



WIRTSCHAFTS RECHT

**AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE
ENTSCHEIDUNGEN
TEIL VI**

STAND: DEZEMBER 2015

Inhalt

Zuschlagskriterium „Qualität des Schlüsselpersonals“; EuGH	3
Pauschalgebühren für Nachprüfungsanträge; VfGH.....	4
Begründungstiefe der Zuschlagsentscheidung; BVwG	6
Auftraggeber sind an festgelegte Ausscheidensgründe gebunden; EuGH.....	7
Führt der Erhalt öffentlicher Mittel zu einem Wettbewerbsvorteil? EuGH.....	7
Zulässigkeit der Vorlage eines englischsprachigen Dokuments?; BVwG	8
Leistungsfähig trotz KSV-Rating von „0“?; VwGH	9
Festlegungen in der Ausschreibung sind gesetzeskonform zu lesen; VwGH	10
Gestaltung von Leistungs- und Eignungsanforderungen; LVwG Wien.....	13
Ordensspitäler sind öffentliche Auftraggeber; VwGH	14
Tücken der Angebotsöffnung; LVwG Vorarlberg.....	16
Vorwirkung der neuen Vergaberichtlinien; LVwG NÖ.....	17
Verfügen über die geforderte Befugnis; BVwG	19
Abweichende Mengenangabe; LVwG Wien	19
Eröffnung eines Insolvenzverfahrens; VfGH.....	22
Flexibilität von Rahmenvereinbarungen; VwGH.....	24
Rügepflicht bei der Angebotsöffnung; UVS OÖ	25
Anwendung der Vergaberegeln im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise; EK-Mitteilung	27
Subunternehmer oder Lieferant; LVwG Wien.....	29
Veränderter Bieterkreis; BVwG	29
Vorlage des gleichen Musters durch mehrere Bieter; LVwG Wien	31
Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung; BVwG.....	32
Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung; VwGH	33
Qualität des Schlüsselpersonals als Zuschlagskriterium; EuGH	33
Angemessenheit von Eignungs- und Auswahlkriterien; BVA	35
Berechnung des geschätzten Auftragswerts; BVA.....	36
Abkürzungsverzeichnis:	38

Zuschlagskriterium „Qualität des Schlüsselpersonals“; EuGH

EuGH vom 26.03.2015, Rs: C-601/13

Leitsatz:

Der EuGH hat in seinem Erkenntnis, Rs C-601/13, Ambisig, die in Österreich nunmehr wohl unbestrittene Auffassung (vgl. dazu VwGH 26.06.2009, Zl: 2009/04/0024) bestätigt, dass die Qualität der vom Bieter für die Ausführung des Auftrages konkret vorgeschlagenen Personen - etwa im Hinblick auf deren Erfahrungen und deren beruflichen Werdeganges - zulässiger Weise vom AG als Zuschlagskriterium vorgesehen werden kann.

Zur Abgrenzung zum Erkenntnis „Lianakis“ (Rs C-532/06) weist der EuGH darauf hin, dass „Lianakis“ das Personal und die Erfahrung der Bieter im Allgemeinen betroffen hat und nicht, wie im vorliegenden Fall, das Personal und die Erfahrung der Personen, die ein bestimmtes Team bilden, das ganz konkret den Auftrag auszuführen hat.

Entscheidungssätze:

Da - insbesondere bei Dienstleistungen mit „intellektuellem Charakter“ - die Qualität der Ausführung eines öffentlichen Auftrags maßgeblich von der beruflichen Qualifikation der mit der Ausführung beauftragten Personen - die sich aus ihrer beruflichen Erfahrung und ihrer Ausbildung zusammensetzt - abhängig sein kann und diese Qualität ein wesentliches Merkmal des Angebots sein und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen kann, kann diese Qualität als Zuschlagskriterium vom AG verwendet werden.

Schlussfolgerung:

Dieses Judikat sollte nunmehr endgültig allfällige Diskussionen über die Zulässigkeit derartiger Kriterien als Zuschlagskriterien beenden. Spätestens mit der Umsetzung der neuen Vergabe-RL sollte in Österreich explizit klargestellt sein, dass das Kriterium „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ bei der Ermittlung des „besten“ Angebotes jedenfalls herangezogen werden darf.

Pauschalgebühren für Nachprüfungsanträge; VfGH

VfGH vom 28.11.2014; ZI: E 577/2014

Leitsatz:

Bei der Festlegung und Bemessung der Gerichtsgebühren kommt dem Gesetzgeber ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu, der es erlaubt, von einer Durchschnittsbetrachtung auszugehen und an leicht feststellbare Merkmale anzuknüpfen.

Sachverhalt:

Im gegenständlichen Fall hatte der AG die beschwerdeführende Gesellschaft mangels Eignung nicht zur zweiten Stufe zugelassen, weil der Bieter lediglich eine KSV-Auskunft und nicht - wie in der Ausschreibung gefordert - die Bonitätsauskunft eines Kreditinstituts vorgelegt hatte.

Entscheidungsätze:

Das BVwG bestätigte die Entscheidung des AG und begründete dies damit, dass nach den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen zwingend eine Bonitätsauskunft eines Kreditinstituts gefordert wird, sodass die Frage der Gleichwertigkeit der KSV-Auskunft mit einer Bonitätsauskunft unerheblich sei, und wies folglich auch den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren iHv € 18.468,- ab.

Die bf. Gesellschaft erhob gegen das Erkenntnis des BVwG Beschwerde beim VfGH und begründete dies insbesondere damit, dass § 318 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs 2 der BVwG-Pauschalgebührenverordnung als verfassungswidrig bzw. gesetzwidrig aufzuheben sind. Vor allem die Höhe der Gebühr sei überzogen und unsachlich, da sie in keinem Verhältnis zum Verfahrensaufwand stehe, zumal es sich um Rechtsfragen handelte, deren Beantwortung keines besonderen Ermittlungsaufwands bedarf. Zudem gelten in der BVwG-Pauschalgebührenverordnung für die Anfechtung von Teilnahmebedingungen oder Ausschreibungsunterlagen verringerte Gebührensätze, obwohl der Verfahrensaufwand dort sogar höher sei, womit auch in dieser Hinsicht eine Gleichheitswidrigkeit vorliege.

Erkenntnis des VfGH:

Diese Argumente vermochten den VfGH nicht zu überzeugen. Dies deshalb, da bei der Festlegung und Bemessung der Gerichtsgebühren dem Gesetzgeber ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt, der es erlaubt, von einer Durchschnittsbetrachtung auszugehen und an leicht feststellbare Merkmale anzuknüpfen. Dazu komme, dass keine strenge Äquivalenz zwischen der Gebühr und dem beim Gericht verursachten Aufwand erforderlich ist. Der VfGH beurteilte daher im konkreten Fall die Pauschalgebühren als verfassungskonform.

Hinsichtlich der weiteren Beschwerdegründe (Frage der Gleichwertigkeit der KSV-Auskunft; unterlassene Ermittlungen der belangten Behörde zum Auftragswert) hielt der VfGH fest, dass diese Rechtsfragen nicht in die Verfassungssphäre reichen und daher nicht vom VfGH zu prüfen sind.

Schlussfolgerung:

Die Grenze ist nach dem VfGH dort zu ziehen wo der Zugang zum Rechtsschutz übermäßig beeinträchtigt wird. Eine solche Überschreitung wurde in der Höhe der Pauschalgebühren nicht erblickt. Zudem sind die von der bf. Gesellschaft angeführten reduzierten Gebührensätze in der BVwG-Pauschalgebühren-verordnung für die Anfechtung von Teilnahmebedingungen od. Ausschreibungsunterlagen durchaus sachlich, weil damit bereits Unklarheiten in einer frühen Phase des Vergabeverfahrens geklärt werden sollen.

Begründungstiefe der Zuschlagsentscheidung; BVwG

BVwG vom 19.01.2015; ZI: W 123/2015052-2

Leitsatz:

Gemäß ständiger Rechtsprechung des VwGH ist eine Zuschlagsentscheidung ohne Begründung rechtswidrig (vgl. dazu ua ZI. 2009/04/0085).

Mit der Frage, wie genau eine Zuschlagsentscheidung im Falle der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen begründet werden muss, hat sich kürzlich das BVwG befasst.

Sachverhalt:

Konkret ging es um die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen im Bereich von Bildungsmaßnahmen. In der Zuschlagsentscheidung wurden neben dem Namen und dem Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur die vom ASt erzielten Gesamtpunkte in den einzelnen Zuschlagskriterien bekannt gegeben.

Entscheidungsätze:

Bereits vor der BVergG-Novelle 2012 sprach der VwGH aus, dass betroffene Bieter auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen anhand der Begründung einer Zuschlagsentscheidung in die Lage versetzt werden müssen, rechtzeitig eine wirksame Nachprüfung dieser Entscheidung in die Wege zu leiten (ua ZI. 2011/04/0173; ZI. 2011/04/0133).

Mit der BVergG-Novelle 2012 wurde in § 141 Abs 6 BVergG schließlich die Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung auch für nicht prioritäre Dienstleistungen ausdrücklich festgelegt. Den unterlegenen Bietern sind daher jedenfalls auch die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben.

