



Foto: CHG

Nr 1  
11/2020

## IN DIESER AUSGABE

### S. 2

Green Public Procurement: Die Berücksichtigung ökologischer und nachhaltiger Aspekte im Zuge von Vergabeverfahren ist derzeit in aller Munde.

### S. 3

Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie der österreichischen Gerichte in kurzen Leitsätzen.

### S. 6

Neue Entwicklungen im Bereich des Vergaberechts auf den Punkt gebracht.

## CHG-NEWSLETTER VERGABERECHT

### DER NEUE CHG-VERGABERECHTSNEWSLETTER IST DA!

Wir zählen zu den führenden Rechtsanwaltskanzleien im Bereich des Vergaberechts, insbesondere in Westösterreich. Als serviceorientierter Dienstleister ist es unser Anspruch, unseren Mandanten regelmäßig Updates zu dieser dynamischen Rechtsmaterie zukommen zu lassen.

Vor diesem Hintergrund haben wir uns entschlossen, unsere Mandanten und sonstige Interessierte regelmäßig über neue Entwicklungen und Judikatur im Bereich des Vergaberechts sowie angrenzender Rechtsgebiete zu informieren. Der CHG-NEWSLETTER VERGABERECHT erscheint ab sofort quartalsweise.

Gerne können wir weitere Interessierte und neue MitarbeiterInnen in den Verteiler aufnehmen oder, sofern keine Zusendung mehr gewünscht wird, Adressen von der Empfängerliste streichen. Senden Sie uns dazu bitte eine Nachricht an [office@chg.at](mailto:office@chg.at).

Somit bleibt nur noch zu wünschen, dass Sie gut durch den neuerlichen Lockdown kommen und wir gemeinsam diese Krise gut überstehen. Wir sehen gerade die Vergabe von öffentlichen Aufträgen ein adäquates Mittel, um die Wirtschaft wieder anzukurbeln. Somit gehen wir davon aus, dass dieses Rechtsgebiet weiterhin von enormer Wichtigkeit sein wird.

Wir wünschen Ihnen eine spannende und aufschlussreiche Lektüre!

CHG-Praxisgruppe Vergaberecht

# GREEN PUBLIC PROCUREMENT

## GRÜNE UND NACHHALTIGE BESCHAFFUNG

Die Instrumentalisierung des Vergaberechts zur Verfolgung bestimmter ökologischer Zielsetzungen ist nichts Neues. Aktuelle Leuchtturmprojekte wie die Beschaffung wasserstoffbetriebener Triebwagenzüge als Ersatz für Diesellokomotiven (etwa durch Zillertaler Verkehrsbetriebe AG) und Diskussionen zur Bekämpfung des Klimawandels rücken diesen Themenkomplex vermehrt in den öffentlichen Fokus. Dass Auftragsvergaben ein wirkungsvolles Mittel zur Verhaltenssteuerung darstellen, überrascht in Anbetracht eines Beschaffungsvolumens des öffentlichen Sektors in Österreich von jährlich etwa 60 Mrd Euro oder 18% des BIP nicht. Ebenso wenig überrascht, dass die aktuelle Bundesregierung in ihrem Regierungsprogramm einen Schwerpunkt zur Verfolgung umweltpolitischer Zielsetzung im Vergabebereich sieht.

Bei einem genaueren Blick in das aktuelle Bundesvergabegesetz zeigt sich, dass bereits heute eine ganze Fülle rechtlicher Möglichkeiten besteht, um **ökologische Zielsetzungen im Zuge eines Beschaffungsvorhabens** zu berücksichtigen.

§ 20 Abs 5 BVergG legt als einen wesentlichen Grundsatz des Gesetzes jenen der ökologischen Beschaffung fest.

Bereits im Rahmen der Evaluierung des **Beschaffungsbedarfs und Auftragsgegenstands** (beispielsweise Wasserstoffbusse statt Diesellbusse oder Bauweise im Passivhausstandard) lassen sich Aspekte der Nachhaltigkeit umfassend berücksichtigen, die sodann Eingang in die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung finden können.

Aber auch bei der **Wahl grundsätzlicher Verfahrensparameter** entscheidet der Auftraggeber, wie offen er sich gegenüber alternativen, ihm möglicherweise gar nicht bekannten, Lösungsvorschlägen verhält. So lässt beispielsweise das Verhandlungsverfahren es innerhalb des strengen Verfahrenskorsetts zu, über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln. Nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens selbst, sondern auch die Ausgestaltung der Ausschreibungsbedingungen ermöglicht es einem Auftraggeber, sich den umweltschutzspezifischen Sachverstand der Marktteilnehmer zu Nutze zu machen (zB durch Zulassung von Abänderungs- und Alternativangeboten).

