagert.

Aufgrund des unmissverständlichen und abschließenden Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen bleibt daher kein Raum für jene von der ASt geltend gemachten Einordnung der Berichtigung unter den Begriff der Ausschreibung.

## PREISAUFSCHLAGS-/ PREISNACHLASSVERFAHREN

VKS Wien vom 31.01.2013 , VKS-4016/12

### **Leitsatz:**

Der VKS Wien hält an seiner bisherigen Judikatur fest, nach der er die Wahl des Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen als sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene ansieht.

### **Sachverhalt:**

Angefochten wurde eine Ausschreibung der Stadt Wien - Wiener Wohnen, welche die Vergabe von Bauleistungen (Rauchfangsanierungsarbeiten) in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich zum Gegenstand hatte.

Die Antragstellerin hat das in der Ausschreibung gewählte Preisaufschlags-/nachlassverfahren mit der Begründung angefochten, dass grundsätzlich für die gegenständliche Bauleistung das Preisangebotsverfahren zu wählen sei.

Als wesentliches Argument machte sie geltend, dass dieses von der AG gewählte Verfahren das erste Mal für diesen ausgeschriebenen Leistungsgegenstand gewählt wurde und daher nicht die für dieses Verfahren geforderte wiederkehrende und gleichartige Leistung vorlag.

Unter Hinweis auf die höchstgerichtliche Judikatur handle es sich beim gewählten Verfahren um eine Ausnahme, das nur bei häufig wiederkehrenden, gleichartigen Leistungen sowie hinreichender Bekanntheit der Umstände, unter denen diese erbracht werden, zulässig sei.

### **Entscheidungssätze:**

Der VKS Wien hat gerade unter Hinweis auf die von der ASt zitierten Judikatur des VwGH die Wahl des Preisaufschlags-/nachlassverfahren für zulässig erachtet.

Der Umstand, dass die gegenständlichen Arbeiten erstmalig durch die AG ausgeschrieben wurden, ist für den VKS Wien insofern unbeachtlich, da es ausschließlich darauf ankommt, ob die jeweils abgerufenen Leistungen inhaltlich beurteilt als gleichartig und häufig wiederkehrend gewertet werden können.

Genau diese Kriterien sind bei den gegenständlichen Rauchfangsanierungsarbeiten insofern erfüllt, als es sich um Standardleistungen handelt, die bei jedem Rauchfang immer gleich sind.

## FEHLENDER SUBUNTERNEHMER

VKS Wien vom 28.02.2013, VKS-59244/13

### **Leitsatz:**

Ein vom Bieter nicht namhaft gemachter Subunternehmer führt zu einer fehlenden Antragslegitimation dieses Bieters.

### **Sachverhalt:**

Der AG führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung von Trockenbauarbeiten durch. Die Zuschlagsentscheidung wurde am 10.01.2013 den Bietern übermittelt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtete die Antragstellerin ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die ASt brachte im Wesentlichen vor, dass ihr Angebot an zweiter Stelle gereiht worden war und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen spekulativer Preisgestaltung hätte ausgeschieden werden müssen.

Die AG brachte demgegenüber u.a. vor, dass es der ASt an der Antraglegitimation fehle, da deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

### **Entscheidungssätze:**

Der VKS Wien bestätigte das Vorbringen der AG und wies den Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurück. Begründet wurde diese Entscheidung wie folgt:

Nach den allgemeinen Angebotsbestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen haben die Bieter jene Teile der Leistung, die der Bieter für den Fall seiner Beauftragung an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, im Angebot bekannt zu geben und die Subunternehmer genau zu benennen.

Dies gilt für alle Teile und nicht nur für die wesentlichen Teile des Auftrages. In der Leistungsbeschreibung war festgelegt, dass Brandschutz- und Schallschutzprüfungen Leistungsinhalt sind.

Nach den Festlegungen in der Leistungsbeschreibung habe der Bieter demnach Prüfungen vorzunehmen, ob die im Leistungsverzeichnis verlangten, näher definierten Brandschutz- und Schallschutzwerte nach Errichtung der Trockenwände erreicht werden oder nicht und die darüber erstellen Prüfzertifikate einer akkreditierten Prüfanstalt des AG zu übergeben.

Da diese Leistungen von der ASt mangels entsprechender Akkreditierung bzw. Zertifizierung nicht erbracht werden können, wäre die ASt nach Ansicht des VKS Wien gemäß den allgemeinen Angebotsbestimmungen verpflichtet gewesen, diesbezüglich einen (eignungsrelevanten und daher wesentlichen) Subunternehmer namhaft zu machen.

Ein solcher Subunternehmer war von der ASt jedoch nicht namhaft gemacht worden, weshalb deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

**Praxistipp:**

Bevor ein Bieter einen Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung einbringt, sollte er sorgfältig prüfen, ob er tatsächlich ein ausschreibungsgemäßes Angebot gelegt hat.

