

### CHG Newsletter Vergaberecht

**VERGABERECHT** 

Nr. 4 3. Quartal 2021

Seite 2 Leitartikel

#### Seite 4

Gerichtshof der Europäischen Union

#### Seite 6

Verwaltungsgerichtshof

### Seite 7

Verwaltungsgerichte

#### Seite 12

Oberster Gerichtshoft

### Seite 13

Vergaberecht

### Seite 14

**CHG-News** 

### Seite 15

Team & Kontakt

Ein vergaberechtlich heißer Sommer geht endgültig zu Ende. Nicht nur die Gerichte waren aktiv, sondern auch die Europäische Kommission hat mit ihren Mitteilungen zur sozialorientierten und innovationsfördernden Beschaffung den vergaberechtlichen Horizont erweitert. Mit dem Inkrafttreten des Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz (SFBG), das Auftraggeber bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen nunmehr verpflichtet, einen Mindestanteil an "sauberen" – emissionsfreien und emissionsarmen – Straßenfahrzeugen über festgelegte Bezugszeiträume hinweg einzuhalten, ist

Es sind im Vergaberecht oft die Kleinigkeiten, auf die es ankommt, wie eine

zudem der vergaberechtliche Rechtsbe-

stand um eine Facette reicher geworden.

neue Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. September 2021 zeigt. Im Vergabeverfahren der ÖBB-Personenverkehr AG über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Doppelstock-Elektrotriebzügen mit einem Auftragswert von etwa 400 Millionen Euro hat das Gericht nach einem langwierigen und aufwändigen Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung zugunsten des schweizerischen Anbieters Stadler Rail deswegen aufgehoben, weil eine digitale Signatur nicht den österreichischen Vorgaben des Vergaberechts entspricht - die schweizerische Version der elektronischen Signatur werde in der EU nämlich nicht anerkannt. Einmal mehr zeigt sich, dass das Vergaberecht zur Vermeidung folgenreicher Fehler profunde Rechtskenntnisse voraussetzt.

In diesem Sinne wünschen wir eine spannende und aufschlussreiche Lektüre unseres Herbst-Newsletters.

CHG-Praxisgruppe Vergaberecht

### Spielräume im Vergaberecht - Zuschlagskriterien

LEITARTIKEL

Die Zuschlagskriterien dienen der Ermittlung jenes Angebotes, dem am Ende eines Vergabeverfahrens der Zuschlag erteilt werden soll. Sie eigenen sich damit für den Auftraggeber, abseits der Leistungsbeschreibung steuernd in den Vergabeprozess einzugreifen.

Zuschlagskriterien untergliedern sich in zwei grundlegende Kategorien: einerseits der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium ("Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis"; im allgemeinen Sprachgebrauch auch als "Billigstbieterprinzip" bezeichnet), andererseits die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird ("Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes"; im allgemeinen Sprachgebrauch auch als "Bestbieterprinzip" bezeichnet). Der Gesetzgeber artikuliert zwar eine Präferenz für das Best-

bieterprinzip, lässt dem Auftraggeber aber die Wahl, das Billigstbieterprinzip vorzusehen, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist (dies wiederum mit Ausnahmen – so zB ist das Bestbieterprinzip verpflichtend bei Bauaufträgen vorgesehen, deren geschätzter Auftragswert mehr als 1 Million Euro beträgt).

Abseits bekannter Zuschlagskriterien wie Gewährleistungsfristverlängerungen und Pönalerhöhungen, können diese aber nicht nur zur Steuerung des Vergabeprozesses in qualitativer Hinsicht, sondern auch wesentlich zur strategischen Verfolgung von Zielsetzungen eingesetzt werden. Spätestens seit der Entscheidung des EuGH in der Rs Concordia Bus steht fest, dass beispielsweise Umweltschutzkriterien, wie die Höhe der Stickoxidemissionen von Bussen oder des Lärmpegels von Bussen, zulässige Zuschlagskriterien sind, wenn sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung genannt sind und alle wesentlichen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, gewahrt werden.

Das Erfordernis, dass Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen ist mittlerweile sehr weit gefasst und bereits dann erreicht, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen. Erwägungsgrund 97 zur VergabeRL 2014 veranschau-

### Spielräume im Vergaberecht - Zuschlagskriterien

LEITARTIKEL

licht dies mit dem Beispiel, dass zur Herstellung der beschafften Waren keine giftigen Chemikalien verwendet werden oder dass die erworbenen Dienstleistungen unter Zuhilfenahme energieeffizienter Maschinen bereitgestellt werden. Dies kann im Zuge der Angebotsbewertung entsprechend berücksichtigt werden.



