



WIRTSCHAFTS RECHT

**AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE
ENTSCHEIDUNGEN
TEIL VII**

STAND: DEZEMBER 2016

Inhalt

Vorwirkung der neuen Vergaberichtlinien; LVwG	3
Grenzen der Bestandskraft von Zuschlagskriterien, LVwG Tirol	5
Zwingender Abschluss eines Vertrages mit Subunternehmern; EuGH	7
Tücken der Mängelbehebung; LVwG Wien	8
Unzureichend erkennbares Produkt in Bieterlücke; BVwG	10
Erbringung gewerblicher Nebenleistungen; LVwG Wien	11
Anforderungen an eine Bankgarantie; BVwG	13
Subunternehmer oder Lieferant; LVwG Wien.....	14
Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung; BVwG.....	15
Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung; BVwG	16
Direktvergabe von Rahmenvereinbarungen; VwGH	18
Rückgriff auf Kapazitäten anderer Unternehmer; EuGH	19
Muss der Referenzlieferant auch selbst leisten?; BVwG.....	20
Unklare Bieterangaben führen zur Ausscheidung; BVwG.....	22
Wie weit reicht die Befugnis?; LVwG Vorarlberg	23
Antragslegitimation und Angebotsprüfung; BVwG	24
Widerruf wegen mangelnder budgetärer Deckung; BVwG	26
Nachträgliche Verbesserung von Angeboten; VwGH.....	26
Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit; VwGH.....	29
Vergaberechtsverstöße können nachträglich zur Kürzung von EU-Förderungen führen; EuGH.....	31
Ausreichende Begründungspflicht bei Bekämpfung verschiedener Ausschreibungsfestlegungen; LVwG Salzburg	33
Bestandskraft von Festlegungen in der Ausschreibung; BVwG	35
Auftragswertberechnung - Welche Leistungen sind zusammen zu rechnen?; VwGH	37
Abkürzungsverzeichnis:	39

Vorwirkung der neuen Vergaberichtlinien; LVwG

LVwG NÖ vom 14.04.2015, GZ: LVwG-AV-194/002-2015

Leitsatz:

Nicht zuletzt aufgrund der möglichen Vorwirkung ist es zu empfehlen, sich mit den neuen Vergaberichtlinien schon vor der Umsetzung im Rahmen der BVergG-Novelle 2016 auseinander zu setzen und deren Regelungen zu beachten.

Sachverhalt:

Im ggst. Fall hatte das LVwG zu beurteilen, ob die Vergabe von Mobilfunkdienstleistungen durch den AG im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung zulässig ist.

Der ASt hatte vorgebracht, dass die vom AG angeführten Voraussetzungen für eine Unmöglichkeit einer vorherigen globalen Preisgestaltung bzw der Festlegung vertraglicher Spezifikationen gem. § 30 Abs 1 Z 2 u. 3 BVergG nicht vorliegen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG zog bei seiner Prüfung auch die neue Vergabe-RL 2014/24//EU heran. Art 26 Abs 4 lit a) der RL erweitert den Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens erheblich, da das Verhandlungsverfahren bereits dann zulässig ist, wenn auch nur einer der folgenden Tatbestände erfüllt ist:

- Die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers können nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden;
- die Aufträge umfassen konzeptionelle oder innovative Lösungen;
- der Auftrag kann aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden;
- die technischen Spezifikationen können vom öffentlichen Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine europäische technische Bewertung, eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen erstellt werden.

Das LVwG hält zunächst fest, dass die hier anzuwendenden Bestimmungen der RL ausreichend konkret und bestimmt sind und daher für die Auslegung des nationalen Rechts heranzuziehen sind.

Des weiteren führt das LVwG NÖ aus:

„Die Richtlinie entfaltet somit schon vor Ende der Umsetzungsfrist eine bestimmte Vorwirkung, sodass § 30 Abs 1 BVergG im Lichte des Art. 26 der Richtlinie auszulegen und anzuwenden ist.“.

Das LVwG kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass - wenngleich die Leistungen durch die AG spezifiziert beschrieben werden können - sich in vielen Teilbereichen für die AG Unsicherheitsfaktoren bei der Leistungsbestimmung ergeben, sodass ohne die Möglichkeiten des Verhandlungsverfahrens vergleichbare und kalkulierbare Angebote nur schwer bis gar nicht möglich sind.

Ebenso stellt das LVwG fest, dass gegenständlich keine allgemeinen technischen Spezifikationen im Sinne der Bestimmungen der RL bestehen, auf die der AG verweisen könnte, und bejaht daher die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens.

Schlussfolgerung:

Die Entscheidung des LVwG NÖ ist von großer Brisanz.

Auch in Deutschland hatte das OLG Düsseldorf festgehalten, dass die neue Vergaberichtlinie 2014/24 zur Auslegung des nationalen Vergaberechts heranzuziehen ist (OLG Düsseldorf 19.11.2014, Verg 30/14; *Leinemann*, Vorwirkungen der neuen EU-Richtlinien, VN 2015/02, 14 ff).

Ob eine Vorwirkung der Vergaberichtlinien besteht, kann nur bezogen auf den Einzelfall beurteilt werden. Dabei sind insbesondere folgende Aspekte zu beachten:

- Ist die betreffende Bestimmung der Richtlinie hinreichend konkret?
- gewährt die konkrete Bestimmung der RL einen Umsetzungsspielraum, oder verlangt sie die Umsetzung?
- steht die betreffende Bestimmung des BVergG der konkreten Richtlinienbestimmung ausdrücklich entgegen (diesfalls kommt es zu keiner Vorwirkung),
- oder ist die Bestimmung des BVergG so weit formuliert, dass sie einer richtlinienkonformen Interpretation noch zugänglich ist?

Letzteres war im ggst. Sachverhalt der Fall, weil gemäß § 30 Abs 1 Z 3 BVergG ein Verhandlungsverfahren dann zulässig ist, wenn die Leistungen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann.“

Ob die Leistungen „nicht so genau festgelegt werden können“, kann bzw muss daher nunmehr im Lichte des Art 26 Abs 4 der RL 2014/24/EU interpretiert werden.

Grenzen der Bestandskraft von Zuschlagskriterien, LVwG Tirol

LVwG Tirol vom 7.01.2016, GZ: LVwG-2015/S1/2310-4

Leitsatz:

Die Bestandsfestigkeit von in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien findet ihre Grenze dort, wo eine Bestbieterermittlung bzw. eine gesetzeskonforme Angebotsbewertung nicht mehr möglich ist.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurden Baumeisterarbeiten für den Neubau des Sozialzentrums einer Gemeinde. Der Preis wurde mit 65 % bewertet, die Qualität mit 35 %. Das Qualitätskriterium wurde wiederum in vier Subqualitätskriterien aufgeteilt.

Die Ausschreibungsunterlagen waren mangels einer Anfechtung bestandsfest, angefochten wurde aber die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.

Entscheidungssätze:

Das LVwG kam zum Ergebnis, dass zwei der vier definierten Subkriterien vergaberechtswidrig sind und damit einer gesetzeskonformen Angebotsbewertung entgegenstehen.

Zum Subkriterium „Verlängerung der Gewährleistung“:

Die Ausschreibungsunterlagen sahen vor, dass für jeden zusätzlichen Monat über die in den Vertragsbedingungen angeführten Gewährleistungsfristen, ein Punkt vergeben wird. Insgesamt können maximal 30 Punkte (entspricht 30 Monaten) erreicht werden.

Laut LVwG ist diese Formulierung vergaberechtswidrig und diskriminierend, da es dem Bieter aufgrund der Begrenzung der Gewährleistungsverlängerung auf 30 Monate nicht möglich sei, bei diesem Subkriterium ein Bestangebot zu unterbreiten.

Der AST hatte eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 31 Monate (und somit einen Monat mehr als alle anderen Bieter) angeboten. Sein Angebot hätte daher richtigerweise auch besser bewertet werden müssen. Es widerspreche dem Grundsatz des Bestbieterprinzips, eine Qualitätsbegrenzung nach oben hin vorzunehmen.

Zum Subkriterium „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“:

Nach den Ausschreibungsunterlagen wird dieses Subkriterium kommissionell bewertet, wobei in einem Hearing insgesamt zehn technische Fragen an das Schlüsselpersonal gestellt werden. Dieses Hearing dauert für jedes Unternehmen eine halbe Stunde.

Festgelegt war weiters, dass - sollten während der halben Stunde nicht alle Fragen gestellt oder beantwortet werden können - diese Fragen/Antworten bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden können.

Das LVwG führt aus, dass diese Formulierung dem AG ermögliche, durch bewusstes oder unbewusstes in die Länge ziehen einzelner Fragen dem Bieter die Gelegenheit zu nehmen, eine bestmögliche Bewertung zu erlangen. Daher sei eine Bieterungleichbehandlung ermöglicht worden, welche einer gesetzeskonformen Angebotsbewertung entgegenstehe. Ob eine Ungleichbehandlung tatsächlich erfolgte, wurde allerdings nicht festgestellt.

Hinsichtlich der Bewertung des Fachgesprächs hielt das LVwG weiters fest, dass sich der Auftraggeber weitgehend nicht an das in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Frageschema bzw. an die Bewertungstabelle gehalten hatte. Die Ausschreibungsunterlagen

wurden nicht bekämpft, sodass das festgelegte Zuschlagsschema auch dann der Angebotsbewertung zugrunde zu legen ist, wenn es sich als rechtswidrig erweist.