Umweltrelevante Aspekte lassen sich weiters im Rahmen der **Zuschlagskriterien** berücksichtigen, wobei diese Kriterien durchaus komplexere Formen annehmen können, wie die Lebenszykluskostenrechnung belegt (dabei werden die während der gesamten Lebensdauer eines Erzeugnisses von der Produktion bis zur Entsorgung entstehenden internen Kosten sowie solche Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, berücksichtigt).

Schließlich können umweltbezogene Aspekte auch im Rahmen der vertragsrechtlichen **Ausführungsbedingungen** für einen Auftrag berücksichtigt werden.

Insgesamt bietet sich eine Vielzahl an Möglichkeiten, Aufträge nachhaltig zu vergeben, wobei die Regelungen im Einzelfall komplex sein können und einer vergaberechtlichen Weitsicht bedürfen. Gerne unterhalten wir uns mit Ihnen über Ihre zukünftigen grünen Beschaffungen.



Foto: Victor Garcia, unsplash.com



Visualisierung: Zillertaler Verkehrsbetriebe AG

# AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

## GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION

**Kooperationsvereinbarung zwischen Gemeinden**  
EuGH 18. 6. 2020, C-328/19, *Porin kaupunki*

Wird bei einem Kooperationsvertrag zwischen Gemeinden einer von ihnen die Zuständigkeit übertragen („verantwortliche Gemeinde“), für diese Gemeinden Dienstleistungen zu organisieren, fällt dieser Kooperationsvertrag nicht in den Geltungsbereich der (alten) VergabeRL, weil er eine **Übertragung von Befugnissen** der Selbstverwaltung darstellt. Bei Vergaben, die auf diese Übertragung folgen, kann die „verantwortliche Gemeinde“ als ein öffentlicher Auftraggeber angesehen werden. Diese „verantwortliche Gemeinde“ ist befugt, eine In-House-Einrichtung ohne vorherige Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens mit Dienstleistungen zu beauftragen, die nicht nur ihren eigenen Bedarf decken, sondern auch den der anderen Gemeinden des Kooperationsvertrags, während diese Gemeinden ohne diese Kompetenzübertragung für ihren eigenen Bedarf selbst hätten sorgen müssen.

Foto: CHG

---

## VERWALTUNGSGERICHTSHOF

### **Keine wesentliche Vertragsänderung durch VPI-Anpassung**

VwGH 19. 6. 2020, Ra 2017/04/0125

Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer sind als Neuvergabe des Auftrags anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag. Als wesentlich gilt die Änderung dann, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären. Folglich kommt es auf die Wettbewerbsrelevanz der nachträglichen Vertragsänderung an. Im Fall einer Preisanpassung, die lediglich der allgemeinen Preisentwicklung Rechnung trägt und damit der Wertsicherung dient, ist nicht anzunehmen, dass die Änderung zu einer Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den potenziellen Interessenten und zu einer Bevorzugung des Auftragnehmers gegenüber anderen Unternehmern führt.

### **Ohne Verbesserung der Situation des Antragstellers keine Antragslegitimation**

VwGH 19. 5. 2020, Ra 2018/04/0164

Die Antragslegitimation für einen Vergabenachprüfungsantrag setzt voraus, dass die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Umgekehrt fehlt die Antragslegitimation dann, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein konnte oder entstehen kann, weshalb dann die behauptete Rechtswidrigkeit nicht geprüft zu werden braucht.

---

## OBERSTER RICHTSHOF

### Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls – Rechtsweg

OGH 25. 8. 2020, 8 Ob 56/20y

Nach § 133 Abs 5 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber über die Öffnung der Angebote beim offenen und beim nicht offenen Verfahren ein Protokoll zu verfassen, das zu den einzelnen Angeboten die im Gesetz vorgesehenen Angaben zu enthalten hat. Das Protokoll ist jedem Bieter zu übermitteln bzw bereitzustellen. § 133 Abs 5 BVergG 2018 über das Angebotsöffnungsprotokoll unterliegt als Durchführungsvorschrift für das Vergabeverfahren der Vergabekontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht. Das bedeutet, dass die Nichtübermittlung des Protokolls – bzw ein daraus abgeleiteter Anspruch (nur) vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend zu machen ist.

### Kein Schadenersatz des Subunternehmers gegen den Auftraggeber bei Insolvenz des GU

OGH 26. 2. 2020, 9 Ob 78/19i

Bei einer Insolvenz des Generalunternehmers stehen dem Subunternehmer keine Schadenersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber zu. Das BVergG 2006 ist eine Schutznorm, deren Schutzobjekt sich den Grundsätzen des Vergabeverfahrens entnehmen lässt. Die Vergabevorschriften dienen vor allem dem Schutz der Bieter und Bewerber vor unlauterer Vorgangsweise bei der Vergabe. Subunternehmer sind vom Schutzzweck des BVergG 2006 nicht umfasst.