Das BVwG führte daher zusammengefasst aus, dass die Zuschlagsentscheidung nicht alle „wesentlichen und erforderlichen Informationen“ enthielt. Dem ASt war es somit nicht möglich, einen begründeten Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung zu stellen; er konnte allerdings auf die Rechtsprechung des VwGH zur mangelhaften Begründung bei Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung (bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen) hinweisen. Die Zuschlagsentscheidung wurde daher für nichtig erklärt.

Schlussfolgerung:

Der AG hat die Zuschlagsentscheidung nicht so begründet, dass der ASt rechtzeitig jene Information bekommen hat, um einen begründeten Nachprüfungsantrag einbringen zu können. Selbst eine - hier durch den AG erfolgte - nachträgliche telefonische Bekanntgabe von Informationen vermag die unterlassene Begründungspflicht - aufgrund der dem ASt zur Verfügung stehenden verkürzten Zeit - nicht mehr aufzuwiegen.

Auftraggeber sind an festgelegte Ausscheidensgründe gebunden; EuGH

EuGH vom 6.11.2014;Rs: C-2/13, CEM

Leitsatz:

Legt ein AG in den Verfahrensunterlagen bestandfest einen Ausscheidungsgrund fest, so ist er bei Erfüllung dieses Ausscheidungsgrundes verpflichtet, entsprechend seiner eigenen Festlegung vorzugehen und den Ausscheidungsgrund auch entsprechend wahrzunehmen.

Sachverhalt:

Konkret legte ein AG fest, dass die Nichtvorlage eines Nachweises über die strafrechtliche Unbescholtenheit einer Schlüsselperson (konkret: des technischen Leiters) zur Ausscheidung des Angebotes führt. Dass ein Auftraggeber an diese eigene Festlegung gebunden ist, ist soweit - auch aufgrund der bisherigen Rechtsprechung - unbestritten. Begründet wird dies mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. dazu EuGH 10.10.2013, Rs C-336/12, *Manova*).

Entscheidungsätze:

Im ggst. Fall hat der EuGH aber darüber hinaus entschieden, dass der AG selbst dann an seine Festlegung gebunden ist, wenn „*dem öffentlichen Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote eine Erklärung übermittelt wurde oder dargelegt wird, wonach die betreffende Person irrtümlicherweise als technischer Leiter bezeichnet wurde*“.

Schlussfolgerung:

Der EuGH geht in diesem Judikat also noch einen (formalistischen) Schritt weiter als in seiner bisherigen Rechtsprechung. Sogar wenn eine Person irrtümlich genannt wird, ist für die irrtümlich genannte Person der geforderte Nachweis bei sonstiger Ausscheidung zu erbringen.

Führt der Erhalt öffentlicher Mittel zu einem Wettbewerbsvorteil?

EuGH

EuGH vom 18.12.2014; Rs: C-568/13

Leitsatz:

Eine Angebotslegung durch eine durch öffentliche Mittel geförderte öffentliche Einrichtung steht den unionsrechtlichen Grundsätzen nicht entgegen, auch wenn dadurch die Möglichkeit eines Wettbewerbsvorteils besteht.

Sachverhalt:

Anlass war die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an eine Universitätsklinik (öffentliche Einrichtung). Laut der Bf verstößt die Vergabe gegen ein nationales Verbot, wonach sich öffentliche Einrichtungen an öffentlichen Ausschreibungen nicht beteiligen dürften. Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens waren somit die Fragen, ob der grundsätzliche Ausschluss öffentlicher Einrichtungen als Bieter unionsrechtskonform ist,

und ob ein sich auf Grund des Erhalts öffentlicher Mittel ergebender Wettbewerbsvorteil gegen unionsrechtliche Vorschriften verstößt.

Entscheidungssätze:

Der EuGH führte unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung zur ersten Frage aus, dass *„jede Person oder Einrichtung als Bieter oder Bewerber auftreten darf, die meint, dass sie den betreffenden Auftrag ausführen kann, unabhängig von ihrem - privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen - Status und der Frage, ob sie auf dem Markt systematisch tätig ist oder nur gelegentlich auftritt“*. Die Mitgliedstaaten könnten zwar bestimmten Wirtschaftsteilnehmern (zB Universitätskliniken) die Erbringung bestimmter Leistungen verwehren. Soweit jedoch eine solche Einschränkung nicht gegeben ist, widerspricht eine nationale Rechtsvorschrift, wonach öffentliche Einrichtungen generell nicht an öffentlichen Vergabeverfahren als Bieter teilnehmen dürfen, dem Unionsrecht.

Zur zweiten Frage wies der EuGH zunächst darauf hin, dass das Unionsrecht keine Definition des Begriffs „ungewöhnlich niedriges Angebot“ enthält. Die Definition der „Ungewöhnlichkeitsschwelle“ sei Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der öffentlichen Auftraggeber.

Schlussfolgerung:

Ein Bieter kann daher nicht von vornherein und ohne weitere Prüfung von der Teilnahme an einem öffentlichen Verfahren ausgeschlossen werden, weil er wegen des Erhalts öffentlicher Mittel in der Lage ist, *„zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen von nicht subventionierten Bietern liegen“*.

Ein ungewöhnlich niedriges Angebot sei jedoch unter Zugrundelegung aller in Hinblick auf die Leistung maßgeblichen Gesichtspunkte im „Verhältnis zur Leistung“ zu beurteilen. Allerdings hält der EuGH auch fest, dass ein Auftraggeber bei der Prüfung, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, *„in Hinblick auf die Möglichkeit, dieses Angebot abzulehnen, eine öffentliche Finanzierung berücksichtigen kann.“*

Zulässigkeit der Vorlage eines englischsprachigen Dokuments?; BVwG

BVwG vom 17.11.2014; W134 2012864-2

Leitsatz:

Das BVwG hatte im Zusammenhang mit einer Ausschreibung im IT-Bereich zu entscheiden, ob das Angebot der ASt, dem ein Dokument in englischer Sprache beigelegt war, rechtmäßig ausgeschieden wurde, weil es in deutscher Sprache hätte vorgelegt werden müssen.

Sachverhalt:

Die ASt hatte vorgebracht, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat, da der AG in der Ausschreibungsunterlage englischsprachige Dokumente explizit für zulässig erachtet hatte. Die Festlegung, dass *„ausschließlich hinsichtlich der Dokumentation technischer Systemparameter“* englischsprachige Dokumente vorgelegt werden dürfen, könne nicht so verstanden werden, dass komplexe Systembeschreibungen passagenweise vom Englischen ins Deutsche übersetzt werden müssen.

Der AG bestritt dies und gab an, dass das Angebot sowie jedes weitere Schriftstück (Angebot, Unterlagen, Korrespondenz usw.) in deutscher Sprache zu erstellen war. Zudem komme den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ein ganz eindeutiger Erklärungswert zu, wonach bieterseitig „*ausschließlich die Dokumentation der technischen Systemparameter*“ in englischer Sprache vorgelegt werden durfte und das in Frage stehende Dokument jedenfalls nicht ausschließlich technische Systemparameter enthielt. Das Angebot war daher laut AG auszuschneiden gewesen.

Entscheidungssätze:

Das BVwG war der Ansicht, dass das von der ASt ihrem Angebot beigelegte ausschließlich in englischer Sprache verfasste Handbuch nicht ausschließlich die Dokumentation technischer Systemparameter enthielt. Aus diesem Grund hätte es jedenfalls entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen auch nicht ausschließlich in englischer Sprache vorgelegt werden dürfen, sondern zumindest deutschsprachige Teile enthalten müssen.

Weiters hielt das BVwG fest, dass dieser Mangel des Angebotes der ASt auch nicht einer Verbesserung zugänglich sei, da die ASt ansonsten gegenüber anderen Bietern einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil hätte, wenn man ihr erlauben würde, diese zwingend in deutscher Sprache vorzulegenden Informationen vorerst in englischer Sprache und unübersetzt vorzulegen (vgl. dazu VwGH 12.05.2011, ZI: 2008/04/0087).

Schlussfolgerung:

Das Angebot der ASt wurde daher aufgrund der Tatsache, dass es sich um einen unbehebbarer Mangel gehandelt hat, zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden.

Leistungsfähig trotz KSV-Rating von „0“?; VwGH

VwGH vom 17.09.2014; ZI: 2013/04/0056

Leitsatz:

In dieser Entscheidung setzte sich der VwGH mit der Frage auseinander, ob bei Vorliegen gewisser Umstände, ein Bieter wirtschaftlich/ finanziell leistungsfähig sein kann, auch wenn sein KSV-Rating auf „0“ lautet.

Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen eines offenen Verfahrens wurde von der AG 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 in den allgemeinen Hinweisen zur Eignung vor, dass - wenn die geforderten Urkunden/ Eignungsnachweise aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können - gleichwertige Bescheinigungen vorzulegen sind. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin legte ein KSV-Rating von „0“ vor; dennoch war beabsichtigt, ihr den Zuschlag zu erteilen.