Das LVwG führt allerdings aus, dass diese Bestandsfestigkeit der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung ihre Grenze dort findet, wo eine Bestbieterermittlung bzw. eine gesetzeskonforme Angebotsbewertung nicht mehr möglich ist, sodass die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt wurde.

Schlussfolgerung:

Die Entscheidung des LVwG steht in einem enormen Spannungsverhältnis zur Judikatur des VwGH iZm der Präklusion von Ausschreibungsunterlagen. Nach der Rsp des VwGH kann nämlich sogar der Entfall der verbalen Begründungspflicht präkludieren (vgl 2007/04/0018 und 2011/04/0133).

Die Grenzen der Bestandskraft von Zuschlagskriterien sind nach der Rsp des VwGH erst dann erreicht, wenn eine Bestbieterermittlung überhaupt nicht möglich ist (VwGH 2004/04/0237: Festlegung des Bestbieterprinzips ohne Zuschlagskriterien).

Mit der Anforderung des LVwG, dass ein bestandsfestes Zuschlagsschema auch eine BVergG-konforme Angebotsbewertung ermöglichen muss, wird dem Institut der Präklusion und damit der Rechtssicherheit jegliche Bedeutung genommen.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums der Verlängerung der Gewährleistung ist weiters zu beachten, dass es im Ermessen des AG liegt, welche Bedeutung er den einzelnen Zuschlagskriterien einräumt. Wenn daher für den AG nur eine Verlängerung um 30 Monate interessant ist, sollte er auch das Recht haben, nur für diesen Zeitraum Punkte zu vergeben.

Folgte man hingegen dem LVwG Tirol, wonach eine Qualitätsbegrenzung in den Zuschlagskriterien nach oben hin dem BVergG widerspricht, dann müsste man auch für eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 50 Jahre noch Punkte vergeben, selbst wenn dies keinen Mehrwert für den AG generiert. Doch selbst wenn dieses Kriterium rechtswidrig sein sollte, ermöglicht es jedenfalls eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung, sodass es nicht zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führen kann.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“ ist zu bemerken, dass es laut LVwG dem AG eine Ungleichbehandlung ermöglicht. Ob eine solche Ungleichbehandlung erfolgt ist, wurde jedoch nicht festgestellt, sodass auch hier die Durchbrechung der Bestandskraft des Zuschlagsschemas sehr fraglich erscheint.

Fazit:

Im Hinblick auf die seit 1.03.2016 geltende verpflichtende Verankerung des Bestangebotsprinzips wird die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zur Bestandskraft und Ausgestaltung von Zuschlagskriterien mit Spannung zu beobachten sein.

Zwingender Abschluss eines Vertrages mit Subunternehmern; EuGH EuGH vom 14.01.2016, GZ: Rs C-234/14

Leitsatz:

Seit der EuGH-Entscheidung „Holst Italia“ aus dem Jahre 1999 (Rs C-176/98) wissen wir, dass es einem Bieter in einem Vergabeverfahren gestattet sein muss, sich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen. Der Charakter der zwischen dem Bieter und dem Unternehmen bestehenden Verbindung, spielt nach dieser Entscheidung dabei keine Rolle. Die Berufung auf Kapazitäten eines anderen Unternehmens ist seither daher ein Standardvorgang in einem Vergabeprozess.

Immer wieder spannend ist dabei die Frage, wie dies im Detail funktionieren soll: Was macht ein AG z.B. mit einem Bieter, der sich im Zuge eines Beratungsauftrages auf die Kapazitäten eines Schwesterunternehmens aus Großbritannien stützt? Muss der AG Referenzen von einem Beratungsteam, das z.B. in Großbritannien ansässig ist, anerkennen, wenn das Schwesterunternehmen bloß erklärt „im Auftragsfall seine Kapazitäten zur Verfügung zu stellen“.
Oder gilt dies nur, wenn der Bieter auch nachweist, dass dieses Beratungsteam dann im ggst. Auftrag tatsächlich eine entsprechend maßgebliche Rolle spielen wird?
Zur Aufklärung dieses Themas leistet eine Entscheidung des EuGH zu einem Fall aus Lettland einen wesentlichen Beitrag:

Sachverhalt:

Kernpunkt dieser Entscheidung war die Frage, ob es in Einklang mit der RL 2004/18/EG steht, wenn ein Bieter durch die Ausschreibungsunterlagen verpflichtet wird, mit einem Unternehmen, auf dessen Kapazitäten er sich stützt, einen Kooperationsvertrag abzuschließen oder eine Personengesellschaft zu gründen.

Entscheidungssätze:

In Ergänzung seiner bisherigen Rechtsprechung stellte der EuGH klar, dass es einem Bieter frei steht, die Art und Weise des Nachweises, dass ihm die erforderlichen Mittel eines Dritten „tatsächlich“ zur Verfügung stehen, sowie die Form der Rechtsbeziehung zu diesem Dritten selbst zu wählen. Die Verpflichtung eines Bieters zum Abschluss eines Kooperationsvertrages oder zur Gründung einer Personengesellschaft mit einem Unternehmen, auf dessen Kapazitäten er sich stützt, ist nach dieser Entscheidung daher nicht zulässig.

Der EuGH führte dazu weiter aus, dass der AG bei seiner Prüfung bestimmte Möglichkeiten eines Nachweises durch den Bieter nicht von vornherein ausschließen darf.

Schlussfolgerung:

Die neue EuGH-Entscheidung ist insbesondere in Hinblick darauf interessant, dass es gängige Vergabepaxis ist, einen Bieter dazu zu verpflichten, ein Unternehmen als Subunternehmer namhaft zu machen, wenn er sich auf dessen technische Leistungsfähigkeit stützt, womit implizit der Abschluss eines Werkvertrages mit diesem Subunternehmer gefordert wird.

Tücken der Mängelbehebung; LVwG Wien

LVwG Wien vom 14.01.2016, GZ: VGW-123/074/14983/2015

Leitsatz:

In Anwendung der Grundsätze des Vergabeverfahrens ist ein Bieter vom Auftraggeber grundsätzlich nur ein Mal zur Mängelbehebung aufzufordern.

Sachverhalt:

Dem Urteil lag ein offenes Verfahren im Sektorenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages („Klebestöße und Isolierstöße im Gleisnetz der Wiener Linien an Rillen- und Vignolschienen“) im USB zugrunde. Der Zuschlag sollte nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden.

Die Ausschreibungsunterlagen sahen vor, dass Bieter ihrem Angebot ein KSV-Rating mit einem Wert von unter 400 vorlegen mussten. Dabei durfte das Datum der letzten Datenüberarbeitung im KSV-Auszug, gerechnet ab Ende Angebotsfrist, nicht älter als 12 Monate sein. Im Falle eines KSV-Ratings über 400 durfte das Angebot nur berücksichtigt werden, wenn eine Promesse iHv € 13.000,- beigelegt wurde.

Der ASt legte fristgerecht bis zum Ende der Angebotsfrist am 18.11.2015 ein Angebot, in welchem auf den ANKÖ verwiesen wurde. Die Einsichtnahme in die Daten des ANKÖ hat ein KSV-Rating von 391 ergeben, welches jedoch auf einer Datenüberarbeitung vom 15.11.2014 beruhte und damit um 3 Tage veraltet war.

Der AG hat den ASt deshalb zur Vorlage eines aktuellen KSV-Ratings aufgefordert, welches vom ASt zwar fristgerecht übermittelt wurde, aber einen Wert von 401 aufwies. Da der Nachreichung des ASt keine Promesse beigelegt war, wurde das Angebot gem § 269 BVergG ausgeschieden.

Der ASt bekämpfte die Ausscheidensentscheidung ua mit der Begründung, dass aus dem Verbesserungsauftrag des AG nicht zweifelsfrei erkennbar gewesen sei, welche Unterlagen dem AG konkret vorzulegen seien.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien führte hierzu aus:

„In Anbetracht der grundsätzlichen Behebbarkeit des Mangels (VwGH 16.4.2010,2005/04/0253) hat der ASt seine Möglichkeit auf Verbesserung dadurch vertan, als er mit dem aktuellen Rating-Wert von 401 nicht auch eine Promesse nachgereicht hat.

In Anwendung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, welche auch den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter umfassen, ist ein Bieter grundsätzlich nur ein Mal zur Mängelbehebung aufzufordern (z.B. BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-36).

Hätte der AG nach seinem Verbesserungsschreiben am 3.12.2015 wegen des nun zu hohen Ratings zur Vorlage der Promesse aufgefordert, wäre dies jedoch bereits die zweite Möglichkeit zur Verbesserung für den ASt gewesen, womit entgegen den Grundsätzen des Vergaberechts eine Ungleichbehandlung der Bieter erfolgt wäre.“

Schlussfolgerung:

Dem LVwG Wien ist im Ergebnis zuzustimmen, weil vom AG für den Fall, dass die Mängelbehebung ebenfalls Mängel aufweist, nicht verlangt werden kann, alle eventuell möglichen Verbesserungsaufforderungen in der Verbesserungs-aufforderung vorzusehen.