# WECHSEL VON LOS- ZU GESAMTVERGABE

BVA vom 24.01.2013, N/0113-BVA/12/2012-27

## **Leitsatz:**

In dieser Entscheidung beschäftigte sich das BVA mit der Frage, ob der Wechsel von einer Los- zu einer Gesamtvergabe die Grenze der zulässigen Berichtigung einer Ausschreibung gemäß § 90 BVergG überschreitet und den zwingenden Widerruf der Ausschreibung zur Folge hat.

## **Sachverhalt:**

Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Auftraggeber Mobilfunkleistungen im Wege eines offenen Verfahrens in Form einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

Die ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen sahen eine Aufteilung des Auftrages in drei Lose (mit einem Auftragswert von jeweils € 13 Mio) vor, wurden jedoch durch den AG mehrfach angepasst.

Die 3. Berichtigung führte zur Streichung eines Loses und zur ungeteilten Vergabe der zwei weiteren Lose, sodass letztlich statt der ursprünglich geplanten Losvergabe eine Gesamtvergabe vorlag.

Aufgrund der berichtigen Ausschreibungsunterlagen, die nun die Unzulässigkeit von Teilangeboten vorsahen, konnte die Rahmenvereinbarung nicht mehr mit mehreren Unternehmen, sondern nur noch mit dem Bestbieter abgeschlossen werden.

## **Entscheidungssätze:**

Das BVA entschied, dass der Wechsel der Los- zur Gesamtvergabe zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung führte und erklärte die Ausschreibungsunterlagen in der berichtigen Form für nichtig.

Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit ließ sich das BVA insbesondere von folgenden zwei Kriterien leiten:

Einerseits kann „der „fliegende Wechsel“ von einer Los- zur Gesamtvergabe den Ausgang des Vergabeverfahrens im Hinblick auf die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wesentlich beeinflussen.

Nach Ansicht des BVA macht es eben einen relevanten Unterschied, ob aus einer Ausschreibung drei verschiedene Unternehmen jeweils ein Los mit einem Auftragswert von ca. € 13 Mio „gewinnen“, oder ein Unternehmen die gesamte geschätzte Auftragssumme von ca. € 39 Mio lukriert.

Andererseits ist infolge der Umstellung von Los- auf Gesamtvergabe mit der 3. Berichtigung ein neues Preisblatt und Leistungsverzeichnis erstellt worden, welches naturgemäß eine völlig neue Angebotserstellung erfordert.

**Praxistipp:**

Diese Entscheidung des BVA zeigt, dass die im § 90 BVergG für den AG aufgezeigte Berichtigungsmöglichkeit von diesem nicht zu weit ausgelegt werden darf. Eine Berichtigung, die nicht nur eine neue Angebotserstellung sondern auch einen wesentlichen Einfluss auf den Bieterkreis hat, führt zu einer wesentlich anderen Ausschreibung.

Einer genauen Planung der Ausschreibungsunterlagen vor dem Vergabeverfahren seitens des AG kommt daher eine besondere Bedeutung zu.

Denn eine Berichtigung der Ausschreibung ist nach der Rechtsprechung des VwGH nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt (VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180).

Andernfalls ist die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (§ 138 Abs 1 lit c BVergG).



# KOSTENERSATZFORDERUNG EINES BIETERS

OGH vom 28.09.2012; Zl: 7 Ob 101/12x

## **Leitsatz:**

Besteht keine Chance auf Erteilung des Zuschlags, so muss auch die Klage auf Ersatz der Auslagen für die Vorbereitung einer Teilnahme am Vergabeverfahren für den Kläger erfolglos bleiben.

Die dazu ergangene Entscheidung des OGH ist insofern von Interesse, als sie neben Klarstellungen zum Kostenersatz nach § 337 Abs 1 BVergG, vor allem auch auf die Frage der Kausalität zwischen dem vergaberechtswidrigen Verhalten des Auftraggebers und dem Schaden durch Aufwendung von Teilnahmekosten eingeht.

## **Sachverhalt:**

Der Entscheidung des OGH ging ein langwieriger Rechtsstreit voraus.

Gegenstand der Ausschreibung war die Räumung einer mit Abfällen gefüllten ehemaligen Kiesgrube und des kontaminierten Untergrundes sowie der Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle (Sanierung der Fischer-Deponie).

Bietergemeinschaften waren zugelassen.