Dass die Berücksichtigung umweltrelevanter Aspekte auch komplexere Formen annehmen kann, belegt die neue Methode der Lebenszykluskostenrechnung. Diese kann als Kostenmodell zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses eines Angebotes herangezogen werden. Sie umfasst im Wesentlichen zwei Kostenblöcke: auf der einen Seite jene Kosten, die vom Auftraggeber oder anderen Nutzern getragen werden (wie beispielsweise Anschaffungs-, Nutzungs- und Wartungskosten, aber auch jene Aufwendungen, die für die Entsorgung entstehen - maW also die während der gesamten Lebensdauer eines Erzeugnisses entstehenden internen Kosten); auf der anderen Seite solche Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Wert in Geld bestimmt und überprüft werden kann. In der Praxis sind derartige Berechnungen komplex. Aber auch abseits anspruchsvoller Berechnungsmethoden eröffnen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber Spielräume bei der Gestaltung einer Ausschreibung und damit die Möglichkeit, entsprechenden Schwerpunkten Rechnung zu tragen. Die korrekte Formulierung ist im Detail anspruchsvoll und mit Bedacht zu wählen, um in keine vergaberechtlichen Stolperfallen zu treten.

### **Praxistipps**

- "Mut zur Kreativität!": Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dieses Erfordernis ist jedoch weit auszulegen und bereits dann erreicht, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen:
- Umweltschutzkriterien eignen sich als Zuschlagskriterien, wenn sie in den Ausschreibungsunterlagen klar definiert sind und das Gleichbehandlungsgebot gewahrt wird;
- Als grüne Zuschlagskriterien eignen sich beispielsweise: Emissionswerte, Lärmwerte, Lebenszykluskosten, Energieeffizienz, Bezug von nachweislich ökologisch angebauten Produkten etc.

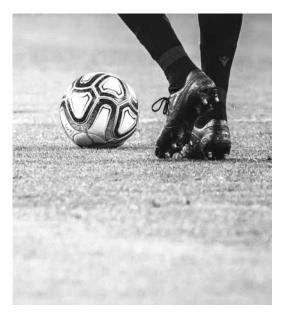
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION

## Zuverlässigkeit trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes nachweisbar

EuGH 14.01.2021, C-387/19, RTS infra und Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel gegen Vlaams Gewest

Art 57 Abs 6 Vergabe-Richtlinie (2014/24/EU; vgl in Österreich § 83 BVergG 2018) steht einer Praxis entgegen, wonach ein Wirtschaftsteilnehmer verpflichtet ist, bereits bei der Einreichung seines Teilnahmeantrags oder Angebots unaufgefordert den Nachweis für Abhilfemaßnahmen zu erbringen, um seine Zuverlässigkeit trotz des Umstands darzulegen, dass bei ihm ein in Art 57 Abs 4 VergabeRL genannter fakultativer Ausschlussgrund vorliegt, sofern sich eine solche Verpflichtung weder aus dem nationalen Recht, noch aus den Auftragsunterlagen ergibt.

Eine solche Verpflichtung ist dem EuGH zufolge dann unionskonform, wenn sie in den nationalen Rechtsvorschriften klar, genau und eindeutig vorgesehen ist und dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer über die Auftragsunterlagen zur Kenntnis gebracht wird.



## Der nationale italienische Fußballverband ist öffentlicher Auftraggeber

EuGH 03.02.2021, C-155/19, FIGC und Consorzio Ge.Se.Av

"Einrichtungen des öffentlichen Rechts" werden in Art 2 Abs 1 Z 4 der Vergabe-Richtlinie (2014/24/EU; vgl in Österreich § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018) als Einrichtung definiert, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitzen und – zusammengefasst – überwiegend von staatlichen oder anderen öffentlichen Einrichtungen finanziert oder (über Kontrollbefugnisse) geleitet werden.

Erstgenannte Voraussetzung ist auch bei einer Einrichtung, die mit im nationalen Recht abschließend festgelegten öffentlichen Aufgaben betraut ist, erfüllt, wenn die Einrichtung nicht in Form einer öffentlichen Verwaltungsstelle, sondern in Form eines privatrechtlichen Vereins gegründet wurde und bestimmte ihrer Tätigkeiten, über die sie Eigenfinanzierungskapazität verfügt, keinen öffentlichen Charakter haben.