Die ergangene Zuschlagsentscheidung wurde von der Bf mit der Begründung angefochten, dass die geforderte KSV-Auskunft nicht substituierbar sei und sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung in der „nach-konkurslichen Zahlungsfrist“ befunden habe. Sie habe deshalb die Mindeststandards nicht erfüllt und wäre auszuschneiden gewesen.

Entscheidungssätze:

Der UVS Tirol wies den Nachprüfungsantrag ab. Der daraufhin eingebrachten VwGH-Beschwerde wurde teilweise stattgegeben. Der VwGH führte aus, dass das KSV-Rating von „0“ konkret als neutrale Bewertung bzw als „Nichtbewertung“ anzusehen ist. Dieses Rating bedeutet aber nicht, dass die wirtschaftliche/ finanzielle Leistungsfähigkeit nicht gegeben war. Nach Aussagen eines Zeugen stehe die Bewertung „0“ zwar im Zusammenhang mit dem vormaligen Insolvenzverfahren der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, hat jedoch ihre Ursache primär in der fehlenden Verfügbarkeit aktueller, für ein KSV-Rating erforderlicher Unterlagen.

Davon ausgehend ist fallbezogen und im Sinne von § 74 Abs 2 die Nachweiserbringung durch andere Belege für zulässig zu erachten. Im Ergebnis schließt ein KSV-Rating von „0“ nicht grundsätzlich die Möglichkeit der Nachweiserbringung auf andere Weise aus.

Trotzdem gab der VwGH der Beschwerde teilweise statt. Ursache dafür war, dass der UVS Tirol für die Beurteilung der Eignung nicht auf den laut BVergG maßgeblichen Zeitpunkt, sondern auf den Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung abstellte. Der VwGH wies in diesem Zusammenhang auf die gesetzliche Bestimmung des § 69 Z 1 BVergG hin, wonach im offenen Verfahren die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss.

Schlussfolgerung:

Dies bedeutet, dass im Fall des Nachreichens von Unterlagen zu prüfen ist, ob der Aussagewert dieser Unterlagen darin besteht, dass der betreffende Bieter schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die erforderliche Eignung besessen hat und sie nunmehr bescheinigt. Dem Bescheid des UVS Tirol ließ sich jedoch nicht entnehmen, dass die wirtschaftliche/ finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlag, weshalb der Bescheid teilweise aufzuheben war.

Festlegungen in der Ausschreibung sind gesetzeskonform zu lesen;

VwGHVwGH vom 27.10.2014, ZI: 2012/04/0065

Leitsatz:

Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und somit in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen.

Sachverhalt:

Der VwGH hatte über die Beschwerde einer Bieterin gegen die Abweisung ihres Nichtigerklärungsantrages betreffend die Zuschlagsentscheidung zu entscheiden, wobei die mangelnde technische Leistungsfähigkeit der präsumptiven Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgebracht wurde.

Dem lag ein offenes Verfahren im OSB für Sektoren-AG zur Vergabe des Betriebes der Autobuslinie X in W zugrunde. Nach den der bestandsfesten Ausschreibung zugrunde liegenden allgemeinen Eignungsanforderungen des AG hatten die Bieter ihre technische Leistungsfähigkeit wie folgt nachzuweisen:

Die Bieter hatten auf Aufforderung nachzuweisen, dass sie zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über die im Wageneinsatzplan (Beilage zum Leistungsverzeichnis) geforderte Anzahl (6 Fahrzeuge + 1 Reservefahrzeug) verfügen. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hatte die präsumptive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot zunächst das schriftliche Angebot eines Fahrzeuglieferanten über die Lieferung von 6 Fahrzeugen zur Leistungsbeginn vorgelegt. Über - nach Angebotsöffnung am 18.11.2011 ergangener - Aufforderung des AG reichte sie ein Angebot desselben Fahrzeuglieferanten datiert vom 22.11.2011 über 7 Stück entsprechender Fahrzeuge mit Liefertermin Juni 2012 nach.

Entscheidungssätze:

Die belangte Behörde führte im abweisenden Bescheid begründend aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein verbindliches, inhaltlich unbedenkliches Angebot vorgelegt und damit einen ausreichenden Nachweis betreffend die Verfügbarkeit der Fahrzeuge in der erforderlichen Anzahl erbracht hat.

VwGH-Entscheidungssätze:

Das sah der VwGH anders und hob den angefochtenen Bescheid auf. Dabei verwies er ua auf § 230 Z 1 BVergG, wonach beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss.

Für den Fall der Nichterfüllung dieser Bestimmung führte der VwGH die Vorjudikatur zur Behebbarkeit von Mängeln und dabei die Unterscheidung an, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit als solche fehlt (in diesem Fall läge ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis der - im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden - Leistungsfähigkeit mangelt (dabei handelt es sich um einen behebbaren Mangel).

Im ggst. Fall ist nach der bestandsfesten Ausschreibung die technische Leistungsfähigkeit (zum Zeitpunkt der Leistungserbringung (über 6 Fahrzeuge plus 1 Reservefahrzeug zu verfügen) nachzuweisen. Bei gesetzeskonformer Interpretation der Ausschreibungsbedingungen musste der Bieter zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung zwar nicht schon tatsächlich über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen, sondern (bloß) einen - über Aufforderung vorzulegenden - Nachweis für die Verfügbarkeit dieser Fahrzeuge zu Leistungsbeginn besitzen.

Durch das über Aufforderung der AG nach Angebotsöffnung vorgelegte „verbindliche Angebot“ eines Fahrzeuglieferanten vom 22.11.2011 über die geforderte Anzahl geeigneter Fahrzeuge mag zwar nachgewiesen sein, dass der Bieter nunmehr die laut Ausschreibung geforderte technische Leistungsfähigkeit erbringt.

Schlussfolgerung:

Der VwGH verweist jedoch darauf, dass diese vom 22.11.2011 - somit zu einem nach Angebotsöffnung liegenden Zeitpunkt - datierte Urkunde entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde nicht geeignet ist, das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit für

den gemäß § 230 Z 1 BVergG relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu belegen
(Verweis auf VwGH, Zl: 2009/04/0203 vom 11.11.2011).

Gestaltung von Leistungs- und Eignungsanforderungen; LVwG Wien

LVwG Wien vom 23.09.2014; VGW-123/074/28998/2014

Leitsatz:

Das LVwG Wien hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die mittels Eigenerklärung vorzuweisende Einhaltung einer Altersvorgabe für Fahrzeuge ein zulässiges Eignungskriterium sein kann.

Sachverhalt:

Die Sektoren-AG führte ein Vergabeverfahren zum Betrieb von Anrufsammeltaxis nach dem Billigstbieterprinzip durch. In den Ausschreibungsunterlagen war unter der Überschrift „Eignungskriterium und Nachweis“ eine Eigenerklärung verlangt, dass keines der zum Einsatz kommenden Fahrzeuge älter als Baujahr 2012 sein wird.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien erachtete die geforderte Altersvorgabe inhaltlich als auftragsbezogene Verpflichtung für die zukünftige Leistungserbringung und damit als Anforderung an den Leistungsgegenstand (auftragsbezogenes Leistungskriterium). Formell hingegen, war das Erfordernis als Anforderung an die Eignung des Bieters zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eingeordnet (Eignungskriterium). Darüber hinaus war die Festlegung als Eignungserfordernis auch formell unvollständig, da in den Ausschreibungsunterlagen kein Nachweis zur Einhaltung dieser Bestimmung, wie beispielsweise die Vorlage von Zulassungsscheinen oder Verträgen, verlangt war. Laut LVwG Wien wäre die ggst. Festlegung entweder in Form eines Leistungs- oder in Form eines Eignungserfordernisses an sich zulässig, sofern die einheitliche Einordnung und Ausgestaltung des Kriteriums entsprechend eingehalten wird.

Schlussfolgerung:

Im konkreten Fall wurde diese Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen aber formell als Eignungskriterium festgelegt, während die inhaltliche Ausgestaltung einem Leistungserfordernis entsprach, wodurch es zu einer unzulässigen Vermengung von Eignungs- und Leistungsanforderungen kam. Da in den Ausschreibungsunterlagen streng zwischen Eignungskriterien und Leistungskriterien zu trennen ist, war die Festlegung daher für nichtig zu erklären.

Ordensspitäler sind öffentliche Auftraggeber; VwGH

VwGH vom 17.09.2014; ZI: 2013/04/0144

Leitsatz:

Der UVS OÖ hat im vergangenen Jahr im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens die Auftraggebereigenschaft für zwei Ordensspitäler in Wien und Oberösterreich bejaht. Der VwGH bestätigte nun den Bescheid des UVS OÖ.

Sachverhalt:

In der Ausgangssache führten zwei Ordensspitäler in Wien und OÖ ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im OSB zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch und rechtfertigten ihre Vorgangsweise damit, dass sie keine öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG sind.

Entscheidungssätze:

Der UVS OÖ kam in seinem Bescheid zum gegenteiligen Ergebnis, nämlich dass es sich bei beiden Spitälern sehr wohl um „Einrichtungen“ iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG handelt. Nach dieser Bestimmung unterliegt eine „Einrichtung“ dann dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn u.a. folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Die Einrichtung erfüllt im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art und wird entweder überwiegend durch öffentliche Auftraggeber finanziert od. ihre Leitung unterliegt der Aufsicht durch Letztere.