### Warnpflicht betreffend Mehrkosten

OGH 19. 2. 2020, 7 Ob 191/19t

Die Grundsätze der Lehre von den vorvertraglichen Sorgfaltspflichten sind auch im Vergabeverfahren auf das Verhältnis zwischen Ausschreibenden und Bietern anzuwenden (vgl 3 Ob 122/05w). Die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter und die Ermittlung des Bestbieters in transparenter und objektiver Weise würden unterlaufen, wenn ein Bieter mit einem Angebot Bestbieter wird, obwohl er schon vorhat, nach Erhalt des Auftrags ein Nachtragsangebot für von Anfang an unvermeidlich notwendige Arbeiten zu legen. Dies stellt eine Verletzung der Warnpflicht des § 1168a ABGB dar, wonach ein Unternehmer für den Schaden verantwortlich ist, wenn das Werk infolge offener Untauglichkeit der vom Besteller gegebenen Stoffe oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers misslingt und er den Besteller nicht gewarnt hat.

---

## VERWALTUNGSGERICHE

### Richtlinie für vertiefte Angebotsprüfung

BVwG 16. 4. 2020, W139 2225216-2/32E

Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu klären, ob die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist. Es handelt sich dabei um eine Plausibilitätsprüfung, bei der nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Hinterfragt werden muss, ob der angebotene Preis mit der der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistung in einem adäquaten Verhältnis steht. Bei der Prüfung, ob ein Unterpreis vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter anhand der ihm zur Verfügung stehenden Mittel kostendeckend kalkuliert hat.

### Keine erstmalige Nennung von Subunternehmern in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens

BVwG 12. 3. 2020, W139 2224102-2/33E

Sehen die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen vor, dass alle Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben sind und werden notwendige Subunternehmer im Teilnahmeantrag nicht namhaft gemacht, mangelt es der Antragstellerin im maßgeblichen Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmefrist an der Eignung als solche und nicht lediglich am Nachweis der ohnehin bereits bestehenden Eignung (VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015; VwGH 11. 11. 2015, Ra 2015/04/0077; VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087 mwN). Eine Sanierung dieses Mangels zu einem späteren Zeitpunkt scheidet aus.

## Zur Ausgestaltung der Zuschlagskriterien

BVwG 29. 1. 2020, W139 2225291-2/34E

Das Gebot einer objektiven und transparenten Bestbieterermittlung erfordert, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien inhaltlich ausreichend zu konkretisieren hat, andernfalls selbst eine ausführliche Begründung der Bestbieterermittlung wohl kaum über den Anschein einer willkürlichen Vorgehensweise hinwegzutäuschen vermag. Die Zuschlagskriterien müssen so ausgestaltet sein, dass sie eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten und die Bieter einerseits sohin nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung (ex-ante) bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben. Was die Festlegung der Bewertungsmethode betrifft, so besteht keine Verpflichtung diese bereits in den Ausschreibungsunterlagen zur Kenntnis zu bringen. Deren nachträgliche Festlegung darf aber keinesfalls eine Veränderung der – verpflichtend bekannt zu gebenden – Zuschlagskriterien oder deren Gewichtung bewirken (EuGH 14. 7. 2016, C-6/15 , *TNS Dimarso*; BVwG, 20. 12. 2017, W187 2175977-2/25E).

## Gemeinnützige Wohnbaugesellschaft ist kein öffentlicher Auftraggeber

LVwG Tirol 13. 5. 2020, LVwG-2019/S2/1370-20

Eine Einrichtung im Sinn des § 4 Abs 1 BVergG 2018, die als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, liegt nur dann vor, wenn die drei unter den lit a bis c des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 genannten Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen. Fraglich ist im Zusammenhang mit gemeinnützigen Wohnbauträgern, ob sie Einrichtungen sind, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen (§ 4 Abs 1 Z 2 lit a BVergG 2018). Nach den Erläuterungen ist unter einer Einrichtung, die Aufgaben gewerblicher Art besorgt, eine solche zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Bedingungen (das heißt, unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben (Marktwettbewerb) teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) ihres Handelns trägt (RV 69 26 G B, 24). Im vorliegenden Fall ist die gemeinnützige Wohnbaugesellschaft zwar nicht in Konkurrenz mit anderen Privaten, sondern mit – insofern ebenfalls begünstigten – anderen Gemeinnützigen, was aber nichts daran ändert, dass sie insofern am Wettbewerb in dem diesbezüglich beschränkten Markt teilnimmt. Es ergibt sich sohin, dass sie nicht als Einrichtung im Sinn des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 und somit nicht als öffentliche Auftraggeberin anzusehen ist.