In dem Fall, dass ein nationaler Sportverband nach dem nationalen Recht über Leitungsautonomie verfügt, ist nur dann anzunehmen, dass die Leitung dieses Verbands der Aufsicht einer öffentlichen Einrichtung untersteht, wenn sich aus einer Gesamtwürdigung der Befugnisse dieser Einrichtung gegenüber dem Verband ergibt, dass eine aktive Aufsicht über die Leitung vorliegt, die diese Autonomie faktisch so sehr in Frage stellt, dass sie es der Einrichtung ermöglicht, die Entscheidungen des Verbands im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen.

GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION Der Umstand, dass die verschiedenen nationalen Sportverbände die Tätigkeit der betreffenden öffentlichen Einrichtung dadurch beeinflussen, dass sie mehrheitlich an deren wichtigsten beratenden Kollegialorganen beteiligt sind, ist nur dann maßgeblich, wenn sich feststellen lässt, dass jeder dieser Verbände für sich genommen in der Lage ist, einen so erheblichen Einfluss auf die von dieser Einrichtung ihm gegenüber geführte öffentliche Aufsicht auszuüben, dass diese Aufsicht neutralisiert und er damit die Entscheidungshoheit über seine Leitung wiedererlangen würde, und zwar ungeachtet des Einflusses der anderen nationalen Sportverbände, die sich in einer ähnlichen Lage befinden.

Vergabe grenzüberschreitender Abfallbewirtschaftungsdienstleistungen EuGH 08.07.2021, C-295/20, Sanresa

Aus Art 2 Z 35 und Art 3 der Verordnung (EG) 1013/2006 über die Verbringung von Abfällen ergibt sich die Pflicht eines Wirtschaftsteilnehmers, der Abfälle von einem Mitgliedstaat in einen anderen Staat verbringen will, über die Zustimmung der zuständigen Behörden der von der Verbringung betroffenen Mitgliedstaaten zu verfügen. Diese Pflicht ist kein Eignungskriterium, sondern stellt vielmehr eine Bedingung für die Ausführung des vergebenen Auftrags dar.

Das Angebot eines Bieters darf nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil dieser zum Zeitpunkt der Abgabe seines Angebots nicht nachweist, dass er eine Bedingung für die Ausführung des betreffenden Auftrags erfüllt. Der Nachweis, dass der Bieter die Bedingungen für die Auftragsdurchführung erfüllt, kann somit auch erst nach Zuschlagserteilung erbracht werden.

Anmerkung: In der österreichischen Vergabepraxis hat sich bislang bewährt, bei der Vergabe der Behandlung von Abfällen ein Prozedere in der Ausschreibung vorzusehen, wonach ein Bieter, der eine Behandlung außerhalb Österreichs beabsichtigt, nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine bestimmte Zeit zur Notifizierung eingeräumt bekommt. Die Zuschlagserteilung erfolgt erst nach erfolgreicher Notifizierung. Scheitert die Notifizierung innerhalb des gewährten Zeitrahmens, erfolgt der Widerruf der Zuschlagsentscheidung und die Bekanntgabe einer neuen Zuschlagsentscheidung zugunsten des nächstgereihten Bieters. Diese Praxis wird unseres Erachtens durch die angeführte jüngste Judikatur bestätigt.



VERWALTUNGS-GERICHTSHOF

## Gutachtenserstattung in der mündlichen Verhandlung

VwGH 11.09.2020, Ra 2018/04/0157

Wird der betroffenen Partei ein schriftliches Gutachten nicht zur Kenntnis gebracht und dieser keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, ist das Parteiengehör verletzt. Wird das Gutachten hingegen – wie angekündigt – in der mündlichen Verhandlung erstattet, kann von einer unterbundenen Kenntnisnahme des Gutachtens keine Rede sein.

## Formvorschriften bei der Angebotsöffnung von Papierangeboten

VwGH 11.09.2020, Ra 2018/04/0157

Die Ansicht des Verwaltungsgerichtes, die Handhabung bei der Angebotsöffnung, wobei die durchnummerierten Angebote jeweils in Anwesenheit der Vertreter des Auftraggebers und eines Vertreters für die Bieterin verlesen, gelocht, gebunden und plombiert wurden, sei geeignet, eine Manipulation des Angebotes durch die Verletzung der Formvorschrift praktisch auszuschließen, ist vertretbar.