VwGH-Entscheidungssätze:

Betreffend des ersten Punktes stellte der VwGH fest, dass beide Krankenanstalten eine gemeinnützige Krankenanstalt betreiben und sie eine *„gesetzliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der medizinischen Versorgung durch den unterbrechungslosen Betrieb der Krankenanstalt“* trifft. Es handelt sich dabei um Aufgaben im Allgemeininteresse. Weiters hielt der VwGH fest, dass das Wesen der Gemeinnützigkeit darin liegt, dass der Betrieb nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist. Aus diesem Grund bejahte der VwGH das Vorliegen von Aufgaben „nicht gewerblicher Art“.

Hinsichtlich des zweiten Punktes führte der VwGH zunächst aus, wann eine überwiegende Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber vorliegt. Dabei stütze er sich in seinen Ausführungen auf die Rechtsprechung des EuGH (EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, EuGH 11.06.2009, Rs C-300/07, *Oymanns*). in seiner Begründung stützte sich der VwGH dann aber lediglich auf die Alternative der Aufsicht durch öffentliche Auftraggeber. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass die Spitäler der strengen wirtschaftlichen und organisatorischen Aufsicht durch den jeweiligen Landesgesundheitsfonds und der Gebarungskontrolle durch den Rechnungshof unterliegen.

Der VwGH verwies auf die Rechtsprechung des EuGH (Rs C-526/11, *Ärztekammer Westfalen-Lippe*), wonach sich nicht annehmen lässt, *„dass der Tatbestand der Aufsicht über die Leitung im Falle einer bloßen nachträglichen Kontrolle erfüllt ist“*. Die Aufsichtsrechte über die Spitäler übersteigen eine „bloße nachträgliche Kontrolle“ bei weitem, da der Rechnungshof nach § 3 RHG jederzeit schriftliche Auskünfte einholen kann und Lokalerhebungen sowie Ortsaugenscheine durchführen darf, was einer *„laufenden*

Gebarung auf die ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“ gleichgestellt werden kann.

Schlussfolgerung:

Dies entspricht aus Sicht des VwGH der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, weshalb auch das Kriterium der Aufsicht durch öffentliche Auftraggeber erfüllt ist. Da die Auftraggebereigenschaft auf Grund der dazu bereits bestehenden Rechtsprechung des EuGH beantwortet werden konnte, wurde abschließend der Vorlageantrag an den EuGH nicht für notwendig erachtet.

Tücken der Angebotsöffnung; LVwG Vorarlberg

LVwG Vorarlberg vom 20.11.2014; LVwG-314-008/S1-2014

Leitsatz:

Grundsätzlich sind bei einer Angebotsöffnung - abgesehen vom Preis - nur solche Zuschlagskriterien zu verlesen, die in Zahlen ausgedrückt sind.

Sachverhalt:

Der AG ermittelte den Bestbieter anhand der Zuschlagskriterien „Preis“, „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“ und „Zertifizierung-Umweltgerechtigkeit“. Bei der Angebotsöffnung wurden jedoch hinsichtlich der Zuschlagskriterien nur der Preis und die angebotene Verlängerung der Gewährleistungsfrist verlesen.

Da die ASt den niedrigsten Preis anbot und weder sie noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Gewährleistungsfrist verlängerten, ging sie davon aus den Zuschlag zu erhalten. Tatsächlich war sie mit einem Rückstand von 0,01 Punkten nur Zweitgereichte, weil die präsumtive Zuschlagsempfängerin für vorgelegte Umweltzertifikate zusätzlich 3 Punkte erhielt. Zu klären war, ob das Zuschlagskriterium „Zertifizierung-Umweltgerechtigkeit“ mangels Verlesung im Zuge der Angebotsöffnung vom AG überhaupt zu berücksichtigen war.

Laut (§ 118 Abs 5 Z 4 BVergG) sind bei der Angebotsöffnung andere Zuschlagskriterien als der Preis zu verlesen und in der Niederschrift festzuhalten, wenn sie in Zahlen ausgedrückt und ihre sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.

In den Ausschreibungsunterlagen war geregelt, dass bei der Angebotsöffnung *„bei einer Ausschreibung nach dem Bestbieterprinzip weiters die Zuschlagskriterien Bsp.: angebotene Verlängerung der Gewährleistungsfrist gemäß § 118 Abs 5 Z 4 BVergG verlesen werden.“*

Einerseits sind laut den Ausschreibungsunterlagen neben dem Preis die Zuschlagskriterien zu verlesen und wird die Gewährleistungsfrist nur als Beispiel genannt. Dies würde dafür sprechen, dass alle Qualitätskriterien zu verlesen sind. Andererseits könnte aber der Verweis auf die Bestimmung des § 118 Abs 5 Z 4 BVergG dahingehend zu verstehen sein, dass nur solche Zuschlagskriterien verlesen werden, welche die dort angeführten Voraussetzungen erfüllen.

Die Dauer der Gewährleistungsfrist - als eine in Zahlen ausgedrückte Angabe (1 Jahr, 2 Jahre, etc.) - würde diese Voraussetzungen erfüllen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG vertrat die Ansicht, dass „ein redlicher Erklärungsempfänger nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung diese dahingehend verstehen musste, dass abgesehen vom Preis - nur solche Zuschlagskriterien betreffende Bieterangaben verlesen

werden, die in Zahlen ausgedrückt sind (im vorliegenden Fall daher lediglich die Dauer der Gewährleistungsfrist).“

Schlussfolgerung:

Wird in den Ausschreibungsunterlagen die Verlesung von Zuschlagskriterien bei der Angebotsöffnung angekündigt, aber auf § 118 Abs 5 Z 4 BVergG verwiesen, haben die entsprechenden Bieterangaben stets auch die dort angeführten Voraussetzungen zu erfüllen. Ansonsten sind sie nicht zu verlesen.

Vorwirkung der neuen Vergaberichtlinien; LVwG NÖ/LVwG NÖ vom 14.04.2015, GZ: 194/002-2015

Leitsatz:

Die Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe ist von den Mitgliedsstaaten spätestens bis 18.04.2016 umzusetzen. 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 im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung zulässig ist. Der ASt hatte vorgebracht, dass die Voraussetzungen für eine Unmöglichkeit einer vorherigen globalen Preisgestaltung bzw der Festlegung vertraglicher Spezifikationen im Sinne des § 30 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG nicht vorliegen.

RL-Verweis:

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, wobei 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.

Entscheidungsätze:

Das LVwG hält zunächst fest, dass die hier anzuwendenden RL-Bestimmungen ausreichend konkret und bestimmt sind und daher auch für die Auslegung des nationalen Rechts heranzuziehen sind.Des weiteren führt das LVwG unter Verweis auf die Rsp. des EuGH (ua

EuGH 08.05.2003, Rs C-14/02, Rn 45; EuGH 04.07.2006) aus, dass „die Gerichte der Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie es soweit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, welche die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde. Zur Erreichung der Harmonisierung sind die der RL zugrundeliegenden Wertungen bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Normen auch schon vor Ablauf der in der Richtlinie bestimmten Umsetzungsfrist zu beachten (OGH vom 29.09.1998, 4 Ob 235/98) g). 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 öffentlichen AG Unsicherheitsfaktoren bei der Leistungsbestimmung ergeben, sodass ohne die Möglichkeiten des Verhandlungsverfahrens vergleichbare und kalkulierbare Angebote in vielen Fällen 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:

Auch in Deutschland hatte das OLG Düsseldorf festgehalten, dass die neue Vergaberichtlinie 2014/24 /EU zur Auslegung des nationalen Vergaberechts heranzuziehen ist (OLG Düsseldorf 19.11.2014). Ob eine Vorwirkung der Vergaberichtlinien besteht, kann allerdings immer 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, da 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.

Verfügen über die geforderte Befugnis; BVwG

BVwG vom 6.03.2015, GZ: W134 2017668-2

Leitsatz:

Bei entsprechender Festlegung in den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen muss jedes Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft über die geforderte Befugnis verfügen.

Sachverhalt:

In den Teilnahmeunterlagen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung wurde u.a. festgelegt, dass *„der Bewerber - bei Bewerber- und Arbeitsgemeinschaften jedes Mitglied und jeder einbezogene Subunternehmer - die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Berechtigung besitzen muss.“*

Das Angebot der ASt einer Bietergemeinschaft mit einem Mitglied aus Deutschland, wurde von der AG u.a. mangels Befugnis ausgeschieden. Begründet wurde dies damit, dass für das Bietergemeinschaftsmitglied aus Deutschland nach § 373a GewO 1994 eine Dienstleistungsanzeige an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit erfolgen hätte müssen. Eine Dienstleistungsanzeige lag jedoch nicht vor.

Die ASt bekämpfte die Ausscheidungsentscheidung und stützte sich dabei darauf, dass sämtliche Leistungsteile des Projektes, die von der geforderten Befugnis erfasst sind, ausschließlich von einem hierfür befugten Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt würden und sie demnach ausreichend befugt sei. Für das Bietergemeinschaftsmitglied aus Deutschland sei daher gar kein gesonderter Befugnisnachweis erforderlich.