Hinsichtlich des Nachweises der Befugnis wurde gefordert: Nachweis der Befugnis „Baumeister“ gemäß § 202 GewO oder gleichwertige Befugnis für die durchzuführenden Arbeiten im Sitzstaat des Unternehmens.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Entsorgung wurde festgehalten:

Im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen wird zusätzlich das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung für die im gegenständlichen Projekt anfallenden Abfallfraktionen gefordert. Diese kann auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist spätestens bis zum Tag der Angebotsabgabe nachgereicht werden.

Die Klägerinnen hatten die Absicht, sich als Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren zu beteiligen, erhielten jedoch auf ihre Anfrage hin die Auskunft, dass bei allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft die genannte Befugnis gegeben sein müsse.

Da die Klägerinnen nicht beide über diese Befugnis verfügten, beteiligten sie sich nicht an dem Vergabeverfahren, beantragten aber die Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen, wonach die Befugnis bei allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft vorliegen müsse und dass im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tage der Angebotsabgabe gefordert werde.

Die Klägerinnen beantragten aber auch den Zuspruch von Kosten, hilfsweise wurden Kosten für die Aufwände im Vergabeverfahren, die ihnen durch die rechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen der Beklagten hinsichtlich der verlangten Befugnis entstanden sind, eingeklagt.

**Entscheidungssätze:**

Das BVA wies die Anträge ab, der VfGH hob den Bescheid jedoch in den diese Angelegenheit betreffenden Spruchteilen wieder auf.

Im weiteren Verfahren vor dem BVA stellen die Klägerinnen die Feststellungsanträge, dass die in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Forderungen, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft eine Baumeisterbefugnis haben müsse und dass die Bieter spätestens zum Tag der Angebotsabgabe über eine gültige Exportgenehmigung verfügen müssen, rechtswidrig seien.

Weiters beantragten sie die Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei.

Zwar erklärte das BVA das Begehren, dass sämtliche Bieter einer Bietergemeinschaft über die Befugnis Baumeister zu verfügen haben, für vergaberechtswidrig und gab damit den Klägerinnen in diesem Punkt Recht.

Das darüber hinaus gehende Begehren hinsichtlich der gültigen Exportgenehmigung wurde allerdings abgewiesen. Dies mit der Begründung, dass es den Klägerinnen gar nicht möglich gewesen sei, die Genehmigung zu erwirken und das Notifizierungsverfahren innerhalb der Angebotsfrist rechtzeitig abzuschließen.

Diese Bestimmung der Teilnahmeunterlagen war daher laut BVA nicht rechtswidrig.

**Entscheidung des OGH:**

Der OGH wies die Klage mit folgender Begründung ab:

Auch wenn die eine Bedingung (Baumeisterbefugnis) rechtswidrig war, liegt es doch auf der Hand, dass die Klägerinnen wegen der anderen Bedingung, die sie nicht erfüllen konnten (Exportgenehmigung) keine Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätten.

**Rechtliche Beurteilung zum Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren:**

Zu bedenken ist im vorliegenden Fall, dass die Klägerinnen nach den erfolgten Feststellungen zwei Forderungen der Ausschreibung nicht erfüllten, aber nur hinsichtlich einer feststeht, dass sie tatsächlich rechtswidrig war („Baumeisterbefugnis“).

Hinsichtlich der Forderung „Exportgenehmigung“ lag im erstinstanzlichen Verfahren kein Bescheid vor, der eine Rechtswidrigkeit dieser Forderung festgestellt hätte.

Denkt man sich daher das rechtswidrige Verhalten des Beklagten (Forderung nach einer „Baumeisterbefugnis“) weg, so entfällt dadurch auch der Schaden, weil die Klägerinnen die Forderung nach der „Exportgenehmigung“ ohnedies nicht erfüllen konnten.

Es fehlt der Kausalzusammenhang.

**Schlussfolgerungen:**

Die Bestimmungen des BVergG sollen nach ihrem Sinn und Zweck nur jene Bieter begünstigen, die alle - bis auf die rechtswidrigen - Forderungen der Ausschreibung erfüllen können.

Wenn aber der Bieter nicht alle gesetzmäßigen Forderungen der Ausschreibung erfüllt, liegt es ohne weiteres auf der Hand, dass er - aus einem anderen Grund als der Rechtswidrigkeit einer der Forderungen - nicht als Bestbieter zum Zug gekommen wäre, dass also das rechtswidrige Verhalten für den Eintritt des Schadens nicht kausal war.

## FEHLER DER BEWERTUNGSKOMMISSION

VKS Wien vom 12.03.2013, VKS-72946/13

### **Leitsatz:**

Angebote dürfen nur durch solche Personen bewertet werden, die die fachlichen Voraussetzungen erfüllen.

In einem Nachprüfungsverfahren vor dem VKS Wien, machte die ASt unter anderem vermeintliche Fehler der Bewertungskommission betreffend die Zusammensetzung, den Zeitpunkt der Bewertung und die Art und Weise der Bewertung selbst geltend.