## Kein Feststellungsantrag vor der Zuschlagserteilung

VwGH 05.03.2021, Ra 2018/04/0094

Ein Feststellungsantrag kann erst nach Zuschlagserteilung gestellt werden. Eine nach der Antragseinbringung erfolgte Zuschlagserteilung ändert somit nichts an der Unzulässigkeit eines vor der Zuschlagserteilung eingebrachten Feststellungsantrages. Dies ist nicht anders zu beurteilen, wenn primär ein Nichti-

gerklärungsantrag und hilfsweise ein Feststellungsantrag gestellt wurde. Die Zulässigkeit eines vor der Zuschlagserteilung hilfsweise gestellten Feststellungsantrags ist auch aus Rechtsschutzerwägungen nicht erforderlich, weil nach Zuschlagserteilung während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens ohnehin (jedenfalls) ein sekundärer Feststellungsantrag gestellt werden kann.

### Kein absoluter Datenschutz im Vergabeverfahren

VwGH 26.03.2021, Ra 2019/03/0128

Gemäß § 27 Abs 1 BVergG 2018 ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, den vertraulichen Charakter aller bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausgetauschten Informationen (bzw aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben) zu wahren, wodurch die Funktionsfähigkeit des Vergabewettbewerbs sichergestellt werden soll. Abgesehen davon, dass diese Bestimmungen etwa bei Direktvergaben nicht zur Anwendung kommen, wird darin auch nicht festgelegt, dass (sämtliche) Informationen im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren stets als vertraulich zu behandeln wären und nicht - etwa aufgrund eines Auskunftsersuchens - bekannt gegeben werden dürften.

## Bestellung von Tabaktrafikanten unterliegt dem BVergGKonz 2018

VwGH 20.07.2021, Ro 2019/04/0231

Gegenstand des Bestellungsvertrages iSd TabMG 1996 ist die Vergabe einer Dienst-

VERWALTUNGS-GERICHTE leistungskonzession iSd BVergGKonz 2018. Die Bestimmungen des BVergGKonz 2018 sind daher – entgegen der insofern unrichtigen Rechtsansicht des Bundesverwaltungsgerichts – auf das Verfahren zur Bestellung von Tabaktrafikanten nach dem TabMG 1996 anzuwenden.

### Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung als Ausnahmefall

BVwG 18.06.2020, W187 2229416-1/33E

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung stellt eine Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung dar, einen öffentlichen Auftrag in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben. Als Ausnahme sind die Voraussetzungen für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eng auszulegen. Wer sich auf diesen Ausnahmetatbestand stützt, muss das Vorliegen der Voraussetzungen dafür nachweisen (zB EuGH 11.01. 2005, C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau, Slg 2005, I-1, Rn 46). Die bloße Behauptung der Voraussetzungen genügt nicht. Vielmehr sind hierfür ernsthafte - auch EU-weite Nachforschungen des Auftraggebers notwendig.

Anmerkung: Nachdem zur Angebotslegung nicht eingeladene Mitbewerber um den Auftrag vom Vergabeverfahren in der Regel erst nach Auftragserteilung erfahren, können sie mit Feststellungsantrag gegen die bereits erfolgte Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung vorgehen und dem Auftraggeber entsprechend Probleme bereiten. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sollte demnach gut überlebt und begründet sein.

### Sektorenauftraggeber: Vertiefte Angebotsprüfung

BVwG 01.07.2020, W187 2231549-2/21E

§ 300 BVergG enthält die Regelungen für die Prüfung der Angemessenheit der Preise. Auch wenn die Vorgaben für Sektorenauftraggeber in § 300 BVergG 2018 gegenüber den Vorgaben für öffentliche Auftraggeber in § 137 BVergG 2018 reduziert sind, kann die Rechtsprechung zur vertieften Angebotsprüfung für öffentliche Auftraggeber übertragen werden (VwGH 25. 1. 2011, 2008/04/0082).

### Akteneinsicht im Verfahren über die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung

BVwG 15.07.2020, W131 2229809-3/9E

Eine gleiche Akteneinsicht für alle Verfahrensparteien bei - in der Regel - geschäftsgeheimnisrelevanten Angebotsdetails im Angebot der Antragstellerin bei Erörterung der Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin ist dem gebotenen raschen Nachprüfungsverfahren nicht förderlich, wenn man zur Feststellung, ob tatsächlich (Betriebsoder) Geschäftsgeheimnisse vorliegen, mitunter Sachverständige bestellen wird müssen. Geschäftsgeheimnisse, die entscheidungsrelevant für eine Entscheidungsbegründung sein können, müssen in diesem Zusammenhang mitunter als tragende Gründe in der Entscheidung enthalten sein und zuvor dem Parteiengehör unterzogen werden, ohne dass das BVergG oder die Verfahrensgesetze insoweit eine Verfahrens- oder Begründungserleichterung vorsehen würden.

