

CHG Newsletter Vergaberecht

VERGABERECHT

Nr. 7 Jahrgang 2022

Seite 2
Leitartikel

Seite 6
Europäischer
Gerichtshof

Seite 7
Verwaltungs-
gerichtshof

Seite 11
Verwaltungs-
gerichte

Seite 15
Aktuelle
Entwicklungen

Seite 17
CHG-News

Seite 18
Team & Kontakt

Was ist das für eine kranke Zeit? Kaum scheint sich die angespannte Lage der Covid-19-Pandemie etwas zu beruhigen, überfällt Putin-Russland die Ukraine und bricht in Europa einen Angriffskrieg vom Zaun. Vom Regen in die Traufe. Die Auswirkungen dessen, was wir in Europa gerade erleben, lassen sich noch nicht erahnen. Das Vertrauen in Worte dürfte auf dem internationalen Parkett verloren sein. Bei genauer Betrachtung der Ereignisse in der Ukraine im Jahr 2014 wäre der heurige Überfall Russlands vielleicht gar nicht so unvorhersehbar gewesen. Die einzelnen Staaten werden als unmittelbare Folge wieder mehr in Rüstung und Verteidigung investieren. Dieses Geld wird an anderer Stelle fehlen. Der wieder angesprungene Wirtschaftsmotor wird abermals abgebremst. Und damit sind wir beim zentralen Thema dieses Newsletters:

Eine häufige Anfrage in unserer Praxisgruppe in den letzten Monaten ist der Umgang mit Mehrkostenforderungen als Folge der Covid-19-Pandemie und nun auch des Ukraine-Krieges. Viele Rohstoffe, Wertstoffe, Baumaterialien, Hilfsmaterialien, Industrieprodukte und vor allem Energie sind einer starken Preisschwankung und vor allem Preissteigerung unterworfen. Können Auftragnehmer bei abgeschlossenen Verträgen die daraus erwachsenden Mehrkosten gegenüber Auftraggebern geltend machen und durchsetzen? Müssen Auftraggeber diese Mehrkostenforderungen anerkennen und bezahlen? Was sind die Vorausset-

zungen für die Durchsetzung oder Abwehr von Mehrkostenforderungen? Wie sollen Auftraggeber nun Leistungen ausschreiben? Zu Fixpreisen? Zu variablen Preisen? Können sie Mehrkostenforderungen ausschließen? Bekommen sie noch Angebote? Wie sollen Projekte finanziert werden? Der Leitartikel dieser Ausgabe beantwortet einige dieser brennenden Fragen.

Mit einem ähnlichen Thema befasst sich unser erstes CHG-Business-Lunch für Auftraggeber am 29.06.2022: "Management von starken Preisschwankungen bei öffentlichen Projekten" Wie können Auftraggeber Leistungen bestmöglich ausschreiben, um öffentliche Projekte in diesen bewegten Zeiten erfolgreich durchführen und noch finanzieren zu können. Wir zeigen aktuelle Preisentwicklungen, die Voraussetzungen für Mehrkostenforderungen, Lösungsvorschläge zur Ausschreibung von Leistungen und alternative Vertragsmodelle auf.

Vor dem genannten Hintergrund erscheinen die jüngsten Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden fast schon nebensächlich. Dennoch wollen wir Ihnen wieder einen knappen und kurz kommentierten Überblick über die aktuelle Judikatur geben.

Zuletzt wünschen wir Ihnen alles Gute für Ihr Unternehmen in diesen unruhigen Zeiten und auch eine erholsame und schöne Sommerzeit!



Wer trägt Mehrkosten aus Folgen der Pandemie und des Ukraine-Krieges bei Bauvorhaben

Die Covid-19-Pandemie und der Ukraine-Krieg haben kurzfristige und starke Preisschwankungen in vielen Bereichen nach sich gezogen hat, vor allem bei Rohstoffen, Baustoffen, Hilfsstoffen und Energie. Hinzu kommen in vielen Bereichen Lieferverzug und Versorgungsengpässe. Es stellt sich bei nahezu jedem Bauvorhaben die Frage, von wem Mehrkosten und Verzögerungen aus den Folgen der Pandemie und des Ukraine-Krieges zu tragen sind.