Ungeachtet dessen ist dem AG zu empfehlen in der Verbesserungsaufforderung den genauen Text der Ausschreibungsunterlage zu zitieren. Bietern wiederum ist zu empfehlen, die Verbesserungsaufforderung nicht isoliert zu betrachten und die Nachreichung auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen zu prüfen.

Unzureichend erkennbares Produkt in Bieterlücke; BVwG

BVwG vom 12.02.2016, GZ: W 134 2118747-2

Leitsatz:

Durch die Angaben in Bieterlücken muss das angebotene Produkt erkennbar beschrieben sein, andernfalls ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil des Bieters vorliegt.

Sachverhalt:

Im ggst. Fall sah die Ausschreibungsunterlage „unechte“ Bieterlücken vor. Der AG führte jeweils ein Leitprodukt an, gab den Bietern allerdings durch Bieterlücken die Möglichkeit, alternative gleichwertige Produkte anzubieten. Ließ der Bieter die Bieterlücke unausgefüllt, galt das vom AG angeführte Leitprodukt angeboten, andernfalls er das von ihm angebotene Produkt erkennbar bezeichnen musste.

Im ggst. Fall hatte der betreffende Bieter in sämtlichen Bieterlücken lediglich bruchstückhaft den Firmennamen mit dem Zusatz „od. glw“ angeführt. Ein konkretes Produkt (Fabrikat und Type) hat der Bieter nicht genannt.

Entscheidungssätze:

Das BVwG kam zu dem Ergebnis, dass nicht nur die Ausschreibung, sondern auch die Willenserklärungen der Bieter nach dem objektiven Erklärungswert - bei Anwendung der üblichen Sorgfalt - auszulegen sind.

Der Bieter hat - sofern er nicht das Leitprodukt anbieten will - bereits in seinem Angebot Fabrikat und Type des gleichwertigen Produktes zu nennen, sodass das angebotene Produkt eindeutig und objektiv erkennbar ist. Die ausschließliche Bezeichnung des Firmennamens reicht nicht aus, da in diesem Fall ein konkret angebotenes Produkt nicht erkennbar ist.

Schlussfolgerung:

Würde erst im Zuge der Auftragsausführung feststehen, welches konkrete Produkt der Zuschlagsempfänger einsetzen will, stünde dem Bieter die Möglichkeit offen, nachträglich ein anderes Produkt zu nennen, als jenes, das er im Angebot vermeintlich eingesetzt hat. Dem Bieter würde zusätzliche Zeit zur Verfügung stehen, um die geforderten Spezifikationen über die exakten Typen und exakten Fabrikate vorzunehmen, die den anderen Bietern bei der Ausarbeitung ihres Angebotes nicht gewährt wurde.

Aus diesem Grund hat das BVwG entschieden, dass im unzureichenden Ausfüllen von Bieterlücken ein unheilbarer Mangel liegt.

Erbringung gewerblicher Nebenleistungen; LVwG Wien

LVwG Wien vom 16.03.2016, GZ : VGW-123/062/50/2016

Leitsatz:

Die Erbringung gewerblicher Nebenleistungen gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO zur wirtschaftlich sinnvollen Ergänzung gewerblicher Leistungen ist nur in anderen Gewerben und nicht im jeweils beschränkten Gewerbe zulässig.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurde ein Rahmenvertrag für Instandsetzungsarbeiten an Braundrauchentlüftungsanlagen in Wohnhausanlagen. Die Ausschreibungsunterlagen sahen u.a. den Einbau von elektrotechnischen Anlagen bzw. Einrichtungen vor, die mit Starkstrom gespeist werden. Für die Durchführung von Arbeiten im Zusammenhang mit Starkstromanlagen und -einrichtungen bedarf es gemäß § 106 Abs 1 Z 1 GewO einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik.

Ein Bieter verfügte jedoch lediglich über die Gewerbeberechtigung „Elektrotechnik, eingeschränkt auf die Errichtung von Alarmanlagen“ und wurde daher vom AG mangels Befugnis ausgeschieden.

Der ausgeschiedene Bieter berief sich in seinem eingebrachten Nachprüfungsantrag auf das gewerbliche Nebenrecht des § 32 Abs 1 Z 1 GewO und behauptete, dadurch im Gewerbe Elektrotechnik auch Leistungen für Starkstromanlagen und -einrichtungen in geringem Umfang erbringen zu dürfen.

Gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO sind alle Gewerbetreibenden berechtigt, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen (in welchen sie keine Gewerbeberechtigung haben), wenn diese Leistungen die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen (= gewerbliches Nebenrecht). Es sei in solchen Fällen somit nicht notwendig, eine oder mehrere zusätzliche Gewerbeberechtigungen zu erwerben.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien wies den Antrag des Ast auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab und begründete dies wie folgt:

Im vorliegenden Fall sollen keine Leistungen eines anderen Gewerbes erbracht werden, sondern Leistungen desjenigen Gewerbes („Elektrotechnik“), in welchem der Ast selbst einer Beschränkung unterliegt („Elektrotechnik, eingeschränkt auf die Errichtung von Alarmanlagen“).

Der Anwendungsfall des § 32 Abs 1 Z 1 GewO bezieht sich aber nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf Tätigkeiten eines anderen Gewerbes und nicht auf Tätigkeiten, die über die Beschränkung des eigenen Gewerbes hinausgehen.

Schlussfolgerung:

Unterliegt ein Bieter in einem Gewerbe einer Beschränkung (zB „Elektrotechnik, eingeschränkt auf Alarmanlagen“), so kann er sich zum Nachweis seiner Befugnis in jenem Teil des Gewerbes der über die Beschränkung hinausgeht (zB Elektrotechnik für Starkstromanlagen und -einrichtungen) nicht auf das gewerbliche Nebenrecht des § 32 Abs 1 Z 1 berufen.

Das gewerbliche Nebenrecht des § 32 Abs 1 Z 1 GewO bezieht sich nämlich ausschließlich auf Tätigkeiten in einem anderen Gewerbe (zB „Kälte- und Klimatechnik“).

Anforderungen an eine Bankgarantie; BVwG

BVwG vom 4.02.2016, GZ: W 138 2118883-2

Leitsatz:

Widersprüche gegen bestandsfest gewordene Ausschreibungsbestimmungen führen zwingend zum Ausscheiden eines Angebotes.

Sachverhalt:

Gegenstand des Ausgangsverfahrens war die Lieferung von Nässeschutzjacken Alpin und Nässeschutzhosen für das Bundesheer.

Die AG legte in den Ausschreibungsunterlagen u.a. folgendes fest:

„Bankgarantie: Es ist im Angebot eine Bestätigung der Bank vorzulegen, dass im Auftragsfall die Bankgarantie (siehe Kaution Seite 5) ausgestellt wird. Eine Nichtvorlage zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bewirkt das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren.“
Diese Festlegung in der Ausschreibung wurde mangels Anfechtung bestandsfest.

Ein Bieter legte ein Schreiben einer Bank vor, das nicht den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen entsprach. Insbesondere handelte es sich nicht um eine Garantie mit dem geforderten Inhalt, sondern um ein Schreiben mit einer gänzlich unverbindlichen Formulierung.

Die AG schied den Bieter daraufhin aus.

Entscheidungssätze:

Im daraufhin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gegen die Ausscheidungsentscheidung erhielt die AG vom BVwG Recht. Es entschied, dass die Bankerklärung nicht den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen entsprach und daher ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorlag.

Schlussfolgerung:

Bieter haben sich bei ihrer Angebotsgestaltung streng an den Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen zu halten.

Subunternehmer oder Lieferant; LVwG Wien

LVwG Wien vom 27.11.2014, GZ: VGW-123/077/31533/2014

Leitsatz:

Die bloße Lieferung maßgefertigter Bauprodukte macht den Hersteller noch nicht zum Subunternehmer. Anderes gilt, wenn - über die bloße Lieferung hinausgehende - Arbeiten (z.B. Be- oder Verarbeitung) erbracht werden.

Sachverhalt:

Ein Unternehmer beteiligte sich als Bieter an einem offenen Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im USB. Der zu vergebende Auftrag betraf Stahlbauarbeiten in Form des Austausches von Futterblechen und der Lagersanierung an einer Strombrücke.

Die zu verarbeitenden Futterbleche bezog der Bieter von einem dritten Unternehmen. Dieses dritte Unternehmen stellte die Futterbleche nach den Vorgaben des Bieters (die den Vorgaben des AG in der Ausschreibung entsprachen) her. Dieses dritte Unternehmen wurde vom Bieter aber nicht als Subunternehmer genannt.

Der Bieter wurde in weiterer Folge als Zuschlagsempfänger auserkoren.

Die Zuschlagsentscheidung wurde von einem anderen Bieter allerdings u.a. mit dem Argument angefochten, dass das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden sei. Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe es nämlich unterlassen, den Hersteller der Futterbleche als Subunternehmer zu nennen.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Wien wies den Nachprüfungsantrag mit der Begründung ab, dass eine etwaige Maßanfertigung des vom Bauunternehmer gekauften Bauprodukts, den Hersteller des selbigen noch nicht zum Subunternehmer macht.

In allen Fällen, in denen von einem bloßen Zulieferer ausgegangen werden kann, liegt demnach noch keine Subunternehmereigenschaft vor.