VERWALTUNGS-GERICHTE Anmerkung: In Vergabenachprüfungsverfahren kommt der Akteneinsicht oft zentrale Bedeutung zu, nachdem Antragsteller dabei entscheidungsrelevante Tatsachen in Erfahrung bringen können. Die Gerichte sind bei der Genehmigung der Akteneinsicht oft einschränkend, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Angeboten der Mitbewerber zu wahren. Rechtsmittelverfahren über den Umfang der gewährten Akteneinsicht sind keine Seltenheit. Nach dieser Judikatur müssen entscheidungsrelevante Tatsachen aus Angeboten von Mitbewerbern sogar in die Begründung von Entscheidungen aufgenommen werden. Nachvollziehbare Entscheidungen gehen demnach dem Recht auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor.

### Ausschlussgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

BVwG 14.10.2020, W139 2233092-1/25E

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfasst begrifflich sowohl die Eröffnung eines Konkursverfahrens als auch jene eines Sanierungsverfahrens. Eine Differenzierung nimmt der Gesetzgeber nicht vor. Das Insolvenzverfahren muss noch anhängig sein, um den betroffenen Bieter unter Bezugnahme auf diesen Tatbestand vom Verfahren auszuschließen (VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187). In einem Insolvenzverfahren befindet sich ein Unternehmer von dessen Eröffnung bis zu dessen Aufhebung durch das Insolvenzgericht (LVwG Wien 19.03.2014, VW-123/060/10202/2014).

### Einholung von Informationen im Nachprüfungsverfahren

BVwG 02.12.2020, W120 2235770-2

Ein Bieter ist unter anderem dann auszuschließen, wenn er versucht hat, vertragliche Informationen zu erhalten, durch die er unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte (§ 78 Abs 1 Z 11 lit b BVergG 2018). Dieser Ausschlussgrund setzt gewisse Handlungen voraus, die eine Auswirkung auf die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers haben oder haben könnten. In diesem Zusammenhang hatte der Gesetzgeber allerdings nicht jenen Fall vor Augen, in welchem Informationen erhalten werden, die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens möglicherweise verwendet werden könnten.

## Unterbliebene Präzisierung des angebotenen Produktes

BVwG 02.12.2020, W120 2235770-2

Aus dem Beisatz "oder gleichwertiges" nach einem namentlich angeführten Produkt ist nicht erkennbar, welches Produkt der Bieter konkret in einer Bieterlücke anbietet. Die Bezeichnung von Produkten in Bieterlücken in einer Art und Weise, die die angebotenen Produkte nicht erkennen lässt, stellt einen nicht verbesserungsfähigen Mangel dar.

Anmerkung: Bieter sind gut beraten, Bieterlücken mit eindeutig benannten konkreten Produkten auszufüllen. Ein möglicher Spielraum bei der Produktwahl nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung kann oder muss zum Ausscheiden des Angebotes führen.

#### VERWALTUNGS-GERICHTE

### Keine nachträglichen Änderungen des Angebots

BVwG 16.12.2020, W187 2236898-2

Der Auftraggeber muss den Bieter nicht über unbehebbare – zum Ausscheiden führende – Mängel des Angebots aufklären, zumal unbehebbare Mängel ohnehin nicht verbesserungsfähig sind. Eine nachträgliche Spezifikation bedeutet eine nachträgliche Änderung des Angebots, die im offenen Verfahren unzulässig ist.

## Ausscheiden aufgrund Nichteinhaltung vertraglicher Nebenpflichten

BVwG 29.12.2020, W273 2237297-2

Ergibt sich aus einer Erklärung des Bieters im Zuge der Angebotsprüfung (Bemusterung), dass der Bieter vertragliche Nebenpflichten laut den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen wird, liegt ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Es widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung eines Bieters, der im offenen Verfahren nach Angebotsabgabe erklärt, Verpflichtungen des Leistungsvertrages nicht einzuhalten, deshalb nicht auszuscheiden, weil der Auftraggeber auf die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen trotz des Vorliegens einer widersprechenden Erklärung des Bieters vertraut.

## Unbedenklichkeitsbescheinigung: Kontobestätigung vs. Kontoauszug

LVwG Niederösterreich 25.07.2020, LVwG-VG-6/001-2020

Der Informationswert einer vorgelegten Unbedenklichkeitsbescheinigung und einer Kontobestätigung muss dergestalt sein, dass der Auftraggeber prüfen kann, ob der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 6 BVergG 2018 vorliegt. Ein Kontoauszug ist hierfür ungeeignet, zumal er keine Erklärung des Sozialversicherungsträgers enthält.