Es ist zwischen Bauverträgen nach dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Werkverträge gemäß §§ 1165 ff ABGB) und Bauverträgen gemäß ÖNORM B 2110 zu unterscheiden:

Bauverträge gemäß ABGB

Bei Werkverträgen nach dem ABGB hat

der Auftragnehmer das beauftragte Werk auszuführen. Der Werkunternehmer schuldet das vereinbarte Werk, das Werk fällt in seine Sphäre. Den Auftragnehmer treffen folglich allfällige Mehrkosten aus der Pandemie oder des Ukraine-Krieges bei Erbringung des Werks.

Bei starken Preissteigerungen kann es aber auch beim Werkvertrag nach dem ABGB zu Situationen kommen, in denen der Auftragnehmer das Werk nicht um jeden Preis erbringen muss. Es kann etwa zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder zur sog. nachträglichen Unmöglichkeit kommen. Der Werkvertragsnehmer kann gemäß § 1447 ABGB die Leistung einstellen, wenn für ihn die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung durch eine nachträgliche Änderung der Umstände „unerschwinglich“ wird. Wann eine solche „Unerschwinglichkeit“ vorliegt, ist immer eine Einzelfallentscheidung, die pauschal nicht beantwortet werden kann.

LEITARTIKEL

Auch wenn den Auftragnehmer bei Bauverträgen gemäß ABGB somit grundsätzlich das Mehrkostenrisiko aus den Folgen der Pandemie und des Ukraine-Krieges trifft, stehen ihm bei starken Preissteigerungen dennoch rechtliche Möglichkeiten offen, eine Einigung zur Übernahme von Mehrkosten und zu Verzögerungen zu argumentieren oder den Bauvertrag vorzeitig aufzulösen.

schreiben, sie müssen aufgrund der Vorgaben des Vergaberechts Werkverträge gemäß ÖNORM B 2110 ausschreiben und vergeben.

Natürlich ist es den Auftraggebern unbenommen, bei sachlichen Gründen in einzelnen Punkten von der ÖNORM B 2110 abzuweichen und andere vertragliche Bestimmungen vorzugeben. Ein gänzlich



Bauverträge gemäß ÖNORM B 2110

Öffentliche Auftraggeber müssen gemäß § 105 Abs 3 BVergG 2018 bei der Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen auf geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, Bedacht nehmen, sofern solche vorhanden sind. Für Bauverträge gibt es in Österreich die ÖNORM B 2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm“. Diese ÖNORM wurde von Vertretern der Bauwirtschaft und der Auftraggeberseite verhandelt und spiegelt einen weitgehenden Standard von Bauverträgen wider. Folglich sollten öffentliche Auftraggeber keine Werkverträge gemäß ABGB aus-

Abbedingen der ÖNORM B 2110 oder ein weitgehendes Abweichen in wesentlichen Punkten zieht jedoch das Risiko nach sich, dass entweder 1. keine Angebote gelegt werden, weil vom Branchensus abgewichen wird, oder 2. die Angebote (gemäß Begleitschreiben) von den Vorgaben der Ausschreibung abweichen und somit nicht zuschlagsfähig sind oder 3. die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung wegen unzulässigen Abweichens von der standardisierten ÖNORM B 2110 erfolgreich mit Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

LEITARTIKEL

Voraussetzungen für Mehrkostenforderungen gemäß ÖNORM

Wird nun in der Ausschreibung von Bauvorhaben die ÖNORM B 2110 als Vertragsnorm einbezogen, kommen deren Regelungen des Punktes 7 für Leistungsstörungen zur Anwendung. Demnach fallen Ereignisse, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (bei öffentlichen Vergabeverfahren ist allerdings auf den Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist abzustellen) nicht vorhersehbar waren und vom Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind, gemäß Punkt 7.2.1 der Sphäre des Auftraggebers zu. Dieser hat die Nachteile aus derartigen Ereignissen zu tragen.