Schlussfolgerung:

Die Abgrenzung zwischen bloßen Zulieferern und Subunternehmern ist oft schwierig und problematisch.

Eine unrichtige Einordnung ist nämlich mit schwerwiegenden Konsequenzen, die bis zur Ausscheidung eines Angebotes aus dem laufenden Vergabeverfahren reichen, verbunden. Bloße Maßanfertigungen schließen daher die Einordnung als bloßen Zulieferer nicht aus.

Maßgeblich ist, ob über die Lieferung hinaus, noch weitere Leistungen (zB der Einbau) erbracht werden. Das spricht dann für die Subunternehmereigenschaft.

Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung; BVwG

BVwG vom 24.04.2015, GZ: Q 187 2101270-2

Leitsatz:

In einer vom BVwG ergangenen Entscheidung wurde die Zuschlagsentscheidung des AG für nichtig erklärt, weil er es unterlassen hatte, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Sachverhalt:

Im ggst. Fall wurden Tischlerarbeiten zum Einbau von Türen in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Der AG schätzte den Auftragswert des ggst. Loses auf € 1.956.044,--.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers belief sich auf € 1.297.949,48 und jenes des ASt auf € 1.299.999,--.

Entscheidungssätze:

Das BVwG hielt fest, dass die angebotenen Preise des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und des Antragstellers jeweils nur 66% des vom AG geschätzten Auftragswertes ausmachten.

Weiters ging aus den vorgelegten Akten hervor, dass aus dem Preisspiegel des AG ersichtlich ist, dass bei beiden Bietern einige (auch wesentliche) Positionspreise um mehr als 50% vom Mittelpreis in diesen Positionen abwichen.

Ab einer Abweichung von in etwa 15 % spricht man in der Literatur und Rsp von einer „groben Abweichung“ (VwGH Zl 2011/04/0011). Aufgrund der zahlreichen groben Abweichungen hätte der AG eine vertiefte Angebotsprüfung gem § 125 Abs 3 durchführen müssen.

Tatsächlich erstellte der AG einen Preisspiegel und führte Bietergespräche durch. Jedoch beschränkten sich die Bietergespräche darauf, dem AG die Korrektheit der angegebenen Preise zu bestätigen. Eine mündliche Aufklärung zu den einzelnen Preispositionen fand nicht statt.

Schlussfolgerung:

Das BVwG konnte in solch einer Vorgehensweise keine vertiefte Angebotsprüfung erblicken.

Abschließend verweist das BVwG auf die Rechtsprechung des VwGH, wonach es der Vergabekontrollbehörde nicht zukomme, Bieter zur Aufklärung oder Verbesserung aufzufordern und gegebenenfalls auszuschneiden (VwGH Zl 2005/04/0201) bzw anstelle des AG eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen (VwGH Zl 2007/04/0102), weshalb die Zuschlagsentscheidung des AG im Ergebnis für nichtig erklärt wurde.

Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung; BVwG

BVwG vom 13.05.2016, GZ: W187/2123993-2

Leitsatz:

Die vom Bieter angebotenen Preise müssen plausibel sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein. Dies ist vom AG zu prüfen.

Sachverhalt:

Im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip im OSB gelangte ein Dienstleistungsauftrag zur Beförderung von Dokumenten an diverse Finanzämter zur Vergabe. Der geschätzte Auftragswert betrug € 298.352,--. Das Angebot der präsumtiven ZE belief sich auf € 187.470,--, jenes der Zweitgereihten auf € 364.000,--.

Die Zweitgereichte brachte beim BVwG einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein und brachte vor, dass die Zusammensetzung des Gesamtpreises der in Aussicht genommenen ZE nicht plausibel sei und ihr Angebot daher auszuschneiden sei.

Entscheidungsätze:

In seiner rechtlichen Beurteilung hielt das BVwG - unter Verweis auf die Judikatur des VwGH - fest, dass das BVwG nicht nur zu überprüfen hat, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen aufgrund ausreichend detaillierter Unterlagen vom AG geprüft worden ist, sondern hat der AG auch die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die im § 125 Abs 4 Z 1-3 genannten Kriterien maßgeblich sind.

Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur grob geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.

Daran anknüpfend führte das BVwG aus, dass aufgrund des großen Preisunterschiedes zwischen dem Angebot der präsumtiven ZE von € 187.470,-- und den Angebot der zweitgereihten ASt von € 364.000 sowie dem geschätzten Auftragswert von € 298.352,-- eine vertiefte Angebotsprüfung von der AG verpflichtend durchzuführen war.

Diesen Anforderungen entsprach die AG insofern, indem sie von der präsumtiven ZE eine verbindliche schriftliche Aufklärung ihrer Preise verlangte.

Die präsumtive ZE konnte den Preisunterschied im Wesentlichen damit erklären, dass sie eine Grenzkostenkalkulation und keine Vollkostenkalkulation vornehmen konnte, da sie bereits entsprechende Kurse betreibt, die die Orte anfahren, in denen die Finanzämter liegen, bei denen die zu transportierenden Kisten mit Dokumenten abgeholt werden müssen und daher kein Fahrzeug eigens in Betrieb gesetzt werden muss

Schlussfolgerung:

Nach Ansicht des BVwG ist es auf dieser Grundlage betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, eine Grenzkostenkalkulation zu betreiben, bei der lediglich die Zusatzkosten für die Manipulation und den Transport der im Rahmen des ggst. Auftrags zu transportierenden Kisten kalkuliert werden.

Vor diesem Hintergrund kam das BVwG - wie auch schon zuvor die AG - zum Ergebnis, dass die angebotenen Preise plausibel sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, weshalb es den Nachprüfungsantrag abgewiesen hat.

Direktvergabe von Rahmenvereinbarungen; VwGH

VwGH vom 16.03.2016, GZ: Ro 2014/04/0070

Leitsatz:

Die Möglichkeiten der Vergabe eines Auftrages aufgrund einer RV aber auch des Abschlusses einer RV sind im BVergG abschließend und eindeutig geregelt.

Sachverhalt:

Die AG hat mit Bekanntmachung vom 1.07.2014 eine „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung für die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung“ im USB ausgeschrieben.

Daraufhin beantragte die ASt die Wahl des Vergabeverfahrens „Direktvergabe mit Bekanntmachung“ für nichtig zu erklären.

Entscheidungssätze:

Das BVVG gab dem Antrag statt. Dagegen richtete sich die Revision der Agan den VwGH. Die Revision wurde zugelassen, da höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit der Direktvergabe einer RV im klassischen Bereich bisher fehlte.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH hielt zunächst fest, dass RV nicht als Aufträge iSd BVergG zu verstehen sind, weil sie keine Abnahmeverpflichtung des AG begründen. Die Bestimmungen des § 41a bzw. § 25 Abs 11 bezeichnen ausdrücklich „Aufträge“ bzw. den unmittelbaren Leistungsbezug jeweils als Gegenstand der Direktvergabe mit Bekanntmachung.

Gemäß § 32 können Aufträge aufgrund einer RV nur vergeben werden, sofern die RV nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 abgeschlossen wurden. Damit sind die Möglichkeiten der Vergabe eines Auftrages aufgrund einer RV aber auch des Abschlusses einer RV abschließend und eindeutig geregelt.

In den §§ 32 und 150 f, welche die zulässigen Möglichkeiten einer Auftragsvergabe aufgrund einer RV nennen, ist die Direktvergabe nicht erwähnt. Aus dem Wortlaut und der Systematik ergibt sich, dass eine RV nicht selbst Gegenstand einer Direktvergabe sein kann, weil sie nicht unmittelbar einen Leistungsaustausch bewirkt.

Schlussfolgerung:

Der VwGH kommt somit zum Ergebnis, dass im klassischen Bereich das Verfahren der Direktvergabe für den Abschluss einer RV nicht zulässig ist.

Die Revision wurde daher als unbegründet abgewiesen.

Rückgriff auf Kapazitäten anderer Unternehmer; EuGH

EuGH vom 7.04.2016, GZ: C 324/14

Leitsätze:

In seinem Urteil zur Möglichkeit von Bietern, sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, hat der EuGH folgendes klargestellt:

Ein Bieter darf grundsätzlich (und nicht nur ausnahmsweise) auf die Kapazitäten dritter Unternehmer zurückgreifen.

Ein Bieter kann sich nicht auf die Kapazitäten anderer Unternehmer berufen, um rein formal die vom AG verlangten Voraussetzungen zu erfüllen. Es ist vielmehr erforderlich, dass die Mittel dieser Unternehmen zur Ausführung eines bestimmten Auftrags tatsächlich erforderlich sind.

Bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände kann die Zulässigkeit der Stützung anderer Unternehmer eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Das ist der Fall wenn

- die Arbeiten aufgrund ihrer Besonderheit eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich nicht durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise erbringen lässt, oder
- sich die Kapazitäten, über die ein Drittunternehmer verfügt und die für die Ausführung des Auftrags erforderlich sind, nicht auf den Bieter übertragen lassen, so dass dieser sich nur dann auf die genannten Kapazitäten berufen kann, wenn sich das betreffende Drittunternehmen unmittelbar und persönlich an der Ausführung des Auftrags beteiligt.