## Präzisierung "Geschäftsjahr" - Nachfrageobliegenheit des Bieters

LVwG Niederösterreich 25.07.2020, LVwG-VG-6/001-2020

Fordern die Ausschreibungsunterlagen die Vorlage von Nachweisen für das "Geschäftsjahr 2018", so hat ein verständiger Bieter bei Verwendung eines derartigen Begriffes ohne weitere Präzisierungen jedenfalls davon auszugehen, dass das "Geschäftsjahr 2018" zumindest den Zeitraum des Kalenderjahres 2018 abdecken sollte. Sollte ein Bieter ein vom Kalender abweichendes Geschäftsjahr aufweisen, so wäre es Sache des Bieters, unverzüglich Anfrage beim öffentlichen Auftraggeber dahingehend zu halten, wie die Vorgaben in der Ausschreibung auf seine Situation bezogen zu sehen sind.

Anmerkung: Dieses Judikat ist ein Beispiel dafür, welche Nachfragepflichten die Bieter bei unklaren Vorgaben trifft. Wir sehen hier Parallelen zur Warn- und Hinweispflicht des Werkunternehmers.

#### VERWALTUNGS-GERICHTE

## Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen

LVwG Niederösterreich 23.11.2020, LVwG-VG-13/001-2020

Bei der Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen handelt es sich grundsätzlich um eine Rechtsfrage. Ungeachtet dessen ist im Falle der Verwendung von Fachbegriffen zur Ermittlung des objektiven Erklärungswertes oftmals einschlägiges Fachwissen erforderlich. Nur ein Fachkundiger kann beurteilen, wie ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bestimmte Begriffe oder Wendungen in den Ausschreibungsunterlagen verstehen konnte und musste.

#### Vertiefte Angebotsprüfung

LVwG Niederösterreich 07.01.2021, LVwG-VG-15/001-2020

§ 137 Abs 2 BVergG 2018 zählt nur jene Fälle auf, in welchen der öffentliche Auftraggeber Angebote verpflichtend vertieft zu prüfen hat. Nach der Rechtsprechung des VwGH verbietet diese Bestimmung dem öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht, auch in anderen Fällen eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen (vgl VwGH 2003/04/0181).

### Grenzen der Bestandsfestigkeit

VwG Wien 21.03.2019, VGW-123/077/1621/2019

Die Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen kann nicht bewirken, dass eine Kalkulation gegebenenfalls auch dann als betriebswirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar gilt, wenn

die kollektivvertraglichen Mindestlöhne und/oder die gesetzlichen Lohnnebenkosten nicht in kostendeckender Weise berücksichtigt sein sollten oder wenn sonst ein Unterangebot im Sinne eines nicht kostendeckenden Angebotes vorliegen sollte.

#### Angemessenheit der Eignungskriterien

VwG Wien 15.06.2020, VGW-123/029/3128/2020

Jedes Eignungskriterium kann es einzelnen Unternehmern erschweren, ein Angebot zu legen. Die damit bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher dem Auftragsgegenstand angemessen sein. Daraus ergibt sich, dass das verlangte Niveau an Eignung in Beziehung zur nachgefragten Leistung zu setzen ist (VwGH 27.02.2019, Ra 2019/04/0019).

### Ausscheiden eines nicht ausschreibungskonformen Angebotes

VwG Wien 09.07.2020, VGW-123/077/6406/2020

Das Ausscheiden eines nicht ausschreibungskonformen Angebotes ist nach den europarechtlichen Vorgaben nur dann erforderlich, wenn der betroffene Aspekt "fundamental" ist. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn ein Akzeptieren eines solchen Angebotes den Wettbewerb beeinträchtigen würde. Der dadurch verbleibende Raum, ausnahmsweise nicht ausschreibungskonforme Angebote ak-

#### VERWALTUNGS-GERICHTE

zeptieren zu können, ist allerdings sehr gering. Das in § 79 Z 4 BVergG 2018 festgelegte Erfordernis, dass die Eignung, bereits zum Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge feststehen muss, geht jedoch über bloße Formalerfordernisse, wie etwa die Vorlage von Unterlagen in weniger als der geforderten Anzahl, hinaus.