Die Voraussetzungen für Mehrkostenforderungen nach der ÖNORM B2110 sind somit:

- das Vorliegen eines zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (bei öffentlichen Vergabeverfahren: des der Angebotsfrist) nicht vorhersehbaren Ereignisses;
- die Folgen daraus sind vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar.

Zum nicht vorhersehbaren Ereignis

Diskutiert wird, ob das nicht vorhersehbare Ereignis die Pandemie und der Ukraine-Krieg oder die Folgen aus der Pandemie und des Ukraine-Krieges sind. Abschließende oberstgerichtliche Judikatur ist dazu bislang noch nicht ergangen. Wir sind der Meinung, dass nicht auf die Pandemie oder den Krieg abzustellen ist, das wäre zu kurz gegriffen, sondern auf die Folgen daraus. Selbst wenn zB die Pandemie bei Angebotslegung schon bekannt war, ist zu prüfen, ob auch die Folgen daraus wie hohe Preissteigerungen und Lieferengpässe bekannt und vorhersehbar waren.

Waren Preissteigerungen und Lieferengpässe zu Beginn der Pandemie noch nicht vorhersehbar, ändert das Wissen um die Pandemie alleine noch nichts, um zukünftige Kostensteigerungen aus der Pandemie einkalkulieren zu können. Somit ist unseres Erachtens auf die jeweilige Folge aus der Pandemie und dem Ukraine-Krieg als relevantes Ereignis abzustellen, also ob dieses zum Zeitpunkt des Vertragschlusses (bzw. des Endes der Angebotsfrist) vorhersehbar war oder nicht.

Zum Abwenden in zumutbarer Weise

Wenn die negativen Folgen aus diesen unvorhersehbaren Ereignissen nicht in zumutbarer Weise abgewendet werden können, kann der Auftragnehmer diese negativen Folgen an den Auftraggeber durchreichen. Kann der Auftragnehmer plötzliche (bis dahin unvorhersehbare) starke Preissteigerungen nicht durch sofortigen Einkauf zu noch günstigeren Preisen abfedern oder kann er einen plötzlichen Lieferverzug nicht durch alternativen Einkauf und Vorratshaltung abwenden, sind die Mehrkosten vom Auftraggeber zu tragen und ist ein Lieferverzug ohne Fälligkeiten einer vereinbarten Pönale vom Auftraggeber zu akzeptieren.

Zur Abgrenzung von Mehrkosten

Meist ist die Frage schwierig zu beantworten, welcher Teil von Preissteigerungen auf das unvorhersehbare Ereignis zurückzuführen ist und welcher Teil daraus nicht abwendbar war. Die auch in den letzten Jahren vor der Pandemie und des Ukraine-Krieges vorhandene Preissteigerung ist somit jedenfalls in Abzug zu bringen, da mit dieser gerechnet werden musste. War zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (des Endes der Angebotsfrist) die Pan-

LEITARTIKEL

demie schon bekannt, aber die aufgrund des Zusammenbrechens von Lieferketten starken Preissteigerungen für bestimmte Materialien noch nicht vorhersehbar, stellt sich die schwierigere Frage, welcher Teil der Preissteigerung schon mit dem Bekanntsein der Pandemie vorhersehbar und folglich einzukalkulieren war. Diese Fragen sind in jedem Einzelfall zu

beantworten, was mitunter schwierig bis unmöglich ist und im Streitfall Sachverständigengutachten erforderlich macht. Eine Einigung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer mit Abschlägen von der jeweils eigenen Vorstellung sind oft ein ratsamer Weg, um lange und kostspielige Streitigkeiten zu vermeiden.

Das Wichtigste in Kürze

Es ist zwischen Bauverträgen gemäß ABGB und Bauverträgen gemäß ÖNORM B 2110 zu unterscheiden.