Diese Entscheidung zeigt, was eine Jury falsch machen kann und wie sie es richtig macht.

### **Sachverhalt:**

Die ASt hat gegen die Jurymitglieder, die ihr zu Beginn des Hearings bekannt gegeben wurden, keine Einwände erhoben und auch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht konkret vorgebracht, welche Sachkenntnis gefehlt hätte.

Da sich auch aus den Vergabeakten keine Anhaltspunkte für mangelnde Sachkenntnis ergeben, konnte auf diese Vorbringen nicht näher eingegangen werden.

Weiters wurde gerügt, dass die Bewertung der Angebote laut Ausschreibungsunterlagen unmittelbar im Anschluss an das Hearing - also am 6.12.2012 - erfolgen sollte.

Tatsächlich ist das Protokoll der Jurysitzung mit 7.01.2013 datiert.

### **Entscheidungssätze:**

Der Senat folgte der Darstellung des AG, wonach die Bewertung unmittelbar nach den Hearings erfolgte, das Protokoll aber erst am 7.01.2013 von den Mitgliedern gefertigt wurde.

Auch das Vorbringen, wonach ein Mitglied der fünfköpfigen Jury nicht während des gesamten Hearings anwesend war, führte ins Leere.

Aus den Vergabeakten ergibt sich nämlich, dass die Jury bei allen Hearings vollständig anwesend war. Eine Anwesenheit der gesamten Jury bei den im Anschluss stattfindenden Vertragsverhandlungen war in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert.

Zur Bewertung selbst führte die ASt aus, dass die Jury die einzelnen Bewerber miteinander verglichen und nicht jedes Angebot eigenständig bewertet habe.

Der VKS Wien hält jedoch fest, dass die Jury - entgegen der Ansicht der ASt - auch hier die Vorgaben in der Ausschreibung genauestens eingehalten, entsprechend dieser Vorgaben ihre Bewertung vorgenommen und auch jeweils begründet hat, wie sie zu den einzelnen Punkten, vor allem Zusatzpunkten gekommen ist.

### **Schlussfolgerung:**

Da die Jury somit nach Ansicht des VKS Wien alles richtig gemacht hat, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

# ANFECHTUNG BERICHTIGTER AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN

VKS Wien vom 14.03.2013, VKS-115472/13

## **Leitsatz:**

Nach Ansicht des VKS Wien präkludiert das Recht auf Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf des 7. Tages vor dem Ende der ursprünglich festgesetzten Angebotsfrist - sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt - (§ 321 Abs 4 BVergG 2006), auch wenn die Angebotsfrist seitens des AG erstreckt wird.

## **Sachverhalt:**

Die AG führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Baumeisterarbeiten durch.

Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 28.09.2012. Die Ausschreibungsunterlagen wurden seitens der Auftraggeberin mehrfach berichtigt, wobei mit der 6. und der 7. Berichtigung jeweils nur die Angebotsfrist (auf den 19.02.2013 und zuletzt auf 19.04.2013) erstreckt wurde.

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

## **Entscheidungssätze:**

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

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

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

Im Übrigen haben auch Bieter, die sich erst nach einer Berichtigung am Vergabeverfahren beteiligen, nicht mehr die Möglichkeit, die gesamten Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen, sondern nur jene Festlegungen, die im Rahmen der Berichtigung erfolgt sind (VKS Wien 12..08.2010, VKS-8443/10).

## **Schlussfolgerung:**

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

# NICHT AUSGEPREISTES VARIANTENANGEBOT

UVS OÖ vom 5.07.2013, VwSen-55064212/Wim

## **Leitsatz:**

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (ua VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186) ist ein Mangel dann unbehebbar, wenn eine Verbesserung des Mangels nach der Angebotsöffnung zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen würde.

Trotz der unstrittigen Judikatur des VwGH kommt es immer wieder zu einzelnen Entscheidungen, die diese Linie noch ausbauen - so auch in der gegenständlichen Entscheidung, wo der UVS OÖ zu entscheiden hatte, ob ein nicht ausgepreistes Variantenangebot zwingend zum Ausscheiden führt, oder ob dem Bieter noch eine **Verbesserungsmöglichkeit eingeräumt werden darf**.

## **Sachverhalt:**

Der Entscheidung lag ein Bauauftrag im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich für Pflasterarbeiten in zwei Straßenzügen nach dem Billigstbieterprinzip zu Grunde. Die Ausschreibungsunterlagen haben neben dem Hauptangebot verbindlich auch ein Variantenangebot verlangt

Die AG hat in der Ausschreibungsunterlage eine zusätzliche Variante angeführt welche verbindlich anzubieten war.