### Sachliche Rechtfertigung bei einer die Laufzeit von vier Jahren übersteigenden Rahmenvereinbarung

VwG Wien 18.01.2021, VGW-123/077/14168/2020; VGW-123/077/15201/2020

Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf vier Jahre nicht überschreiten, es sei denn, eine längere Laufzeit ist ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt (§ 154 Abs 5 BVergG 2018). Bei Matratzensystemen für Krankenanstalten sieht das BVwG eine Rahmenvereinbarung von fünf Jahren mit einer Verlängerungsoption um weitere fünf Jahre aufgrund der gegenständlich dargelegten zehnjährigen Nutzungsdauer als gerechtfertigt an.

Anmerkung: Ganz nachvollziehbar ist die Begründung einer längeren Laufzeit einer Rahmenvereinbarung, als sie gesetzlich vorgesehen ist, mit der Lebensdauer eines Produktes nicht. Wenn Matratzen am Ende der 10-jährigen Laufzeit der Rahmenvereinbarung abgerufen und beschafft werden, haben sie dennoch eine Lebensdauer von 10 Jahren über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung. Warum aus diesem Grund eine längere Laufzeit der Rahmenvereinbarung begründet sein soll, bleibt für uns nicht nachvollziehbar.

### Keine Sanierung einer unzureichenden Dokumentation im Nachprüfungsverfahren

VwG Wien 27.01.2021, VGW-123/087/14461/2020

Eine unzureichende Dokumentation im Vergabeakt, der eine möglicherweise unzureichende Prüfung im Vergabeverfahren vorangegangen ist, kann im Nachprüfungsverfahren nicht saniert werden. Vielmehr hat die Auftraggeberin eine – auch eine nachprüfende Kontrolle standhaltende – Aktendokumentation vorzunehmen.

OBERSTER GERICHTSHOF

## Unzulässige Direktvergabe – Beweislast für Ersatz des Erfüllungsinteresses

OGH 23.03.2021, 1 Ob 226/20x

Im vom OGH zu beurteilenden Fall wurde ein Auftrag ohne Durchführung des gebotenen Ausschreibungsverfahrens im Wege der Direktvergabe vergeben. Auch bei einem solchen Rechtsverstoß des Auftraggebers, der in der Wurzel der gewählten Vergabeart liegt, steht der Ersatz des Erfüllungsinteresses dem übergangenen Geschädigten nur zu, sofern diesem nach Durchführung der erforderlichen Ausschreibung der Zuschlag erteilt werden hätte müssen. Hierfür ist der Geschädigte beweispflichtig.

#### **ÖNORMEN und Stand der Technik**

OGH 27.01.2021, 7 Ob 111/20d

ÖNORMEN sind eine Zusammenfassung von üblichen Sorgfaltsanforderungen (RS0022153). Sie sind in besonderer Weise zur Bestimmung des nach der Verkehrsauffassung zur Sicherheit Gebotenen geeignet, weil sie grundsätzlich den Stand der für die betroffenen Kreise geltenden Regeln der Technik widerspiegeln (1 Ob 214/16a; RS0062063). Sie dürfen aber nicht immer dem Stand der Technik gleichgestellt werden, weil sie diesen zwar wiedergeben, aber auch hinter ihm zurückbleiben können (vgl 10 Ob 24/09s; 1 Ob 214/16a).



# Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Vergaberechts

#### **VERGABERECHT**

### Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz in Kraft

Das Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz (SFBG), mit dem die europäische Richtlinie (EU) 2019/1161 "Clean Vehicles Directive" in das nationale Recht umgesetzt wurde, ist seit 28.07.2021 in Kraft. Das SFBG ist auf Aufträge und Konzessionsverträge anzuwenden, bei denen die Bekanntmachung nach dem 02.08.2021 erfolgt oder der Auftraggeber - bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung - das Vergabeverfahren nach Ablauf des 02.08.2021 eingeleitet hat. Auftraggeber sind bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen nunmehr verpflichtet, einen Mindestanteil an "sauberen" - emissionsfreien und emissionsarmen - Straßenfahrzeugen über festgelegte Bezugszeiträume hinweg einzuhalten. Darüber hinaus legt das SFBG regelmäßige Berichterstattungspflichten an das Justizministerium (bzw im Vollziehungsbereich der Bundesländer an die Landeshauptleute) fest.

Die Beschaffung von Fahrzeugen wird damit für öffentliche Auftraggeber, aber auch für Auftragnehmer öffentlicher Verkehrsdienstleistungen wesentlich komplexer und aufwendiger. Bleibt zu hoffen, dass der ständig steigende Verkehr wirklich sauberer wird.