Schlussfolgerung:

Ein Bieter kann grundsätzlich den rechtlichen Charakter der Verbindungen zu den Unternehmen, auf deren Kapazitäten er sich für die Zwecke der Ausführung dieses Auftrags stützt, und die Art und Weise des Nachweises des Bestehens dieser Verbindung frei wählen.

Ein AG darf in der Ausschreibung nur bei Vorliegen besonderer Umstände im Interesse der ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags genaue Regeln angeben, nach denen sich Bieter auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen können.

Deshalb müssen die Vorgaben mit dem Gegenstand und den Zielen des betreffenden Auftrags zusammenhängen und diesem angemessen sein.

Muss der Referenzlieferant auch selbst leisten?; BVwG

BVwG vom 25.04.2016, GZ: W 123 2122272-1

Leitsatz:

Der Zweck von Referenzen ist, die Erfahrung mit gleichartigen Aufträgen nachzuweisen. Diese Erfahrung muss bei der Auftragsdurchführung auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Sachverhalt:

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hat sich die präsumtive ZE auf zwei SU berufen. Ein SU lieferte die geforderten Referenzen für Bauleistungen, ein zweiter SU jene für E&M-Leistungen. Beide legten eine Subunternehmererklärung vor - jedoch mit unterschiedlichem Inhalt.

So hat der SU für Bauleistungen erklärt, dass er Leistungen für den Untertagbau erbringen wird und er seine „Eignung und vorhandenen Mittel, über die der Bieter nicht selbst verfügt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, dem Bieter tatsächlich zur Verfügung stellt.“

Der SU für E&M-Leistungen hingegen bezeichnete die von ihm zu erbringende Leistung als „Zurverfügungstellung von Referenzen“ und erklärte, dass er „seine Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei der ggst. Ausschreibung zur Verfügung stellt.“

Entscheidungsätze:

Vorab ist festzuhalten, dass sich ein Bieter zum Nachweis der Eignung auf die Mittel Dritter berufen kann und zwar unabhängig von der rechtlichen Verbindung zueinander. Tut er das, muss er nachweisen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die bei dem Dritten im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Das BVwG vertritt dabei die Ansicht, dass die Mittel, die der Dritte zur Verfügung stellt, zur Durchführung des konkreten Auftrags geeignet sein und in die Durchführung des Auftrags einfließen können müssen. Das bedingt, dass sich das Unternehmen, das die Referenzen zur Verfügung stellt, sich auch an der Durchführung des Auftrags beteiligen muss.

In einem früheren Erkenntnis war das BVwG noch der Ansicht, der Bieter könne sich unabhängig davon, wer die Leistung tatsächlich erbringt, auf die Referenzen eines Dritten berufen, auch wenn dieser nicht als SU tätig wird.

Nunmehr hielt das BVwG hingegen fest, dass die Berufung auf die Referenzen des SU für E&M-Leistungen unzureichend ist. Denn aus dieser Erklärung ergibt sich eindeutig, dass der Dritte bei der Ausführung des Auftrags der in Aussicht genommenen ZE nicht zur Verfügung steht.

Seine Mitteilung besteht ausschließlich darin, Referenzen zur Verfügung zu stellen, ohne dabei jedoch in irgendeiner Form bei der Abwicklung des Auftrags mitzuwirken.

Schlussfolgerung:

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH und des Verständnisses von § 76 darf die AG daher diese Referenzen nicht anerkennen, da die durch die Referenzen nachgewiesene

technische Leistungsfähigkeit in Form der Erfahrung mit gleichartigen Aufträgen bei der Auftragsausführung nicht zur Verfügung steht.“

Die Berufung auf die Referenzen des SU für Bauleistungen war hingegen zulässig.

Unklare Bieterangaben führen zur Ausscheidung; BVwG

BVwG vom 4.08.2016, GZ: W134 2129113-2

Leitsatz:

Im Falle einer fehlenden näheren Spezifizierung des vom Bieter angebotenen Produkts handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel, der zum Ausscheiden des Angebots führt.

Sachverhalt:

Gegenstand des offenen Verfahrens war die Erneuerung der Be- und Entlüftungsanlage von Hörsälen einer Universität in Innsbruck. Die Auftraggeberin forderte im Leistungsverzeichnis Lüftungsgeräte aus Edelstahl.

Eine Bieterin führte in der Bieterlücke lediglich Lüftungsanlagen mit dem allgemeinen Produktnamen an, ohne das Material exakt anzugeben. Unter der allgemeinen Produktbezeichnung (Produktname) konnten jedoch Edelstahlrohre, C-Stahlrohre und Kupferstahlrohre geliefert werden.

Die AG schied das Angebot daraufhin aus, weil die Bieterin die Bieterlücke nicht exakt spezifiziert hatte.

Entscheidungsätze:

Das BVwG bestätigte die Ausscheidung und entschied, dass es sich bei der fehlenden notwendigen näheren Spezifizierung des Produkts um einen unbehebbarer Mangel handle.

Nach der Judikatur des BVwG ist ein „Wahlrecht“, das der ausschreibenden Stelle durch eine nicht eindeutige Bezeichnung eingeräumt werden würde, nach Angebotsöffnung im offenen Verfahren nicht mehr zulässig, denn das verstieße gegen das Verhandlungsverbot.

Im Falle eines solchen unbehebbarer Mangels ist die Auftraggeberin zur Ausscheidung des Angebotes ohne Gewährung einer vorhergehenden Verbesserungsmöglichkeit verpflichtet.

Schlussfolgerung:

Unpräzise Angaben in der Bieterlücke, die das angebotene Produkt nicht eindeutig erkennen lassen, führen im offenen Verfahren zwingend zur Ausscheidung des Angebotes. Bieter haben daher die Bieterlücken exakt zu spezifizieren.

Wie weit reicht die Befugnis? LVwG Vorarlberg

LVwG Vorarlberg vom 29.06.2016, GZ: LVwG-314-2/2016-S1

Leitsatz:

Bestehen Zweifel über den Umfang einer Gewerbeberechtigung, so sind die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens war die Generalsanierung einer Metallfassade. Die herzustellende Fassade sollte im Wesentlichen aus industriell vorgefertigten Metallelementen, die mechanisch mit Nieten befestigt werden, bestehen.

Den Zuschlag erhielt ein Bieter, der berechtigt ist, das Gewerbe „Dachdecker“ auszuführen. Ein anderer Bieter beantragte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit der Begründung, dass die Metallfassadenarbeiten nicht in den Berechtigungsumfang eines Dachdeckers fielen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Vorarlberg wies das Begehren auf Nichtigerklärung ab und bestätigte die Zuschlagsentscheidung. Es entschied, dass die vom Auftraggeber ausgeschriebene Leistung von einem Dachdecker erbracht werden darf.

In diesem Fall waren die „Grundregeln des österreichischen Dachdeckerhandwerks“ von Bedeutung. Darin ist ausgeführt, dass das Dachdeckerhandwerk auch Eindeckungen von vorgehängten Fassaden und das Anbringen von Metallkonstruktionen sowie das Bearbeiten der Werkstoffe umfasst.

Schlussfolgerung:

Leistungen, die nicht vom Berechtigungsumfang eines Dachdeckers erfasst sind, wie in diesem Fall Schweißungen, dürfen im Rahmen des gewerblichen Nebenrechts in geringem Umfang erbracht werden.

Im gegenständlichen Fall machten die Schweißarbeiten weniger als 7% der Gesamtangebotssumme aus, weshalb sie als „geringer Umfang“ zu werten waren und somit erbracht werden durften.

Antragslegitimation und Angebotsprüfung; BVwG

BVwG vom 30.05.2016, GZ : W187 2121663-2

Leitsatz:

Die Auftraggeberin muss im Zuge der Angebotsprüfung nicht prüfen, welches System besser sein mag oder zusätzliche, in der Ausschreibung nicht verlangte Leistungen erbringt. Sie hat im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung festzustellen, ob das angebotene System den Mindestanforderungen der Ausschreibung entspricht

Sachverhalt:

Im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zur Vergabe eines Bauauftrags (Verkehrsüberwachungseinrichtung) nach dem Bestbieterprinzip wurde die Zuschlagsentscheidung vom zweitgereihten Bieter vor dem BVwG angefochten.

Die ASt brachte in ihrem Nachprüfungsantrag im Westlichen vor, dass die präsumtive ZE die Anforderung des Lastenhefts mit dem von ihr angebotenen System nicht erfüllen könne und Ihr Angebot daher auszuschrieben sei. Die AG bestritt dies und wies darauf hin, dass das Lastenheft ausgestattet sei, welches keine spezifischen technischen Lösungen vorschrieb, sondern den Bietern die Möglichkeit eröffnet, individuelle Lösungen anzubieten. Überdies sei das Angebot der Ast auszuschreiben und komme daher keine Antragslegitimation zu.