Das rechtsgültig unterfertigte Angebot der ASt enthielt nur Preisangaben zum Hauptangebot, nicht jedoch zum Variantenangebot. Es wurde daher wegen eines den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Angebots sowie wegen eines unvollständigen Angebots, dessen Mangel nicht behebbar ist, ausgeschieden.

## **Entscheidungssätze:**

Im Nachprüfungsverfahren entschied der UVS OÖ, dass diese Ausscheidensentscheidung zu Recht erfolgte. Die ASt hat nur ein Preisblatt zum Hauptangebot ausgefüllt und auch im Angebotsschreiben nur auf das Hauptangebot Bezug genommen.

Daher liegt nach Ansicht des UVS OÖ ein fehlerhaftes unvollständiges Angebot vor. Darüber hinaus widerspricht das Angebot auch den Ausschreibungsunterlagen, nach welchen ein Variantenangebot verbindlich mit dem Hauptangebot anzubieten gewesen ist.

Dieser Mangel ist auch deshalb nicht behebbar, da eine „Verlesung des Variantenpreises auch nicht nachgeholt werden kann“ (so schon VwGH vom 24.09.2003, 2000/04/0106).

Die von der ASt angeführte Entscheidung (VwGH vom 29.06.2005, 2005/04/0024), wonach das Fehlen eines Angebotsformblattes als behebbarer Mangel angesehen wurde, wurde vom UVS als nicht einschlägig erachtet, da in dem vom der ASt vorgelegten Formblatt kein Preis enthalten war.

## **Schlussfolgerung:**

Das Angebot der ASt war daher zwingend auszuschneiden, um eine Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung zu verhindern (so auch schon VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186).

## AUSNAHME VON DER AKTENEINSICHT

VwGH vom 9.04.2013, Zl: 2011/04/0207

### **Leitsatz:**

Das Erkenntnis des VwGH stärkt die Position von Bewerbern bzw Bietern, die die fehlende Möglichkeit einer ausreichenden Stellungnahmemöglichkeit erfolgreich rügen können, sofern Nachprüfungsbehörden pauschal Akteneinsicht verweigern, ohne Feststellungen über den vorenthaltenen Sachverhalt vorzunehmen.

### **Sachverhalt:**

Mit ihrer Beschwerde machte die Beschwerdeführerin geltend, dass ihr im Nachprüfungsverfahren die Stellungnahmen der AG - trotz diesbezüglichem Akteneinsichtsbegehren - nur auszugsweise (geschwärzt bzw. in anonymisierter Form) übermittelt wurden.

In den übermittelten Stellungnahmen fehlten (seitenlange) Ausführungen, wogegen das Original detailliertes Vorbringen der Auftraggeberin enthielt.

### **Entscheidungssätze:**

Der VwGH kommt zu dem Schluss, dass die belangte Behörde eine Interessenabwägung zwischen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und der Gewährung des Parteienehört hätte durchführen müssen.

Er beruft sich auf sein Erkenntnis vom 22.05.2012, 2009/04/0187. Demgemäß kann § 23 BVergG 2006 keine Grundlage dafür bieten, der Beschwerdeführerin die Einsicht in verfahrensgegenständliche Urkunden, auf die sich die belangte Behörde in ihrer Entscheidung tragend stützen möchte, generell zu verweigern.

Maßstab für die Ausnahme von der Akteneinsicht sei § 17 Abs 3 AVG.

Es sei Aufgabe der belangten Behörde gewesen, zunächst Feststellungen darüber zu treffen, welche Themen das der Beschwerdeführerin vorenthaltene Vorbringen der Auftraggeberin betrifft, um daran anknüpfend rechtlich zu beurteilen, ob und inwieweit ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung des jeweiligen Vorbringens besteht und weshalb trotz der Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die Beschwerdeführerin möglich sei.

## WECHSEL DER VERFAHRENSART

BVA vom 19.04.2013, N/0024-BVA/11/2013-16

### **Leitsatz:**

Das BVA hatte in dieser Entscheidung die interessante Frage zu klären, ob es einem AG möglich ist, die Verfahrensart in einem laufenden Verfahren zu ändern oder nicht.

### **Sachverhalt:**

Angefochten wurde eine Ausschreibung der Vienna Internationale Airport Security Service GmbH, der die Beschaffung von Behindertentransporter-Kraftfahrzeugen zu Grunde lag.

Das Angebot der ASt wurde ausgeschieden, da sie die erforderliche Aufklärung betreffend einer Bankerklärung nicht übermittelt hatte.

Diese Ausscheidensentscheidung wurde von der ASt nicht angefochten.

In weiterer Folge stellte die ASt jedoch den Feststellungsantrag, das BVA möge die unzulässige Wahl des Verfahrens der Direktvergabe in eventu des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für nichtig erklären.