# Mitteilung der Europäischen Kommission zur sozialorientierten Beschaffung (2. Ausgabe)

Der in einer Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26.05.2021 in neuer Ausgabe veröffentlichte Leitfaden verfolgt das Ziel, das öffentliche Auftragswesen in der EU sozialer, ethischer, ökologischer und wirtschaftlicher zu gestalten. Negative soziale Auswirkungen bei der Beschaffung sollen bestmöglich vermieden werden. Anhand zahlreicher Paradebeispiele in den EU-Mitgliedstaaten und Methoden wird unter anderem aufgezeigt, wie Auftraggeber mit ihrer Auftragsvergabe einen Beitrag zu Diversität und Geschlechtergleichstellung leisten und so die Beschäftigungschancen für Menschen mit erschwertem Zugang zum Arbeitsmarkt erhöhen können sowie die Arbeitsbedingungen bei den Auftragnehmern verbessern und die sozialen Vorgaben während der Umsetzung des Vergabevorhabens überwachen können.

Wenngleich der Leitfaden rechtlich nicht verbindlich ist, soll dessen Umsetzung durch öffentliche Auftraggeber einen Anreiz für Unternehmen schaffen, ihr Geschäftsmodell und ihre Produktionsprozesse nachhaltig und verantwortlich zu gestalten.

### Mitteilung der Europäischen Kommission zur innovationsfördernden öffentlichen Auftragsvergabe

Der am 18.06.2021 veröffentlichte "Leitfaden für eine innovationsfördernde öffentliche Auftragsvergabe" der Europäischen Kommission erläutert Instrumente für eine Auftragsvergabe, die mit dem größtmöglichen gesellschaftlichen Mehrwert insbesondere hinsichtlich Qualität, Kostenwirksamkeit sowie ökologischer und sozialer Auswirkungen verbunden ist. Der Leitfaden zeigt unter anderem auf, wie Innovatoren (unter anderem Start-ups und innovativen kleinen und mittleren Unternehmen [KMU]) der Zugang zur öffentlichen Auftragsvergabe ermöglicht werden kann.

### CHG News – meet CHG

**CHG NEWS** 

Arnold Autengruber und Daniel Tamerl als Vortragende beim Symposion der Universität Innsbruck zum Thema "Die Zukunft der Energieversorgung? Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften in Österreich"

Dezentrale Energieversorgung aus erneuerbaren Quellen gilt als einer der Schlüssel zur Erreichung der Klimaziele. In Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben wurde im Sommer ein weitreichendes Gesetzesvorhaben umgesetzt. Im Rahmen dieses sogenannten Erneuerbaren-Ausbau-Gesetzespakets ("EAG-Paket") werden ua die rechtlichen Grundlagen für Erneuerbare Energiegemeinschaften ("EEG") geschaffen. Die Umsetzung dieser zukunftsweisenden Versorgungsstrukturen wirft dabei vielerlei technische, wie auch rechtliche Fragestellungen auf, die im Rahmen der Veranstaltung der Universität Innsbruck in Impulsvorträgen thematisiert und erörtert wurden. Die CHG-Anwälte Arnold Autengruber und Daniel Tamerl referierten zu ausgewählten rechtlichen Fragestellungen in diesem Kontext.



#### CHG beim Firmenlauf 2021

Auch dieses Jahr hat CHG unter der Federführung von Laura Schindl wieder mit mehreren (Business-)Teams erfolgreich beim Firmenlauf teilgenommen. Laufen hält nicht nur körperlich, sondern auch geistig fit. In diesem Sinn wünschen wir Ihnen einen aktiven Herbst!

#### Professorale Verstärkung bei CHG

Arnold Autengruber wurde der Titel Assistenz-Professor (Ass.-Prof.) von der Universität Innsbruck verliehen. Das verdeutlicht das hohe qualitative Niveau, auf dem er im öffentlichen (Wirtschafts-)Recht und Vergaberecht arbeitet. Wir freuen uns über diese universitäre Anerkennung.



### Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht

**TEAM** 

## Das Team unserer <u>Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht</u> steht Ihnen für Ihre Anliegen gerne zur Verfügung!



Günther Gast



Arnold Autengruber



Andreas Grabenweger



Laura Schindl



Anna Wanitschek



Marcel Müller



Katharina Schwager

KONTAKT

#### CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH

Bozner Platz 4 • Palais Hauser • 6020 Innsbruck +43 512 56 73 73 • office@chg.at • www.chg.at

**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

### 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.

#### Fotonachweis:

Seiten 1: Pixabay, Seiten 2, 3, 4, 5, 13: unsplash.com, Seite 12: Peter Gugerell, Seiten 15, 16: chg.at