Entscheidungsätze:

Das BVwG wies in weiterer Folge den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ab. In seiner Entscheidungsbegründung ging das BVwG zunächst auf die Antragslegitimation ein, welche es bejahte. So sei es für die Frage der Antragslegitimation nach der Rechtsprechung des EuGH (5.04.2016, C-689/PFE, Rz 29 und 30) „unerheblich, wie viele Unternehmen sich am Vergabeverfahren beteiligt haben und welche Gründe für das Ausscheiden der Angebote sie jeweils geltend gemacht haben

Damit kann die Einrede, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschreiben sei, nicht dazu führen, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre. Die Rechtfertigung für die Zuerkennung von Antragslegitimation auch einem Bieter, dessen Angebot auszuschreiben ist, liegt nämlich nach Ansicht des Europäischen Gerichtshof darin, dass selbst wenn beide Angebote auszuschreiben sind, diese Ausscheidensgründe auch auf andere Angebote von Bietern zutreffen, die sich nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt haben, sodass alle Angebote auszuschreiben sind und der Auftraggeber das Vergabeverfahren neu durchzuführen hat. Dabei genügt eine potentielle Möglichkeit, sie muss nicht nachgewiesen sein.“

Hinsichtlich der von der AG durchzuführenden Angebotsprüfung stellte das BVwG fest, dass der Bieter noch keine endgültige produktionsreife Lösung anbieten muss, sondern einen Lösungsweg, den er nach Auftragserteilung im Detail ausführt. „Die Lösung muss daher einen feststehenden Lösungsweg anbieten, aber noch nicht bis ins letzte Detail entworfen sein. Allerdings muss sich dieser Lösungsweg bereits an anderer Stelle bewährt haben, sodass kein Bieter eine vollkommene Neuentwicklung anbieten kann.“

Schlussfolgerung:

Aufgabe der AG war es, im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung festzustellen, ob das angebotene System den Mindestanforderungen der Ausschreibung entspricht, und anhand der Zuschlagskriterien jenes Angebot zu ermitteln, welches durch die durch die

Zuschlagskriterien ausgedrückt die Anforderungen des AG am besten erfüllt. Dagegen „muss die Auftraggeberin nicht prüfen, welches System besser sein mag oder zusätzliche, in der Ausschreibung nicht verlangte Leistungen erbringt“.

Die AG kam diesen Verpflichtungen ordnungsgemäß nach, weshalb der Nachprüfungsantrag abzuweisen war.

Widerruf wegen mangelnder budgetärer Deckung; BVwG

BVwG vom 1.03.2016, GZ: W134 2120758-2

Leitsatz:

Die Zulässigkeit eines Widerrufs hängt nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände ab.

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren betreffend die Sanierung des Kaisermühlentunnels nach dem Bestbieterprinzip durch. Der Auftragswert wurde von der AG auf rund 27,9 Mio Euro geschätzt. Von der AG wurden rund 28,1 Mio Euro budgetiert, wobei zwischen der AG und einem Dritten eine vertragliche Übereinkunft bestand, dass der Dritte 65% der gegenständlichen Kosten übernimmt. Bei Angebotsöffnung zeigte sich, dass sämtliche Angebotspreise zwischen rund 36,4 und 38,5 Mio Euro liegen. Die AG widerrief daraufhin das Vergabeverfahren mit der Begründung, dass die budgetäre Deckung nicht gegeben sei.

Die Widerrufsentscheidung wurde vom erstgereihten Bieter vor dem BVwG angefochten. In seinem Antrag auf Nichtigklärung der Widerrufsentscheidung führte der ASt aus, dass die Auftragswertschätzung nicht sachkundig vorgenommen worden und jedenfalls unrichtig sei. Sämtliche angebotenen Preise würden in einer Bandbreite von bloß rund 6% liegen. Einziger Ausreißer sei die Kostenschätzung der AG, welche rund 23% unter dem günstigsten Angebot liege.

Entscheidungsätze:

Das BVwG hielt in seiner Entscheidungsbegründung - iS seiner ständigen Judikatur - fest, dass an die Bestimmung des § 139 Abs 2 Z 3 BVerG, wonach ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen werden kann, wenn dafür sachliche Gründe bestehen, kein strenger Maßstab anzulegen ist.

Jedenfalls hängt die Zulässigkeit eines Widerrufs nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände ab. Selbst durch den AG schuldhaft (auch grob fahrlässig) verursachte Widerrufsgründe können im Einzelfall sachlich sein.

Im Hinblick auf den konkreten Fall führte das BVwG aus, dass die vorliegenden Angebotspreise das Budget der AG erheblich überschreiten. Hinzu kommt, dass ein Dritter in einem Vertrag sich dazu verpflichtet hat, 65% der Kosten des Tunnels zu tragen, ohne jedoch als AG aufzutreten. Diese budgetierte Summe wurde jedoch vom Dritten anderweitig verwendet und steht nicht zur Verfügung. Im Ergebnis war daher davon auszugehen, dass die budgetäre Deckung für das gegenständliche Vergabeverfahren nicht gegeben ist.

Schlussfolgerung:

Vor diesem Hintergrund entschied das BVwG, dass gegenständlich - unabhängig von einem allfälligen (groben) Verschulden der AG - der sachliche Grund der mangelnden budgetären Deckung für einen Widerruf des Vergabeverfahrens gem § 139 Abs 2 Z 3 BVerG vorliegt, weshalb es den Antrag auf Nichtigklärung der Widerrufsentscheidung abwies.

Nachträgliche Verbesserung von Angeboten; VwGH

VwGH vom 4.07.2016, GZ: Ra 2016/04/0015

Leitsatz:

Der VwGH hat festgehalten, dass Festlegungen in der Ausschreibung nach der hiezu ergangenen Rechtsprechung des VwGH auszulegen sind. Nach dieser Rechtsprechung sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann.

Sachverhalt:

Eine AG führte ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen (Linienverkehr) durch. Ein Zuschlagskriterium war die "Ersatzstellungszeit": Je kürzer die im Angebot zugesicherten Ersatzstellungszeiten waren, desto mehr Punkte erhielten die Bieter.

In der Ausschreibung war zudem festgelegt, dass die angegebenen Ersatzstellungszeiten durch Überprüfungsfahrten kontrolliert werden können. Dazu war ergänzt: *„Die Angebotsbewertung erfolgt in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten.“*

Tatsächlich führte die AG solche Überprüfungsfahrten durch. Bei einer Bieterin war die Überprüfungsfahrt deutlich kürzer (also besser) als die im Angebot zugesicherte Ersatzstellungszeit. Die Bieterin war der Ansicht, ihr Angebot hätte besser bewertet werden müssen, weil nach der oben zitierten Festlegung aus der Ausschreibung im Fall von Überprüfungsfahrten die Angebotsbewertung auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten erfolgen müsse und nicht aufgrund der im Angebot zugesicherten Zeiten.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien teilte diese Rechtsmeinung und erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH ist der Ansicht, dass die Bewertung anhand der im Angebot zugesicherten Ersatzstellungszeit und nicht anhand der Zeiten aus den tatsächlichen Überprüfungsfahrten zu erfolgen hatte:

„Wird die in der Ausschreibung vorgenommene Festlegung nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ausgelegt, so wird deutlich, dass die darin vorgesehenen Überprüfungsfahrten dazu dienen, zu überprüfen, ob die im Angebot angegebenen Ersatzstellungszeiten bei StVO-konformer Fahrweise realisierbar sind. Nur danach würden die im Angebot angegebenen Zeiten bewertet.“

In diesem Sinne ist in dieser Festlegung von einer *„Kontrolle der angegebenen Ersatzstellungszeiten“* durch den Auftraggeber nicht aber von einer nachträglichen Verbesserung dieser Zeiten die Rede.

„Wenn der letzte Satz dieser Festlegung sagt, die Angebotsbewertung erfolge in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten, so kann er nicht isoliert dahin verstanden werden, dass er eine nachträgliche Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters erlauben würde. Vielmehr besagt dieser Satz in gesetzeskonformer Auslegung, dass die Ergebnisse der Überprüfungsfahrten dann zur Grundlage der Angebotsbewertung gemacht werden, wenn sie eine längere, als die im Angebot angegebene Ersatzstellungszeit zeigen und die im Angebot angegebenen Ersatzstellungszeiten bei StVO-konformer Fahrweise nicht realisierbar sind.“

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis deutet somit die Festlegung „*Die Angebotsbewertung erfolgt auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten*“ zwar isoliert betrachtet an, dass bei Überprüfungsfahrten statt der im Angebot zugesicherten Zeiten die tatsächlichen Zeiten der Überprüfungsfahrten für die Angebotsbewertung herangezogen werden.

Laut VwGH ist eine solche Auslegung jedoch unzulässig, weil Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform zu interpretieren sind und sonst eine nachträgliche Verbesserung des Angebots zugelassen würde. Die Angebotsbewertung hätte somit nach den Angaben im Angebot durchgeführt werden müssen; die Überprüfungsfahrten dienten dazu, die Einhaltung dieser Angaben zu überprüfen, und nur bei schlechteren Zeiten wären diese anstatt der zugesicherten Zeiten zur Bewertung herangezogen worden.

Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit; VwGH

VwGH vom 4.07.2016, GZ: Ra 2016/04/0085

Leitsatz:

Die vom Bieter alternativ vorgelegten Unterlagen müssen nicht nur geeignet sein, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (abstrakt) darzutun, sondern es muss damit das gleiche Niveau an Eignung nachgewiesen werden, welches der AG mit den ursprünglich von ihm verlangten Unterlagen nachgewiesen haben wollte. Der AG ist dann allerdings in der Folge bei der Eignungsprüfung - und somit auch bei der Prüfung der alternativ vorgelegten Nachweise - an diese (bestandfeste) Festlegung gebunden und hat hinsichtlich aller Bieter den gleichen Maßstab zugrunde zu legen.

Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen eines offenen Verfahrens wurde bestandsfest festgelegt, dass hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit als Mindeststandard eine KSV - Auskunft mit einem geforderten Rating zwischen 100 und 350 vorzulegen ist. Weiters sahen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass - wenn die geforderten Urkunden/Eignungsnachweise aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können - gleichwertige Bescheinigungen vorzulegen sind.

Die präsumtive ZE legte eine KSV-Auskunft mit einem Rating von "0" und andere Nachweise zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit vor. Die ergangene Zuschlagsentscheidung wurde im Wesentlichen mit der Begründung angefochten, dass die geforderte KSV -Auskunft mit einem Rating zwischen 100 und 350 nicht substituierbar sei.

Entscheidungssätze:

Der UVS Tirol wies den Nachprüfungsantrag im ersten Rechtsgang im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass § 74 Abs. 2 BVergG demonstrativen Charakter habe, was bedeute, dass weitere Nachweise bzw. andere Nachweise ebenfalls zulässig sind.

Der VwGH hob das Erkenntnis des UVS Tirol unter anderem mit der Begründung auf, dass *„insbesondere zu untersuchen gewesen wäre, warum die Bewertung seitens des KSV ausgesetzt (und das Rating somit auf 0 gesetzt) worden sei“*.

Er hielt aber fest, dass nicht zu beanstanden sei, *„dass die Behörde einen objektiv berechtigten Grund (betreffend die unterbliebene Vorlage einer KSV -Auskunft mit dem geforderten Rating zwischen 100 und 350) sah und die Nachweiserbringung durch andere Belege grundsätzlich als zulässig erachtete“*.

Mit neuerlichem Erkenntnis wies das LVwG Tirol den Antrag wiederum ab. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass sich aus einer Zusammenschau der herangezogenen Urkunden eindeutig ergebe, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven ZE bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben gewesen sei.

Die ASt bekämpfte das Erkenntnis mit der Begründung, dass eine nicht näher differenzierte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit angenommen worden sei, aber nicht geprüft wurde, ob aus den vorgelegten Unterlagen ein Standard gleichwertig mit demjenigen hervorgehe, den die AG in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt habe.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH hielt dazu fest, dass nur die Art des Nachweises, nicht aber das nachzuweisende Eignungsniveau substituiert werden kann. Bieter, die alternative Nachweise vorlegen, dürfen nicht bevorzugt werden, indem sie nur einen geringeren Eignungsstandard nachweisen müssen. *„Die alternativ vorgelegten Unterlagen müssen daher nicht nur geeignet sein, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (abstrakt) darzutun, sondern es muss damit das gleiche Niveau an Eignung nachgewiesen werden, welches der Auftraggeber mit den ursprünglich von ihm verlangten Unterlagen nachgewiesen haben wollte.“*

Schlussfolgerung:

Da nicht geprüft wurde, ob die vom AG alternativ herangezogenen Unterlagen hin sichtlich ihrer Aussagekraft einem nachgewiesenen KSV-Rating zwischen 100 und 350 gleichwertig sind, wurde der Revision stattgegeben.

Das LVwG Tirol hat im nunmehr dritten Rechtsgang die Gleichwertigkeit des Eignungsniveaus zu prüfen.

Vergaberechtsverstöße können nachträglich zur Kürzung von EU-Förderungen führen; EuGH

EuGH vom 14.07.2016, GZ: C-406/14, Wroclaw

Leitsatz:

Ein Verstoß gegen die Vorschriften der öffentlichen Auftragsvergabe in Form einer unzulässigen Beschränkung der Subvergabe, kann zu einer nachträglichen Kürzung von EU-Förderungen führen.

Sachverhalt:

Die polnische Stadt Wroclaw führte ein Vergabeverfahren über den Bau einer Straße durch. Für dieses Projekt wurde eine Finanzhilfe der Europäischen Union (Kohäsionsfonds und EFRE - Fonds) gewährt.

In den Ausschreibungsunterlagen des Vergabeverfahrens war festgelegt, dass der AN verpflichtet ist, mindestens 25% der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen. Der Vertrag wurde mit einem ausgewählten Teilnehmer abgeschlossen.

Nach Ausführung des Auftrags prüfte die mit der Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit bestimmter von der Union kofinanzierter Projekte betraute Behörde das Projekt. Sie kam dabei zur Auffassung, dass die oben genannte Beschränkung der Subvergabe gegen die Vergabe-RL 2004/18/EG verstoße und ein Risiko der Störung des Wettbewerbsgleichgewichts mit sich bringe, das sich in einer Erhöhung der Angebotspreise niederschlagen könne. Weil diese Vergaberechtswidrigkeit eine „Unregelmäßigkeit“ iS der Allgemeinen StrukturfondsVO darstelle, forderte die Behörde eine finanzielle Berichtigung (Rückzahlung) iHv 5% des Zuschusses (fast € 2 Mio).

Entscheidungssätze:

Der EuGH bestätigte zunächst die Auffassung der Prüfbehörde, wonach die Beschränkung der Subvergabe unzulässig war: *„Die Richtlinie 2004/ 18/EG ist dahin auszulegen, dass es nicht zulässig ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einer Klausel der Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Bauauftrags vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat“.*

Zur Rückforderung der EU-Förderungen führte der Gerichtshof aus, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe grundsätzlich eine "Unregelmäßigkeit" iS der Allgemeinen Strukturfonds-VO darstellt, die eine finanzielle Berichtigung erforderlich macht. Etwas anderes gilt nur, wenn die Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, dass dieser Verstoß eine Auswirkung auf den Haushalt des betreffenden Fonds hatte.

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis verstößt somit eine prozentuale Beschränkung der Subvergabe in einer Ausschreibung gegen die Vergabe-RL 2004/18/ EG und kann eine solche Festlegung dazu führen, dass EU -Förderungen im Rahmen der Allgemeinen Strukturfonds-VO nachträglich gekürzt werden. Dass die rechtswidrige Klausel zum Zeitpunkt der Rückforderung bereits präkludiert ist, spielt dabei keine Rolle.

Ausreichende Begründungspflicht bei Bekämpfung verschiedener Ausschreibungsfestlegungen; LVwG Salzburg

LVwG Salzburg vom 15.07.2016, GZ : 40-5/13/1/22-2016

Leitsatz:

Ein eingebrachter Nachprüfungsantrag, mit dem mehrere vom AG vorgenommene Festlegungen in der Ausschreibung angefochten werden, muss eine ausreichende Begründung enthalten. Ansonsten droht eine Abweisung.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurde eine Rahmenvereinbarung für Verkehrsdienstleistungen (Linienbus) mit einem Auftragswert von € 2 Mio. Die ASt bekämpfte verschiedene Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen:

Entscheidungssätze:

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass die Haftung bzw. die Schadenersatzpflicht des AG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt ist, wobei die Beweislast auf den Bieter überwältzt wurde. Die ASt monierte, dass die Bieter zusätzlich auch auf jeglichen Haftungsanspruch gegenüber dem AG bzw. der vergebenden Stelle verzichten müssen, wenn eine dem Abschluss der Rahmenvereinbarung zugrundeliegende Entscheidung eines Verwaltungsgerichts aufgehoben und nachträglich ein vergaberechtlicher Verstoß festgestellt werde. Eine solche Einschränkung der Haftung der AG sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und der Rechtsmittel-RL unzulässig.

Das LVwG teilte diese Rechtsansicht nicht und hielt fest, dass die Einschränkung zulässig sei, weil sie die Bieter nicht benachteiligt, da diese Festlegung alle Bieter im gleichen Umfang treffe und im Vorhinein klar definiert ist, weshalb kein unkalkulierbares Risiko vorliegt.

Die ASt monierte auch, dass die Pönale-Bestimmungen überschießend und aufgrund fehlender Deckelung sittenwidrig und unsachlich seien.

Dem gegenüber hielt das LVwG fest, dass Vertragsstrafen gem. § 99 Abs. 1 BVergG in den Vertragsbestimmungen des Leistungsvertrags festzulegen seien. Die Höhe einer Vertragsstrafe liege im Ermessen der Vertragsparteien. Im Hinblick auf den zu verhindernden Nachteil seien die Pönalen angemessen. *„Die von der Antragstellerin vorgelegten Beispiele für Pönale sind kaum auf die ggst Ausschreibung anwendbar und unterliegen auch nicht der vergaberechtlichen Nachprüfungskompetenz als zivilrechtlicher Bestandteil des Leistungsvertrages.“*

Die ASt monierte ferner, dass die Pönale für das Nichttragen des Namensschilds (des Unternehmens) in Höhe von fünf Prozent des monatlichen Gesamtentgelts, die bei mehr als fünf Verstößen geltend gemacht werden kann, unzulässig sei.

Das LVwG teile die Rechtsansicht der ASt nicht, weil diese Verhaltensbestimmung zeitgemäß und im Hinblick auf die Kundenorientierung als wesentliche Bedienungsqualität zu bewerten sei. Die Festlegung bewirke auch keine vergaberechtliche Ungleichbehandlung, weil alle Bieter in diesem Regelungsbereich gleich behandelt werden. Weder sei die Regelung unsachlich noch unkalkulierbar.