Entscheidungssätze:

Unter Verweis auf die bestandfesten Teilnahmeunterlagen entschied das BVwG, dass bei Bewerber- und Arbeitsgemeinschaften jedes Mitglied über die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Berechtigung verfügen muss und wies den Nachprüfungsantrag ab.

Schlussfolgerung:

In Teilnahmeunterlagen (oder in Ausschreibungsunterlagen) ist oftmals festgelegt, dass bei Bewerber- und Arbeitsgemeinschaften jedes Mitglied über die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Berechtigung verfügen muss.

Dies bedeutet, dass der Nachweis der Befugnis in jedem Fall auch für jedes Mitglied der Bewerber- und Arbeitsgemeinschaft zu erbringen ist; andernfalls wird der Teilnahmeantrag (oder das Angebot) nicht berücksichtigt (oder ausgeschieden). Interessierte Unternehmen sollten daher bei der Auswahl Ihrer Partner für eine Bewerber- oder Bietergemeinschaft besondere Vorsicht walten lassen.

Abweichende Mengenangabe; LVwG Wien

LVwG Wien vom 12.02.2015, GZ: VGW-123/072/34320/2014

Leitsatz:

Das LVwG Wien hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Mengenabweichung eines Angebots gegenüber den Ausschreibungsunterlagen eine Ausschreibungswidrigkeit oder einen Mangel, der möglicherweise behebbar wäre, darstellt.

Sachverhalt:

Gegenständlich war ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe eines Bauauftrages nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben. Die AG berichtigte die Ausschreibungsunterlagen dahin gehend, dass sie die Anzahl der Aufzahlungspositionen für Schaltschränke von ursprünglich 16 auf 15 Stück reduzierte. Die ASt berücksichtigte diese Änderung jedoch bloß auf dem abgegebenen Datenträger und nicht auch im schriftlich abgegebenen Angebot.

Da die Ausschreibungsunterlagen bei Abweichungen die vorrangige Geltung des schriftlich abgegebenen Kurz-LV vorsahen, wurden von der ASt somit 16 anstelle der berichtigten 15 Stück angeboten. In der Folge wurde daher das Angebot der ASt ausgeschieden, wogegen sich der verfahrensgegenständliche Antrag richtete.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Wien führte dazu aus, dass den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Angebote nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend auszuschneiden sind. Demgegenüber ist bei Auftreten von Mängeln oder Unklarheiten in einem Angebot der Bieter zunächst zu einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung aufzufordern.

Im konkreten Fall war aufgrund der Festlegung des Vorrangs der schriftlichen Ausfertigung des Angebotes jenes mit den angebotenen 16 Stück zu beurteilen. Da die berichtigten Ausschreibungsunterlagen ein Angebot bloß von 15 Stück vorsahen, käme nach Ansicht des LVwG im Falle einer Annahme des vorliegenden Angebots nicht der ausschreibungsgegenständliche Vertrag zustande.

Um das gewünschte Vertragsverhältnis zu erreichen, wäre daher eine nachträgliche Änderung des Angebotes erforderlich. Aufgrund des Verhandlungsverbotes im offenen Verfahren ist dieses Vorgehen allerdings nicht zulässig, womit das abgegebene Angebot ausschreibungswidrig war. Das Angebot wurde daher zu Recht ausgeschieden.

Schlussfolgerung:

Diese Entscheidung des LVwG erscheint aus wirtschaftlicher Sicht unverständlich, zumal der AG nun einem wirtschaftlich ungünstigeren Angebot (nämlich dem zweitgereihten) den Zuschlag zu erteilen hat. Doch führt in diesem Fall eine eigentlich zur Klarstellung und Vereinfachung gedachte bestandfeste Klausel in der Ausschreibung dazu, dass allein das schriftlich abgegebene Angebot im Fall einer Abweichung vom AG zu beurteilen ist.

Ohne diese bestandfeste Festlegung würde eine Auslegung anhand des objektiven Erklärungswertes des gesamten Angebotes, und damit auch unter Berücksichtigung des Datenträgers unter Umständen zu einem anderen Ergebnis führen. Denn diesfalls würde wohl kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen vorliegen, da das elektronisch vorgelegte Angebot den Ausschreibungsbestimmungen entspricht und der Bieter gemäß § 108 Abs 2 BVergG erklärt hat, die Ausschreibungsbedingungen anzuerkennen. Mit

Einführung der E-Vergabe aufgrund der neuen Vergaberichtlinien wird sich diese Problematik in Zukunft wohl nicht mehr ergeben.

Eröffnung eines Insolvenzverfahrens; VfGH

VfGH vom 26.09.2014, ZI: E 304/2014-12

Leitsatz:

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als zwingender Ausschlussgrund gemäß den Bestimmungen des BVergG verstößt nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Sachverhalt:

Der VfGH hatte über die Beschwerde mehrerer Unternehmen zu entscheiden, die sich als Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren beteiligt hatten und deren Angebot deshalb ausgeschlossen wurde, weil nach Angebotsöffnung über eines ihrer BIEGE-Mitglieder ein Sanierungsverfahren eröffnet worden war.

Die Stadt Wien Wiener Wohnen als AG in diesem offenen Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages für Baumeisterarbeiten in diversen Losen, begründete ihre Ausscheidensentscheidung damit, dass durch die Einleitung des Insolvenzverfahrens die Eignung eines der BIEGE-Mitglieder nach Angebotsöffnung weggefallen sei. Dass der Sanierungsplan noch vor Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung bestätigt worden war, vermochte an dieser Entscheidung nichts mehr zu ändern.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien (VGW-123/060/10220/2014 vom 19.03.2014) wies einen daraufhin eingebrachten Nachprüfungsantrag ab und verwies dazu auf § 69 Z 1 BVergG, wonach die Eignung eines Bieters im offenen Verfahren spätestens bei Angebotsöffnung vorliegen müsse und in der Folge auch nicht mehr verloren gehen dürfe.

Zudem lasse § 72 BVergG erkennen, dass das Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 68 Abs 1 BVergG den Verlust der beruflichen Zuverlässigkeit als einen Aspekt der Eignung bewirke. Die Zuverlässigkeit der Mitglieder einer BIEGE sei aber nicht substituierbar, weshalb durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ein Mitglied der BIEGE die gesamte BIEGE als unzulässig zu qualifizieren sei.

VfGH-Beschwerde:

In ihrer dagegen erhobenen Beschwerde an den VfGH führten die Mitglieder der BIEGE aus, dass sie sich u.a. wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt erachten. So sei § 68 Abs 1 Z 2 BVergG als zwingender Ausschlussgrund eines Bieters vom Vergabeverfahren, weil über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei, unsachlich.

Denn ein zwingender Ausschluss führe - wie im gegenständlichen Fall - dazu, dass ein Bieter auch dann auszuschließen sei, wenn das Insolvenzverfahren während des laufenden Vergabeverfahrens unter Fortbestand des Unternehmens beendet werde, womit die Zuverlässigkeit wiederum vorliege. Zudem sei es gleichheitswidrig, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwingend zum Ausschluss führe, ein Unternehmer aber bei Vorliegen anderer Umstände, die seine berufliche Zuverlässigkeit in Zweifel ziehen (§ 68 Abs 1 Z 1, 4 oder 5 BVergG), nach § 73 BVergG seine Zuverlässigkeit dennoch im Einzelfall glaubhaft machen könne. Die AG verwies dazu insbesondere auf das auch nach Abschluss eines

Insolvenzverfahrens weiterbestehende höhere wirtschaftliche Risiko und auf den Umstand, dass die zwingende Anordnung des Ausschlusses im BVergG dem AG gar keine Spielräume gewähre, welche zu etwaigen Ungleichbehandlungen im Vergabeverfahren führen könnten.

VfGH-Erkenntnis:

Der VfGH verweist nun in seinem Erkenntnis auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, welcher es diesem überlasse, wegen der besonderen Gefährdung, die von der Insolvenz eines AN für die Auftragsdurchführung ausgehe, allein die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als zwingenden Ausschlussgrund ausreichen zu lassen, oder aber eine abweichende Einzelfallbeurteilung durch den AG zuzulassen.

Das LVwG Wien habe den hier anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen durch die von ihm vertretene Rechtsansicht auch keinen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt. Das Ausscheiden sei demnach zu Recht erfolgt

Flexibilität von Rahmenvereinbarungen; VwGH

VwGH vom 18.03.2015; ZI: 2012/04/0070

Leitsatz:

Änderungen des Leistungsgegenstandes nach Vertragsabschluss sind nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der Leistungsgegenstand nicht wesentlich geändert wird.

Sachverhalt:

Vier Sozialversicherungsanstalten schlossen eine RV mit einem Unternehmen über die Lieferung von Arzneimitteln ab. Gegenstand dieser RV war die Belieferung von österreichweiten Standorten (es gab drei Standortkategorien) der Auftraggeber und von Vertragsärzten mit allen im Warenverzeichnis des Österreichischen Apotheker-Verlages genannten Ärzten. Anlässlich einer FSME-Impfkation rief ein Sozialversicherungsträger die benötigten Impfstoffe, Tupfer, Desinfektionsmittel und Impfpflaster aus der RV ab. Dabei erfolgte der Abruf nur für eine (von drei) Standortkategorien und überstieg außerdem den ursprünglich erwarteten Warenumsatzwert für diese eine Standortkategorie um rund das Zehnfache.