Das interessante dabei: Die Ausschreibung erfolgte im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

Die ASt begründete den von ihr vermuteten Wechsel der Verfahrensart durch den AG wie folgt:

Nach ihrer Ansicht könne ein möglicher Zuschlag an das einzig neben der ASt in Frage kommende Unternehmen B, aufgrund dessen angenommener fehlender technischer Leistungsfähigkeit, nicht im ursprünglich begonnenen Verfahren erfolgen.

Infolge eines daher gänzlich fehlenden zuschlagsfähigen Angebots im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, nahm die ASt folglich an, dass die AG die Verfahrensart gewechselt habe, um den Zuschlag an den Bieter B zu ermöglichen.

### **Entscheidungssätze:**

Das BVA konnte diesen Annahmen nicht folgen, wies die Anträge ab und stellte klar, dass der AG die ursprünglich gewählte Verfahrensart gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat und ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens unzulässig ist.

Im laufenden Verfahren handle es sich daher noch immer um das ursprünglich gewählte Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

Zum anderen hält das BVA fest, dass es nur geltend gemachte Verletzungen subjektiver Rechte überprüfen könne.

Würde man dem Ausführungen der ASt folgen, hätte dies eine Überprüfung der objektiven Rechtmäßigkeit eines Verfahrens zur Folge. Dies sei aber weder durch das Gesetz selbst noch durch die hierzu ergangenen Judikatur gedeckt.



# MITWIRKUNGSPFLICHTEN DES AUFTRAGGEBERS

BVA vom 11.03.2013, N/0006-BVA/08/2013-69

## **Leitsatz:**

In diesem Erkenntnis beschäftigte sich das BVA mit der Frage, ob die Nichtvorlage von Texten von Standardisierungsnormen an das BVA zur Verletzung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers führe.

## **Sachverhalt:**

Im zugrundeliegenden Nachprüfungsverfahren hatte das BVA zu prüfen, ob der vom ASt erbrachte Eignungsnachweis gleichwertig mit der vom AG verlangten Zertifizierung nach bestimmten Standardisierungsnormen war.

Die Texte der Standardisierungsnormen lagen den Ausschreibungsunterlagen, die dem BVA vom AG vorgelegt wurden, jedoch nicht bei und wurden auch im weiteren Verfahrensverlauf nicht vorgelegt.

Aufgrund der Nichtvorlage traf das BVA daraufhin eine Säumnisentscheidung auf Grundlage der Behauptungen des Antragstellers und somit zu Lasten des AG.

Das BVA stellte fest, dass die Texte der Standardisierungsnormen als Bestandteil der angefochtenen Auftraggeberentscheidung auch notwendiger Bestandteil der Unterlagen des Vergabeverfahrens sind und daher vom Auftraggeber vorzulegen gewesen wären.

Unter Hinweis auf die unionsrechtlichen Vorgaben zum Diskriminierungs- und Transparenzgebot erschien dem BVA die Vorlage der Texte für die Nachprüfbarkeit der Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung erforderlich.

## **Entscheidungssätze:**

In seiner Begründung führte das BVA an, dass dem BVA nicht ersatzweise an Stelle des AG die (mit Kosten verbundene) Beschaffung von Standardisierungsnormen übertragen werden kann, die nicht per se als nationale oder unionsrechtliche Gesetzgebungsakte gelten, da dies dem Zweck des raschen Nachprüfungsverfahrens konterkarieren würde.

Daraus folgert das BVA, dass der AG seine angefochtenen Entscheidungen inklusive der darin enthaltenen, d.h. zum Inhalt seiner Entscheidungen gemachten Standardisierungsnormen an das BVA vorzulegen hat und erst dann die Nachprüfungsaufgabe des BVA beginnt.

## **Schlussfolgerung:**

Sinn und Zweck der Bestimmung des § 313 BVergG ist es, Verzögerungen des Vergabekontrollverfahrens zu vermeiden.

Es besteht daher eine umfassende Auskunfts- und Vorlagepflicht der am Vergabeverfahren Beteiligten, die so weit reicht, dass Ermittlungspflichten des BVA ausgeschlossen werden, insbesondere wenn Verzögerungen des Vergabekontrollverfahrens die Folge wären.

# GLEICHWERTIGKEIT VON PRODUKTEN

VKS Wien vom 11.10.2012, VKS-8781/12

## **Leitsatz:**

Auftraggeber können in den technischen Spezifikationen auch Leitprodukte angeben, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau beschrieben werden kann.

Sie können auch vorsehen, dass Bieter an Stelle des Leitproduktes auch gleichwertige Produkte anbieten dürfen. In diesem Fall sind die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit in der Leistungsbeschreibung anzugeben.