Schließlich monierte die ASt noch, dass das Zuschlagskriterium des Fahrzeugalters mit dem Parameter des Datums der Erstzulassung nicht sachlich sei. Fahrzeuge mit einer geringeren Kilometerlaufleistung seien besser zu bewerten.

Laut LVwG ist hingegen das Datum der Erstzulassung zulässig und auch üblich.

Schlussfolgerung:

Insgesamt wurde der Nachprüfungsantrag in allen angefochtenen Punkten abgewiesen, da das LVwG Salzburg in keinem der Punkte einen vergaberechtlich begründeten Anfechtungsgrund sah.

Bestandskraft von Festlegungen in der Ausschreibung; BVwG

BVwG vom 14.06.2016, GZ: W138 2126059-2

Leitsatz:

Auch in einem Verhandlungsverfahren werden Festlegungen des Auftraggebers bestandsfest, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen angefochten werden.

Sachverhalt:

Der AG führte ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss eines Leistungsvertrags über den Betrieb von Kinder- und Jugendrehabilitationseinrichtungen nach dem Bestbieterprinzip durch. In den Ausschreibungsunterlagen wurde der Höchsttagsatz für Rehabilitanden mit € 225,- festgesetzt und festgelegt, dass Letztangebote, die einen höheren Tagessatz aufweisen, als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden werden. Der AG behielt sich dabei vor, den Höchsttagsatz abhängig vom Ergebnis der Erstangebote bzw der Verhandlungen in den Ausschreibungsunterlagen für die Legung der Letztangebote anzupassen.

Nach der Erstangebotslegung und der darauffolgenden Durchführung von Verhandlungen stellte der AG den Bietern die überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung und wurden diese aufgefordert, ein verbindliches Letztangebot zu legen. In diesen "Last-and-Best-Offer-Ausschreibungsunterlagen" wurde u.a. der Höchsttagessatz für Rehabilitanden auf € 250,- erhöht. Zudem wurde - wie schon in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen - festgelegt, dass Letztangebote mit einem höheren Tagessatz als dem vom AG festgesetzten ausgeschieden werden.

Der ASt brachte in der Folge beim BVwG einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit und gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen ein.

Entscheidungssätze:

Zur Bestandskraft der Festlegung, wonach Letztangebote, die einen höheren als den vom AG festgesetzten Höchsttagsatz aufweisen, als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden werden, führte das BVwG in seiner rechtlichen Beurteilung wie folgt aus:

Zwar dürfe im Verhandlungsverfahren über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden und können Leistungsbestimmungen vom AG auch einseitig geändert werden, jedoch ändere nach Ansicht des erkennenden Senats nichts daran, dass „auch in einem Verhandlungsverfahren Festlegungen des Auftraggebers bestandsfest werden können, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen angefochten werden“.

Gegenständlich treffe dies u.a. auf die oben angeführte Festlegung zu. „*Nachdem diese Bestimmung unverändert von der ersten Ausschreibungsunterlage in die Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer übernommen wurde, kann diese aufgrund von Bestandfestigkeit nicht mehr angefochten werden. Dies beziehe sich jedoch nicht auf die betragliche Höhe des Höchsttagessatzes für Rehabilitanden. Dieser wurde mit der Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer von € 225,- auf € 250,- geändert.*“

Daran anknüpfend erkannte das BVwG zur Zulässigkeit der Kostenobergrenze wie folgt: „Zumal es Sache des Auftraggebers ist, die Anforderung an die Leistung festzulegen, spricht aus vergaberechtlicher Sicht nichts gegen eine transparente Festlegung einer

Kostenobergrenze, wie im gegenständlichen Fall. Den Unterlagen des Vergabeverfahrens kann auch entnommen werden, dass sich in den angefochtenen Losen mehrere Bieter durch Legung von Angeboten beteiligt haben. Ein Wettbewerb ist daher gegeben und muss sich nicht jeder Unternehmer ungeachtet seiner technischen Möglichkeiten und seiner Fähigkeiten an dem Vergabeverfahren beteiligen können."

Schlussfolgerung:

Eine Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage "Last and Best Offer" und der in den Ausschreibungsunterlagen "Last and Best Offer" festgelegten Höchsttagessätze kam daher nach Entscheid des BVwG nicht in Betracht und wurden die diesbezüglichen Anträge auf Nichtigerklärung vom BVwG daher abgewiesen.

Auftragswertberechnung - Welche Leistungen sind zusammen zu rechnen? VwGH

VwGH vom 20.04.2016, GZ: Ro 2014/04/0071

Leitsatz:

Es besteht keine Verknüpfung der Begriffe „Bauvorhaben“ und „Bauwerk“. Ob ein einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist ausschließlich anhand einer funktionalen Betrachtungsweise zu beurteilen. Ob mehrere Bauwerke davon umfasst sind oder die zu vergebenden Leistungen ein einziges Bauwerk betreffen, ist irrelevant.

Sachverhalt:

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen verwaltet, saniert und bewirtschaftet rund 220.000 Gemeindewohnungen, 5.400 Lokale und über 47.000 Garagen- und Abstellplätze. Wiener Wohnen hat vier Aufträge über Instandsetzungsarbeiten (2x Baumeisterarbeiten und 2x Glaserarbeiten) in vier verschiedenen Wohnhausanlagen mittels vier Direktvergaben vergeben. Die Auftragsvergabe verfolgte jeweils den Zweck der Bewirtschaftung der Wohnungen.

Entscheidungssätze:

Gegenstand des Einspruchs eines Unternehmens vor dem LVwG Wien war die Frage, ob die vier Bauaufträge und überhaupt alle gleichartigen Bauleistungen für die von Wiener Wohnen verwalteten Gebäude zusammenzurechnen wären. Das Verwaltungsgericht Wien entschied, dass lediglich Bauleistungen an einem einzigen Bauwerk - nicht jedoch Bauleistungen an verschiedenen Bauwerken - zusammenzurechnen sind.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der Verwaltungsgerichtshof hob das Erkenntnis des WVwG Wien auf und hielt einleitend Folgendes fest:

- Die Begriffe „Bauwerk“ und „Bauvorhaben“ sind **voneinander abzugrenzen**.
- Der weiter gefasste Begriff des „**Bauvorhabens**“ erfasst neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen (wie Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen).
- Der Begriff des „**Bauwerks**“ beschreibt die Herstellung eines (funktionsfähigen) Ganzen, das bis zur letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist.
- Ein einheitliches Vorhaben kann auch dann vorliegen, wenn **mehrere Bauwerke** von den Maßnahmen betroffen sind.

In seiner weiteren Beurteilung hielt der VwGH fest, dass bei der Berechnung des geschätzten Gesamtwerts alle zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Verlängerungen zu berücksichtigen sind. Für den Fall, dass sich ein Bauvorhaben in mehrere Lose unterteilen lässt und für diese jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, sind alle diese Lose gem. § 14 Abs 1 BVergG bei Berechnung des geschätzten Auftragswerts zusammenzurechnen.

Für die Beurteilung, ob ein für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts maßgebliches einheitliches Vergabevorhaben iSd § 13 BVergG vorliegt, ist der Rechtsprechung des EuGH zufolge von einer - in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht - funktionellen Betrachtungsweise auszugehen. Die gebotene funktionelle Betrachtung erfordert nach der Rechtsprechung des VwGH die Einbeziehung unterschiedlicher

Gesichtspunkte wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten.

Darüber hinaus ist als weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen, ob die infrage stehenden Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Diese Prüfung hat im Einzelfall der Vergabe eines Auftrags ausgehend von den jeweiligen tatsächlichen Umständen zu erfolgen.

Schlussfolgerung:

Der Umfang eines Bauvorhabens knüpft nicht an den Begriff des Bauwerks an. Die Zugehörigkeit einzelner beauftragter Leistungen zu einem Bauvorhaben setzt somit nicht voraus, dass diese Leistungen jeweils an demselben Bauwerk durchgeführt werden.

Laut VwGH habe das LVwG Wien primär darauf abgestellt, ob sich die zu erbringenden Leistungen jeweils auf dasselbe Bauwerk bzw. dieselbe Wohnhausanlage beziehen. Da weitere maßgebliche Tatsachenumstände, wie es die gebotene funktionale Betrachtung in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfordere, außer Acht geblieben seien, wurde der Revision stattgegeben und das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts aufgehoben. Das Verwaltungsgericht wird die Auftragsvergabe vor diesem Hintergrund neu beurteilen müssen.

Praxistipp:

Nach wie vor gilt:

Liegt ein einheitliches Vergabevorhaben vor, sind alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zusammenzurechnen. Überschreitet dieser Wert die einschlägige EU-Oberschwellengrenze, sind alle Leistungen in einem Verfahren im Oberschwellenbereich mit EU-weiter Bekanntmachung zu vergeben. Ausnahmen können sich nur aus der Kleinlosregelung ergeben. VwGH 23.05.2014, GZ: 2013/04/0025.

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
LVwG	Landesverwaltungsgericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OSB	Oberschwellenbereich
USB	Unterschwellenbereich
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	Vergleiche
VKS Wien	Vergabekontrollsenat Wien
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

Stand: Dezember 2016

Diese Information ist ein Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern.

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

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

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

Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1615,

Hinweis! Diese Information finden Sie auch im Internet unter <https://wko.at/>. Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster

Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen. Bei allen

personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!