Eine mitbeteiligte Partei brachte daher dagegen vor, dass der Auftrag nicht von der Rahmenvereinbarung gedeckt sei und es sich sohin um ein rechtswidriges, ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführtes Vergabeverfahren handle.

Entscheidungssätze:

Im Kontrollverfahren stellte sich die Frage, ob der Abruf anlässlich der FSME-Impfkation noch von der RV gedeckt ist. Das BVA und der danach befasste VwGH entschieden beide, dass hier eine unzulässige Änderung des Leistungsgegenstandes durchgeführt wurde. Die Einschränkung der Standortkategorie und der zehnfach höhere Warenumsatzwert ermöglichen eine andere Kalkulation und damit auch andere Angebote.

VwGH-Erkenntnis:

Der VwGH stellte zunächst grundsätzlich fest, dass die Parteien bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge keinesfalls „substanzielle Änderungen“ an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen dürfen. Eine substanzielle Änderung der Bedingungen einer RV ist beispielsweise dann gegeben, wenn der Leistungsgegenstand dermaßen geändert würde, dass diese Änderung wesentlich andere Angebote oder einen stark veränderten Bewerber- oder Bieterkreis zur Folge gehabt hätte.

„Die Merkmale des Warenlieferungsauftrages betreffend die Impfstoffe unterscheiden sich schon deshalb substantiell von den sich aus der RV ergebenden Anforderungen an den AN, weil die Erwartung des rund zehnfachen Warenumsatzwerts bezogen auf nur eine der drei Standortkategorien zu einer erheblich anderen Kalkulation führen wird als die Zugrundelegung der aufgrund der Rahmenvereinbarungsbedingungen in Aussicht stehenden Umsätze. Während die Rahmenvereinbarungsbedingungen überdies den AN zu einer in Hinblick auf Ware, Umfang und Termin flexiblen Belieferung einer Vielzahl von Standorten verpflichten, erlaubt die abgerufene Lieferung des Impfstoffbedarfs für eine

jährliche Impfkation grundsätzlich eine langfristige Planung und führt zu einem kalkulierbaren Warenumsatz innerhalb einer kurzen Zeitspanne.“

Schlussfolgerung:

Der VwGH geht daher auf Grund dieser unterschiedlichen Anforderungen davon aus, dass eine Ausschreibung der Impfstoffe jedenfalls einen zumindest stark veränderten Bieterkreis im Vergleich zur Rahmenvereinbarung zur Folge gehabt hätte. Änderungen sind daher immer dann problematisch, wenn diese zu wesentlich anderen Angeboten oder einem stark veränderten Bieterkreis führen würden (dann sind sie in der Regel „wesentlich“).

Rügepflicht bei der Angebotsöffnung; UVS OÖ

UVS OÖ vom 20.12.2012, GZ: VwSen-550610/8/Kü/Ba

Leitsatz:

Im scheinbaren Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung verneinte der UVS OÖ im konkreten Fall die Rügepflicht eines Bieters, obwohl ein unrichtiger Gesamtpreis verlesen wurde. Die Pflichten eines Bieters bei der Angebotsöffnung waren nach der bisherigen Rechtsprechung soweit 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 ihres Angebots sicherzustellen (BVA 2.07.1997, N-4/97-17; BVA 9.07.2004, 08N-54/04-84). Dasselbe gilt auch, wenn ein unrichtiger Preis verlesen wird (BVA 23.1.1998, F-23/97-13).

Sachverhalt:

Nach Punkt 1.15 der Ausschreibungsunterlagen war jeder Bieter verpflichtet, ihm erkennbare Mängel bei der Verlesung der ihn betreffenden Angebotsteile unverzüglich zu rügen. In Punkt 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 Ausschreibungsunterlagen) wurde der Gesamtpreis des Loses 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- und Fensterreinigung von € 2.183,28). Der in Punkt 0.6 eingetragene Preis entsprach genau dem für die Unterhaltsreinigung ausgewiesenen Preis pro Monat (in Höhe von € 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 in Höhe 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 auch nicht gerügt hatte.

Entscheidungssätze:

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

„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 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 zu verlesen sind, nicht jedoch die vom AG tatsächlich verlesenen Preise für Unterhaltsreinigung, Zimmerendreinigung und Glas- und Fensterreinigung, ist zu entgegen, 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 AG in Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens und kann daher im Ergebnis nicht zur Rechtswidrigkeit der Angebotseröffnung führen.

Schlussfolgerung:

Diskussionswürdig erscheint vor allem die Argumentation des UVS OÖ zur unterlassenen Rüge. 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 müssen bzw. können, nicht jedoch sonstige Fehler (z.B. im gegenständlichen Fall der Übertragungsfehler).

Mit anderen Worten:

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

Anwendung der Vergaberegeln im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise; EK-Mitteilung

EK-Mitteilung vom 9.09.2015, KOM(2015) 454

Leitsatz:

Am 9.09.2015 beschloss die EK eine Mitteilung, in der sie ihre Sicht hinsichtlich der Anwendung der Vergaberegeln in der gegenwärtigen Flüchtlingssituation dargelegt hat. Die Mitteilung bezieht sich sowohl auf den gegenwärtigen wie auch den zukünftigen Rechtsrahmen (d.h. RL 2004/18/EG und RL 2014/24/EU).

Obwohl in der Mitteilung dies nicht explizit ausgeführt wird, ergibt sich klar, dass trotz der gegenwärtigen außergewöhnlichen Situation, die RL grundsätzlich anzuwenden sind. Eine (Bereichs- bzw. Total)-Ausnahme vom unionsrechtlichen Vergaberegime für Beschaffungen iZm der Flüchtlingssituation existiert daher nicht.

Mitteilungssätze:

Die EK gliedert ihre Ausführungen einerseits nach den Vertragstypen (= Auftragsarten) und andererseits nach den zur Verfügung stehenden Verfahrensmöglichkeiten.

Hinsichtlich der Bauaufträge erinnert die EK, dass die reine Anmietung von (existierenden) Immobilien zur Flüchtlingsunterbringung nicht den Vergabe-RL unterliegt. Sollten jedoch Neubauten, Renovierungs- oder Adaptierungsarbeiten für die Nutzung von Immobilien zur Flüchtlingsbeherbergung erforderlich sein, könnte dies einen Bauauftrag iSd RL darstellen (bei Überschreiten des EU-Schwellenwertes). Betont wird, dass die Beurteilung (ob ein Bauauftrag vorliegt oder nicht) sich auf jedes funktional unabhängige Vorhaben zu beziehen hat. In diesem Zusammenhang wird auch das Splittingverbot in Erinnerung gerufen.

Bei Lieferaufträgen (z.B. Zelte, Container, Kleidung, Nahrung usw.) gelten die RL ab dem jeweils gültigen Schwellenwert.

Hinsichtlich der Dienstleistungsaufträge (z.B. Sicherheitsdienste, Reinigungsdienste, Verpflegungsdienste usw.) weist die EK auf die fundamentalen Unterschiede zwischen den RL hin:

Die RL 2004/18/EG gilt (vollständig) nur hinsichtlich der sog. prioritären Dienstleistungen (vgl. Anhang III BVergG; besonders relevant Landtransportdienstleistungen mit dem Bus, Reinigung). Für alle übrigen Dienstleistungen (nicht-prioritäre Dienstleistungen) gilt nur ein vereinfachtes Regime (vgl. § 141 BVergG).

Demgegenüber ist die RL 2014/24/EU aber grundsätzlich auf alle Dienstleistungen vollständig anwendbar; lediglich hinsichtlich der taxativ in Anhang XIV der RL genannten „sozialen und besonderen Dienstleistungen“ (relevant etwa Verpflegung und Gesundheitsdienste) gilt ein „Vergaberegime light“ (insbes. hinsichtlich der Bekanntmachung sowie der freien Gestaltung des Verfahrens) ab einem erhöhten Schwellenwert von € 750.000,--.

Hinsichtlich der Verfahrensmöglichkeiten weist die EK auf die Möglichkeit der Durchführung beschleunigter Verfahren wegen Dringlichkeit hin (vgl. § 63 BVergG). Im Kontext der RL 2014/24/EU steht überdies die Möglichkeit der Durchführung eines beschleunigten offenen Verfahrens zur Verfügung.

Sowohl die RL 2004/18/EG wie auch die RL 2014/24/EU sehen die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei „dringlichen, zwingenden Gründen“ vor. In diesem Zusammenhang weist die EK auf die Anwendungsvoraussetzungen dieses Sonderverfahrens hin.