In dieser Entscheidung hatte sich der VKS Wien damit zu beschäftigen, ob das angebotene Produkt zu dem ausgeschriebenen Leitprodukt gleichwertig war oder nicht.

## **Sachverhalt:**

Der Entscheidung lag ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrags zur Beschaffung einer Kücheneinrichtung nach dem Billigstbieterprinzip zu Grunde.

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten ein konstruktives Leistungsverzeichnis und sahen vor, dass die Bieter auch Produkte anbieten durften, die nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen, sofern diese Produkte zu den ausgeschriebenen gleichwertig sind.

Obwohl in der konkreten Position kein bestimmtes Produkt genannt wurde, konnte aus der Beschreibung der Eigenschaften auf ein bestimmtes Leitprodukt geschlossen werden.

Die ASt hat ein - aus ihrer Sicht - vergleichbares Produkt angeboten und im Begleitschreiben zum Angebot auf die Abweichungen von den Vorgaben im Leistungsverzeichnis hingewiesen. In weiterer Folge wurde ihr Angebot ausgeschieden, da das von ihr angebotene Produkt nicht dem ausgeschriebenen Produkt entspricht.

## **Entscheidungssätze:**

Im Nachprüfungsverfahren entschied der VKS Wien, dass diese Ausscheidensentscheidung nicht zu Recht erfolgte. In den Ausschreibungsunterlagen wurde nicht genau beschrieben, welche Ausstattungsmerkmale des Produktes wesentlich sind und daher auch vom angebotenen Produkt erfüllt werden müssen, damit dieses Produkt noch als gleichwertig zu dem ausgeschriebenen Produkt angesehen werden kann.

Der VKS Wien führte dazu aus: Der Absicht der AG entsprechend, ein bestimmtes Produkt zu beschaffen, enthält diese Leistungsbeschreibung keine klaren Kriterien der Gleichwertigkeit.

Da klare Kriterien der Gleichwertigkeit in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten sind, ist es auch für die Bieter schwierig, die Gleichwertigkeit ihrer angebotenen Erzeugnisse nachzuweisen.“

Somit konnte im gegenständlichen Fall nicht geprüft werden, ob die Ausscheidung der ASt zu Recht erfolgt ist.

**Schlussfolgerung:**

Erst kürzlich hat sich auch das BVA mit einer ähnlichen Rechtsfrage beschäftigt. In diesem Fall ging es allerdings um die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten.

Das BVA entschied auch hier, dass der AG Mindestanforderungen für die Alternativangebote festlegen und konkrete Eigenschaften angeben muss, damit die Vergleichbarkeit geprüft werden kann.

## ANTRAGSLEGITIMATION IM VERGABEKONTROLLVERFAHREN

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

### **Leitsatz:**

Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des VwGH kommt einem Bieter keine Antragslegitimation in einem Vergabekontrollverfahren zu, wenn sein eigenes Angebot auszuscheiden ist (zB VwGH 2005/04/0067).

Dies gilt unabhängig davon, ob das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ebenfalls auszuscheiden ist (VwGH 2005/04/0200).

Nach diesem neuen Judikat des EuGH ist die Antragslegitimation zumindest in den Fällen, in denen alle Angebote auszuscheiden sind (und für den Auftraggeber damit keine Möglichkeit besteht, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen), zu bejahen.

Der Antrag ist inhaltlich zu behandeln und kann zu einer Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen.

Offen bleibt, ob dies auch für Fälle gilt, in denen nicht alle Angebote auszuscheiden sind, sehr wohl aber jenes des Antragstellers. Genaue Aufklärung dazu gibt der EuGH nicht.

### **Sachverhalt:**

Der EuGH hatte sich in diesem Erkenntnis damit auseinanderzusetzen, dass eine italienische IT-Behörde auf Basis einer Rahmenvereinbarung mehrere Angebote für Leitungen zur Datenübertragung und für Telefondienstleistungen einholte.

Der unterlegene Bieter Fastweb erhob Klage gegen die Vergabe an einen Mitbewerber, wobei dieser Mitbewerber seinerseits Widerklage erhob.

Im Ergebnis stand vor der italienischen Nachprüfungsbehörde fest, dass weder das Angebot von Fastweb noch jenes des erfolgreichen Mitbewerbers alle Anforderungen erfüllt.

Ähnlich wie in Österreich kam eine Klagsbefugnis nach italienischer Rechtsprechung bisher nur jenem Unternehmer zu, der *rechtmäßig am Ausschreibungsverfahren teilgenommen* hat. Das italienische Gericht richtete daraufhin eine entsprechende Frage an den EuGH zur Vorabentscheidung.