## Erhebliche Mängel bei früheren Aufträgen als Ausscheidensgrund

LVwG Steiermark 9. 3. 2020, 443.8-2976/2019-43

Hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei der Erfüllung eines früheren Vertrages erhebliche Mängel im Zusammenhang mit wesentlichen Anforderungen zu verantworten, die Schadenersatzleistungen nach sich gezogen haben, ist der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 9 BVergG verwirklicht. Der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 9 BVergG ist nicht beschränkt auf Verträge des jeweils ausschreibenden Auftraggebers, sondern greift auch Platz bei Verträgen für andere (öffentliche) Auftraggeber.



# NEWS

## AKTUELLE ENTWICKLUNGEN AUF DEM GEBIET DES VERGABERECHTS

### Verstößt Österreich gegen EU-Vergaberecht?

EuGH, C-537/19, KOM/ Österreich

Nach Ansicht des Generalanwalts in einem anhängigen Verfahren vor dem EuGH hat die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus den Art 2, 28 und 35 Abs 2 RL 2004/18/EG [VergabeRL alt] verstoßen, indem die öffentliche Einrichtung der Stadt Wien (Stadt Wien-Wiener Wohnen) den Vertrag vom 25. 5. 2012 bezüglich des Bürogebäudes in Wien ohne Bekanntmachung und ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens direkt vergeben hat. Da die Einrichtung Stadt Wien-Wiener Wohnen (deren Rechtsnatur als öffentlicher Auftraggeber unstrittig ist) einen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung und die Ausführung des Bürogebäudes gehabt habe, schließt der Generalanwalt, dass es sich, obwohl die Parteien den Vertrag als Mietvertrag über eine Immobilie geschlossen hätten, in Wirklichkeit um einen öffentlichen Bauauftrag handele, der den in der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwert überschreite.

### Rundschreiben zur öffentlich-öffentlichen Kooperation

Das Bundesministerium für Justiz („BMJ“) hat ein [Rundschreiben](#) zur öffentlich-öffentlichen Kooperation verfasst. Es stützt sich auf zwei Urteile des EuGH (28. 5. 2020, C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE)*, und 4. 6. 2020, C-429, *Remondis II*) und legt die Rahmenbedingungen für öffentlich-öffentliche Kooperationen näher dar. Zusammenfassung siehe: *Reisner*, Überblick über Ereignisse und Entwicklungen der letzten Wochen im Vergabegeschehen, RPA 2020, 261.

### Rundschreiben zur Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit der COVID-Krise und zum COVID-19 Begleitgesetz Vergabe

Das BMJ hat ein [Rundschreiben](#) zur Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit der COVID-Krise veröffentlicht, das sich mit verschiedenen Aspekten der Beeinträchtigung von Vergabeverfahren und der Abwicklung von Aufträgen wegen der COVID-Krise beschäftigt. Behandelt werden Ausnahmenvorschriften, Sonderverfahren und Auswirkungen auf laufende Vergabeverfahren. Ein weiteres [Rundschreiben](#) betrifft das COVID-19 Begleitgesetz Vergabe.

---

## TEAM

DAS TEAM UNSERER PRAXISGRUPPE ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT UND VERGABERECHT STEHT IHNEN FÜR IHRE ANLIEGEN GERNE ZUR VERFÜGUNG!



Günther Gast



Arnold Autengruber



Laura Schindl



Anna Wanitschek



Marcel Müller

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH

Bozner Platz 4 – Palais Hauser

6020 Innsbruck

T +43 512 56 73 73

E [office@chg.at](mailto:office@chg.at)

W [www.chg.at](http://www.chg.at)

# Sie investieren in Chancen. Wir kümmern uns um die Risiken.

Im TREND-Ranking „Österreichs beste Anwälte 2020“ zur besten Kanzlei  
außerhalb Wiens gewählt

Niederlassung  
Vaduz

Hauptsitz  
Innsbruck

Niederlassung  
St. Johann

Niederlassung  
Bozen

Niederlassung  
Wien

## Impressum CHG NEWSLETTER Vergaberecht

### Offenlegung gemäß § 25 Mediengesetz:

#### Herausgeber:

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH  
Bozner Platz 4 – Palais Hauser  
6020 Innsbruck  
Österreich  
T +43 512 56 73 73  
F +43 512 56 73 73 15  
E [office@chg.at](mailto:office@chg.at)

### Grundlegende Richtung:

Fachinformationsblatt für Vergaberecht und öffentliches  
Wirtschaftsrecht

### Hinweis:

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser  
Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr  
erfolgen und eine Haftung der Herausgeber oder der  
Autoren ausgeschlossen ist.