Dafür ist folgende restriktive Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen: zu beachten:

- Beweispflicht für den Auftraggeber;
- Unvorhersehbarkeit der Situation für den Auftraggeber;
- Dringlichkeit, welche die Einhaltung der regulären - bzw. der beschleunigten - Fristen nicht zulässt;
- Kausalzusammenhang zwischen unvorhersehbarem Ereignis und Dringlichkeit; unbedingte Erforderlichkeit im Sinne der Deckung eines unmittelbaren Bedarfes für einen gewissen Überbrückungszeitraum (bis reguläre Verfahren durchgeführt werden konnten).

In der aktuellen Situation geht auch die EK davon aus, dass die betreffenden öffentlichen AG nicht vorhersehen konnten, wo/wie viele Flüchtlinge zu versorgen sind, sodass dieses Tatbestandselement als - in der derzeitigen Situation - vorliegend angesehen wird.

Schlussfolgerung:

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass die EK die Auffassung vertritt, dass *„eine direkte Vergabe des Auftrags an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer ... ausschließlich dann möglich ist, wenn nur ein Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen“*.

Hierzu ist festzuhalten, dass diese (zusätzliche) Voraussetzung nicht eindeutig aus dem Text der RL 2014/24/EU und RL 2004/18/EG) ersichtlich ist.

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 (zB 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 präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe es nämlich unterlassen, den Hersteller der Futterbleche als Subunternehmer zu nennen.

Entscheidungssätze:

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.

Veränderter Bieterkreis; BVwGBVwG vom 27.02.2015, GZ: W 134 2017434-2

Leitsatz:

Das BVwG stellt fest, dass sich als Folge intransparenter Festlegungen seitens des AG im Zuge einer Ausschreibung ein anderer veränderter Bieterkreis ergibt.

Sachverhalt:

Aus den Teilnahmeunterlagen ging hervor, dass die AG (Wiener Zeitung digitale Publikationen GmbH) eine detaillierte Beschreibung der Leistung und des abzuschließenden Vertrages erst für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens „*Exklusive Vertriebslizenz in Österreich für eine e-Procurement-Lösung für AG*“ vorgesehen hatte.

In einer Berichtigung legte die AG zudem fest, dass sie sich vorbehalte, „*im Zuge dieser Konkretisierung und im Laufe des weiteren Verfahrens Änderungen bzw. Anpassungen vorzunehmen. Der Bewerber/Bieter ist verpflichtet, diese Änderungen bzw. Anpassungen zu akzeptieren.*“

Entscheidungssätze:

Das BVwG stellte dazu fest, dass der objektive Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dieser beiden oben zitierten Sätze jener sei, dass die AG im Laufe des weiteren Vergabeverfahrens uneingeschränkt Änderungen bzw. Anpassungen der Leistungsbeschreibung sowie des abzuschließenden Vertrages vornehmen könne und der Bewerber/ Bieter diese Änderungen bzw. Anpassungen zu akzeptieren habe, d.h. die entsprechenden gesondert anfechtbaren Entscheidungen der AG nicht mit einem Nachprüfungsantrag vor dem BVwG anfechten dürfe. Eine solch intransparente Regelung widerspreche aber den §§ 19 Abs 1 u 320 BVergG.

Zudem erklärte das BVwG aufgrund dieser intransparenten Regelung die gesamte Ausschreibung für nichtig, „weil bei Streichung der entsprechenden Bestimmungen ein anderer Bieterkreis (nämlich diejenigen Bieter, die nicht bereit sind solche intransparente Regelungen zu akzeptieren, mit der sie der etwaigen Willkür des AG ausgeliefert sind) angesprochen würde (vgl. VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115).“

Schlussfolgerung:

Für die Praxis zeigt sich somit einmal mehr, dass der AG bei Vornahme von Berichtigungen das Augenmerk immer auch auf „seinen“ Bieterkreis haben sollte.

Vorlage des gleichen Musters durch mehrere Bieter; LVwG Wien

LVwG Wien vom 30.10.2014, GZ: VGW-123/077/30892/2014

Leitsatz:

Das LVwG Wien hatte zu entscheiden, ob ein Bieter mangels Vorlage des geforderten Musters auszuscheiden war, obwohl das entsprechende Muster der AG bereits vorlag.

Sachverhalt:

Gegenstand des offenen Verfahrens im OSB war die Lieferung von Möbeln für einen Wartebereich. In den Ausschreibungsunterlagen war vorgesehen, dass auf Aufforderung der AG für bestimmte Positionen des Leistungsverzeichnisses, Muster vorzulegen sind. Die Bieter wurden anschließend von der AG aufgefordert ein Muster für die Position „Blumengefäß“ vorzulegen.

Die beiden Bieterinnen hatten dabei ein Blumengefäß des gleichen Herstellers angeboten. Der Hersteller hatte aufgrund dessen, dass es sich bei dem Blumengefäß um eine Sonderanfertigung handelte aber nur ein Muster vorrätig, welches er der ASt des gegenständlichen Verfahrens zur Verfügung stellte.

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stellte der Hersteller daher eine Bestätigung darüber aus, dass er kurzfristig nicht in der Lage ist ein weiteres Muster bereitzustellen. Die Antragstellerin brachte daher vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mangels Vorlage des geforderten Musters auszuscheiden sei.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Wien führte aus, dass die Vorlage entsprechender Muster den Zweck hat, die Qualität der angebotenen Positionen im Rahmen der Angebotsprüfung zu beurteilen. Da der AG das erforderliche Muster des von beiden Bieterinnen angebotenen Blumengefäßes zur Verfügung stand, konnte sie anhand dieses Musters auch beide Angebote bewerten.

Nach Ansicht des Gerichts ist irrelevant, ob das einzig vorrätige Musterexemplar nun durch die ASt, die präsumtive Zuschlagsempfängerin oder auf andere Weise in den Verfügungsbereich der AG gelangt, solange die Bewertung entsprechend vorgenommen werden kann und dadurch der Zweck der Bemusterung erreicht wird. Das Abgehen der AG von den in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Bestimmungen zur Bemusterung war demnach sachlich gerechtfertigt.

Auch der Einwand der ASt, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich durch dieses Vorgehen Kosten erspart, ging ins Leere. Das Gericht führte dazu an, dass es sich bei den Kosten der Vorlage eines Musters lediglich um Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren handelt.

Darüber hinaus wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage gewesen diese Kostenersparnis in ihrem Angebot zu berücksichtigen, da die Angebotsöffnung bereits vor der Aufforderung zur Vorlage des Musters erfolgte. Eine Auswirkung dieses Vorgehens auf den Wettbewerb wurde vom LVwG Wien daher verneint.

Schlussfolgerung:

Zusammengefasst war daher die Vorlage eines weiteren Musters durch die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht mehr erforderlich, da der AG das geforderte Muster bereits vorlag und das Angebot somit auch nicht auszuschneiden.

Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung; BVwGBVwG 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 € 1.956.044,00.

Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers belief sich auf € 1.297.949,48 und jenes des ASt auf € 1.299.999,00.

Entscheidungsätze:

Das BVwG hielt fest, dass die angebotenen Preise des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und des Antragstellers jeweils nur 66% des 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 mit Verweis auf *Kropik* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006-Kommentar (2009). Aufgrund der zahlreichen groben Abweichungen hätte der AG eine vertiefte Angebotsprüfung gem § 125 Abs 3 Z 1, 2 und 3 durchführen müssen. Der AG erstellte 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 ausscheiden zu lassen (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.

Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung; VwGH

VwGH vom 20.05.2015, ZI: 2013/04/0004

Leitsatz:

Ein Nachprüfungsantrag gegen eine Entscheidung des AG ist nur dann zulässig, wenn eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt.

Sachverhalt:

Eine Dienstleistung betreffend einen „Erhaltungs- und Gestaltungsplan für die Erweiterung eines Naturparks“ wurde ausgeschrieben und im Vergabeportal des ANKÖ als Verhandlungsverfahren bekannt gemacht. Kurz darauf wurden alle Bieter durch die AG schriftlich darüber informiert, dass es sich bei gegenständlichem Vergabeverfahren um eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung handle.

In der Folge wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung zur Kenntnis gebracht. Die Beschwerdeführerin brachte daraufhin einen Nachprüfungsantrag ein und beantragte unter anderem die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Entscheidungssätze:

Da ein Nachprüfungsantrag nicht zulässig ist, wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung wendet, hatte der VwGH die Frage zu klären, ob sich der Antrag der Beschwerdeführerin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet. In einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung stellt eine Zuschlagsentscheidung nach § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Bei einer Direktvergabe (mit/ohne vorheriger Bekanntmachung) gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. nn bzw. oo BVergG jedoch nicht.

VwGH-Erkenntnis:

Der VwGH führt aus, dass es zwar unzulässig sei die Verfahrensart durch eine Berichtigung zu ändern, jedoch davon auszugehen sei, dass die AG gegenständlich durch die Mitteilung an die Bieter, dass es sich um eine Direktvergabe handle, das Verhandlungsverfahren widerrufen und eine Widerrufserklärung iSd § 2 Z 46 BVergG 2006 abgegeben habe.

Es sei von der AG mit dieser Mitteilung unzweideutig zum Ausdruck gebracht worden, dass das bekannt gemachte Verhandlungsverfahren ohne Zuschlagsentscheidung bzw. ohne Ermittlung der oder des Gewinner(s) bzw. der oder des Teilnehmer(s) beendet werde.