### **Entscheidungssatz:**

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

## RUNDSCHREIBEN DES BUNDESKANZLERAMT-VERFASSUNGSDIENSTES

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

### **Insbesondere folgende Ansichten sind interessant:**

Die Zurückweisung eines Antrages darf auch in Verfahren mit mehr als zwei Verfahrensparteien nicht mit der Ungeeignetheit des Angebots der Antragstellerin begründet werden.

Die Antragslegitimation ist immer dann zu bejahen, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat.

Dies gilt nicht nur für Nachprüfungsverfahren, sondern auch für Feststellungsverfahren.

### **Kommentar:**

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

### **Schlussfolgerungen:**

Abzuwarten sind die ersten Entscheidungen der österr. Vergabekontrollbehörden auf Basis des Urteils „Fastweb“.

Im Sinne der Ansicht des BKA-Verfassungsdienstes ist aller Wahrscheinlichkeit nach von einem weiten Verständnis und damit von einer Abkehr der bisherigen - sehr formalistischen - „Antragslegitimationsjudikatur“ auszugehen.

Tritt dieser Fall ein, können Rechtsschutzsuchende ihre derzeit zu Recht bestehende Furcht vor einer „Zerpflückung“ ihres Angebots im Hinblick auf mögliche Ausscheidungsgründe, die in einer Zurückweisung ihres Antrages mangels Antragslegitimation resultieren, (zumindest teilweise) ablegen.

Ob dadurch im Ergebnis etwas gewonnen wird, bleibt jedoch zu bezweifeln.

Denn Auftraggeber werden danach trachten, mangelhafte Angebote schon im Vorfeld formell auszuschneiden und so den Auswirkungen des Urteils „Fastweb“ schon vorab entgegenzuwirken.

Die Frage der Antragslegitimation stellt sich dabei nämlich nicht.

# UMGEHUNG DES VERGABERECHTS

VKS Wien vom 13.06.2013, VKS-272086/13

## **Leitsatz:**

Durch diese Entscheidung stellt der VKS Wien klar, dass Umgehungen des Vergaberechts durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen unzulässig sind und es gerade im Zusammenhang mit Dienstleistungen für Immobilien hinsichtlich des Zwecks der jeweiligen Verträge auf die tatsächliche Absicht der Auftraggeber und nicht auf ein wirtschaftliches Überwiegen einzelner Vertragsbestandteile ankommt, da sonst gerade in diesem Bereich Umgehungen erleichtert würden.

## **Sachverhalt:**

Mit ihrem Feststellungsantrag machte die ASt geltend, dass es sich beim Abschluss eines Einbringungsvertrages der Stadt Wien - Wiener Wohnen über die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen in das Gesellschaftskapital der Erstantragsgegnerin um die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gehandelt habe und die Stadt Wien - Wiener Wohnen als AG gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen habe.

Die ASt beehrte zudem die Nichtigerklärung des Einbringungsvertrages.

Begründend brachte sie im Wesentlichen vor, dass die AG durch den gegenständlichen Einbringungsvertrag die Verwaltung und Bewirtschaftung von Wohnhausanlagen vergeben habe, ohne eine Ausschreibung vorgenommen zu haben.

## **Entscheidungssätze:**

Der VKS Wien stellte fest, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zum Abschluss des Vertrages betreffend die Einbringung städtischer Wohnhausanlagen geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG rechtswidrig war.

Weiters erklärte der VKS dem gegenständlichen Einbringungsvertrag für nichtig.

## **Schlussfolgerungen:**

Zwar seien Gesellschaftsgründungen und Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken, Gebäuden oder sonstigen unbeweglichem Vermögen grundsätzlich nicht dem BVergG 2006 unterworfen; dies gilt jedoch nicht für die Hausverwaltung, die eine prioritäre Dienstleistung darstelle.

Soll sie von einem öffentlichen Auftraggeber vergeben werden, sei dies ein vergaberechtsrelevanter Vorgang.

Im konkreten Fall habe es sich um einen gemischten Vertrag gehandelt, dessen einer Teil Regelungen über eine entgeltliche Verwaltungstätigkeit vorsehe, und daher in diesem Teil dem Vergaberecht unterliege.

Da die einzelnen Vertragsteile jedoch untrennbar miteinander verbunden seien, war für den VKS Wien die maßgebliche Frage, was der Zweck des Vertrages ist.

Diesem sah der VKS nicht in der Einbringung von Wohnhausanlagen in das Gesellschaftskapital der Erstantragsgegnerin, sondern in der Ausgliederung der Verwaltung der Wohnhausanlagen um bessere wirtschaftliche Erträge sicher zu stellen.

Dies unabhängig davon, ob der Wert der Wohnhausanlagen den (Auftrags-)wert der Dienstleistung übersteigt (wie in gegenständlichen Fall).

Stand: Jänner 2014

Diese Information ist ein Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern.

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

Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907, Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,

Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909, Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0, Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0,

Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1010,

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

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:

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