Schlussfolgerung:

Da es sich daher um eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung handelte und die von der Beschwerdeführerin angefochtene Zuschlagsentscheidung keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellte, wurde die Beschwerde abgewiesen.

Qualität des Schlüsselpersonals als Zuschlagskriterium; EuGH

EuGH vom 26.03.2015, Rs C-601/13

Leitsatz:

Der EuGH hat in diesem Erkenntnis in der Rs C-601/13, Ambisig, die in Österreich nunmehr wohl unbestrittene Auffassung (vgl. dazu VwGH 26.6.2009, 2009/04/0024) bestätigt, dass die Qualität der vom Bieter für die Ausführung des Auftrages konkret vorgeschlagenen Person(en), etwa im Hinblick auf dessen/deren Erfahrung(en) und dessen/deren beruflichen Werdeganges zulässiger Weise vom AG als Zuschlagskriterium vorgesehen werden kann.

EuGH-Erkenntnis:

Zur Abgrenzung zum Erkenntnis „Lianakis (Rs C-532/06) weist der EuGH darauf hin, dass „Lianakis“ *„das Personal und die Erfahrung der Bieter im Allgemeinen betroffen hat und nicht, wie im vorliegenden Fall, das Personal und die Erfahrung der Personen, die ein bestimmtes Team bilden, das ganz konkret den Auftrag auszuführen hat“*.

Da - insbesondere bei Dienstleistungen mit „intellektuellem Charakter“ - die Qualität der Ausführung eines öffentlichen Auftrags maßgeblich von der beruflichen Qualifikation der mit der Ausführung beauftragten Personen, die sich aus ihrer beruflichen Erfahrung und ihrer Ausbildung zusammensetzt - abhängig sein kann und diese Qualität ein wesentliches Merkmal des Angebots sein und mit dem Auftragsgegenstand im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/18 zusammenhängen kann, kann „diese Qualität“ als Zuschlagskriterium vom AG verwendet werden.

Schlussfolgerung:

Dieses EuGH-Judikat sollte endgültig allfällige Diskussionen über die Zulässigkeit derartiger Kriterien als Zuschlagskriterien beenden. Spätestens mit der Umsetzung der neuen Vergabe-RL sollte in den nationalen Rechtsordnungen explizit klargestellt sein, dass das Kriterium „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ bei der Ermittlung des „besten“ Angebotes jedenfalls herangezogen werden darf.

Angemessenheit von Eignungs- und Auswahlkriterien; BVA

BVA vom 8.07.2013, GZ: N/0038-BVA/10/2013-35

Leitsatz:

Das BVA traf in diesem Erkenntnis eine Reihe von Aussagen zur Angemessenheit von Eignungs- und Auswahlkriterien.

Sachverhalt:

Die AG führte ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im OSB zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für den Bezug von Hygienepapier in zwei Losen durch. Die ASt beantragte die Nichtigerklärung der Teilnahmeunterlagen und brachte im Wesentlichen vor:

Auftragsgegenstand: Dem vom AG angenommenen Beschaffungsbedarf liege eine erhöhte Bedarfserhebung zugrunde, die mit dem tatsächlich zu erwartenden Beschaffungsbedarf in keinem Zusammenhang stehe. Die Mindestvoraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit (Referenz-Projekte in Höhe der Hälfte des Auftragswertes) orientieren sich an einer erhöhten Bedarfserhebung und ständen in keiner Relation zum tatsächlich zu erwartenden Beschaffungsbedarf. Die Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit seien überzogen.

Die Auswahlkriterien orientieren sich an einer erhöhten Bedarfserhebung und ständen in keiner Relation zum tatsächlich zu erwartenden Beschaffungsbedarf. Die geforderte Anzahl der Außendienstmitarbeiter als Eignungs- und Auswahlkriterium stehe in keiner Relation zum Auftrag, da ein Beratungsbedarf vor Ort in der Praxis kaum vorkomme.

Die AG brachte vor, dass der Beschaffungsbedarf auf Grundlage der Abrufmengen der Vergangenheit ermittelt worden sei und sohin auch die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit und die Auswahlkriterien im Hinblick auf den tatsächlichen Beschaffungsbedarf angemessen seien.

Auch die Festlegungen zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit seien und die geforderte Anzahl von Außendienstmitarbeiter sei angemessen.

Entscheidungsätze:

Das BVA gab dem Antrag auf Nichtigerklärung statt und erklärte die Teilnahmeunterlagen für nichtig. Im Einzelnen ging das BVA in seiner Begründung auf folgende Punkte näher ein:

Auftragsgegenstand: Zunächst hielt das BVA fest, dass § 25 Abs 7 BVergG den AG einer Rahmenvereinbarung zu einer „Schätzung“ seines Bedarfes verpflichtet. Der Rückgriff auf Erfahrungswerte der Vergangenheit sei bei Lieferaufträgen gemäß § 15 Abs 2 Z 1 BVergG eine gängige und zulässige Methode, sodass der bisherige Bedarf im Ausgangsfall eine gängige Methode darstelle, den zukünftigen Bedarf zu schätzen.

Mindestvoraussetzungen an die technische Leistungsfähigkeit: Zunächst hielt das BVA fest, dass Referenzprojekte dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen. Mindestvoraussetzungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit müssen

dem Auftragsgegenstand angemessen und durch ihn gerechtfertigt sein. Maßstab ist der konkrete Auftrag. Die vorliegenden Mindestvoraussetzungen seien angemessen und auftragsbezogen.

Zur geforderten Anzahl der Außendienstmitarbeiter sprach das BVA aus, dass von der AG für insgesamt 1.500 vorgesehene Beratungsbesuche in beiden Losen zusammen vier Mitarbeiter vorgesehen seien. Diese Zahl sei dem Auftrag insbesondere deshalb nicht angemessen, weil die AG in beiden Losen von zwei Außendienstmitarbeitern für die Beratungsbesuche ausgegangen sei, der Beratungsbedarf im Los 2 tatsächlich aber viel geringer sei als im Los 1. Die geforderte Anzahl der Außendienstmitarbeiter im Los 2 sei daher stehe in keiner Relation zum Auftrag. Die Bewertung von lediglich „verfügbaren“ Außendienstmitarbeitern, die nicht zur Leistungserbringung eingesetzt werden sollen, stehe ebenfalls in keiner Relation zum Auftrag. Überdies könne ein solches Auswahlkriterium größere Unternehmen gegenüber kleineren bevorzugen und damit zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von Bietern führen.

Berechnung des geschätzten Auftragswerts; BVA

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

Leitsatz:

Von der rechtsrichtigen Berechnung des geschätzten Auftragswerts (Kostenschätzung) hängt eine Vielzahl von Entscheidungen des Auftraggebers, die dieser im Zuge der Durchführung eines Vergabeverfahrens zu treffen hat, ab. Dabei geht es vor allem um die Einordnung, ein Verfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich durchzuführen, die Wahl der konkreten Verfahrensart oder aber auch die Entscheidung, ein Verfahren aufgrund Kostenüber- oder -unterschreitung zu widerrufen.

Sachverhalt:

In der Praxis gestaltet sich die Berechnung des geschätzten Auftragswerts häufig schwierig. Das BVA hat in diesem Erkenntnis allerdings mehrere Anhaltspunkte dafür festgelegt, wie die Berechnung des geschätzten Auftragswerts rechtsrichtig erfolgen kann.

Entscheidungsätze:

Folgende Vorkehrungen/ Schritte sind aus Sicht des BVA bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts zulässig und können eine „*sorgfältige Auftragswertschätzung*“ begründen:

Wird 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*“.

Die Vorgangsweise, als Basis der Kostenschätzung die in der Vorperiode erzielten Angebotspreise (nicht die damaligen Schätzkosten) heranzuziehen, ist aus Sicht des BVA „*nicht zu beanstanden. Vielmehr ist es naheliegend, zur Orientierung in kostenmäßiger Hinsicht eine gleichartige, in jüngster Vergangenheit getätigte Beschaffung heranzuziehen.*“

Das BVA sah es als zulässig an, die in der Vorperiode erzielten Angebotspreise „zur Erfassung der allgemeinen Kostensteigerungen (Lohnerhöhungen etc.) um 5% zu erhöhen. Aus Sicht des BVA ist es bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts auch zulässig, bei einem „wesentlich größeren“ Leistungsumfang einen Nachlass (im konkreten Fall von 10%) in Abzug zu bringen. Der Vorgang der Berechnung des geschätzten Auftragswerts ist nachvollziehbar zu dokumentieren.

Schlussfolgerung:

Für das BVA hat ausgereicht, dass „der Auftraggeber zur Ermittlung der Kostenschätzung pro Los die jeweiligen Positionen des Leistungsverzeichnisses „ausgepreist“ hat.

Zu beachten ist, dass das BVA im konkreten Fall die Summe all dieser Maßnahmen als für eine „sorgfältige Auftragswertschätzung“ ausreichend beurteilt hat. Offen bleibt, ob auch einzelne dieser Maßnahmen ausgereicht hätten.

Stand: Dezember 2015

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!

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