Bei Bauverträgen gemäß ABGB hat grundsätzlich der Auftragnehmer Kostensteigerungen und Verzögerungen aus der Covid-19-Pandemie und des Ukraine-Krieges zu tragen. Bei starken Auswirkungen stehen dem Auftragnehmer aber rechtliche Möglichkeiten offen, eine Einigung zur Übernahme von Mehrkosten und zu Verzögerungen zu argumentieren oder den Bauvertrag vorzeitig aufzulösen.

Öffentliche Auftraggeber müssen aufgrund der Vorgaben des Vergaberechts grundsätzlich Werkverträge gemäß ÖNORM B 2110 ausschreiben und vergeben. Abweichungen in einzelnen Punkten aus sachlichen Gründen sind dabei zulässig. Die Voraussetzungen für Mehrkostenforderungen des Auftragnehmers nach der ÖNORM B 2110 sind das Vorliegen eines zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (bei öffentlichen Vergabeverfahren: des Endes der Angebotsfrist) nicht vorhersehbaren Ereignisses und die Folgen daraus sind vom Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise abwendbar. Eine Einigung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu Mehrkostenforderungen mit Abschlägen von der jeweils eigenen Vorstellung ist oft ein ratsamer Weg, um lange und kostspielige Streitigkeiten zu vermeiden.

In-house-Vergabe – Wechsel des Auftragnehmers

EuGH 12.05.2022, C-719/20, *Comune di Lerici*

Die Richtlinie 2014/24/EU ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift oder Praxis entgegensteht, nach der die Ausführung eines öffentlichen Auftrags, der ursprünglich ohne Ausschreibung an eine In-house-Einrichtung vergeben wurde, über die der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübte, automatisch von dem Wirtschaftsteilnehmer fortgesetzt wird, der diese Einrichtung nach einer Ausschreibung übernommen hat, wenn der öffentliche Auftraggeber über diesen Wirtschaftsteilnehmer keine solche Kontrolle ausübt und auch nicht an dessen Kapital beteiligt ist.

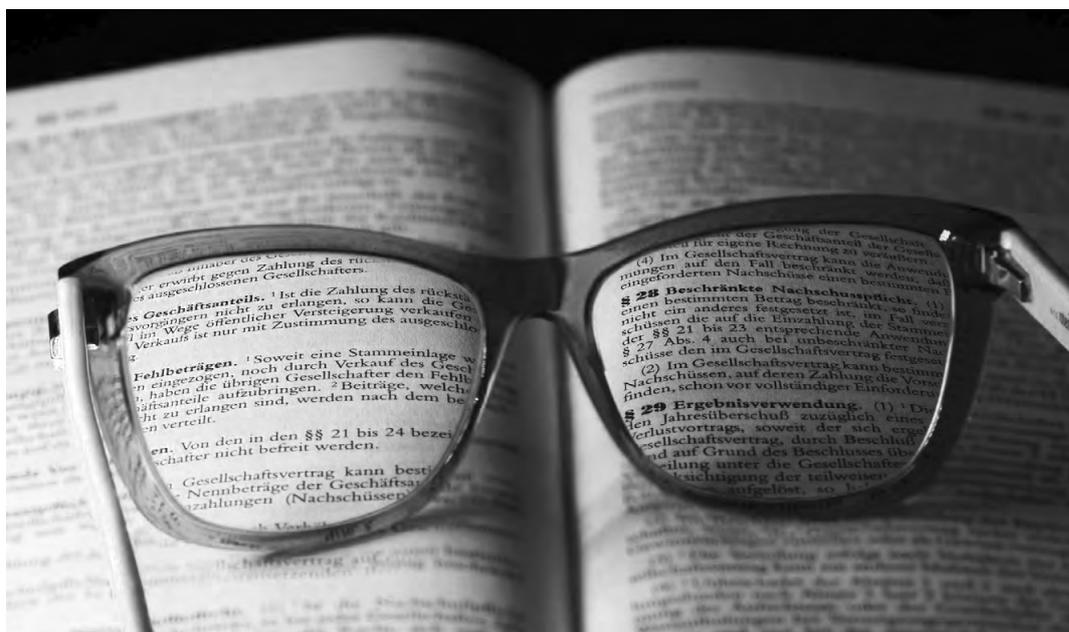
Anmerkung: Gemäß dieser Entscheidung ist eine In-house-Beauftragung nur dann möglich, wenn die Voraussetzungen dafür

zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe und darüber hinaus erfüllt sind. Die In-house-Beauftragung an eine kontrollierte Gesellschaft, die in der Folge privatisiert wird, stellt eine Umgehung des Vergaberechts dar. Zum gleichen Ergebnis ist der EuGH vor Jahren bei einem vergleichbaren österreichischen Fall mit der Stadt Mödling gekommen.

Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmer

EuGH 28.04.2022, C-642/20, *Caruter*

Art 63 Abs 1 RL 2014/24/EU [vgl §§ 86 und 257 BVergG 2018] sieht vor, dass ein Wirtschaftsteilnehmer für einen bestimmten Auftrag in Bezug auf die Kriterien für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die Kriterien für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen kann und dass unter denselben Voraussetzungen Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern die Kapazitäten



EUROPÄISCHER GERICHTSHOF

von Mitgliedern der Gruppe oder von anderen Unternehmen in Anspruch nehmen können. Ferner bestimmt Art 63 Abs 2 RL 2014/24/EU [vgl §§ 98 Abs 4 und § 268 Abs 4 BVergG 2018], dass die öffentlichen Auftraggeber bei bestimmten Arten von Aufträgen, darunter Dienstleistungsaufträgen, „vorschreiben [können], dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder – wenn der Bieter einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern [...] angehört – von einem Gruppenteilnehmer ausgeführt werden“.

Art 63 RL 2014/24/EU steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der das bevollmächtigte Unternehmen einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen

Auftrags beteiligt ist, mehrheitlich die Kriterien der Vergabebekanntmachung erfüllen und die Leistungen dieses Auftrags erbringen muss.

Anmerkung: Aus dieser Entscheidung des EuGH ergibt sich, dass Arbeits- und Bietergemeinschaften gemeinsam die Eignungskriterien der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit erfüllen können. Es ist zwar zulässig, dass mit der Ausschreibung vorgegeben wird, dass bestimmte kritische Aufgaben von einem Mitglied der Gemeinschaft ausgeführt werden müssen. Es ist aber unzulässig, dass die Mehrheit der Mitglieder einer Arbeits- und Bietergemeinschaft die Eignungskriterien der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit erfüllen müssen.

VERWALTUNGS- GERICHTSHOF

Gesondert anfechtbare Entscheidung beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung

VwGH 18.03.2022, Ra 2022/04/0010

Hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung keine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 15 lit a sublit jj BVergG 2018, sondern die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung könnte der Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß § 2 Z 15 lit b BVergG 2018 nur in dem gegen die nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden.

Anmerkung: Nach dem vergabespezifischen Rechtsschutzsystem sind nur die explizit als gesondert anfechtbar bezeichneten Entscheidungen vor den Vergabekontrollbehörden mit Nachprüfungsantrag bekämpfbar. Nachdem der Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht als solche gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichnet wird, kann diese Entscheidung nicht mittels Nachprüfungsantrag bekämpft werden. Der übergangene Bieter kann den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nur gemeinsam mit der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung gerichtlich überprüfen lassen.

Markterkundung im Vorfeld eines Vergabeverfahrens

VwGH 01.03.2022, Ra 2019/04/0139

Vor dem Hintergrund des § 24 BVergG 2018 handelte es sich bei der Markterkundung, an der mehrere interessierte Marktteilnehmer teilgenommen haben, wobei den betreffenden Unternehmen eine umfassende Information betreffend die in Vorbereitung befindliche Ausschreibung überlassen wurde und mit einigen dieser Unternehmen auch Sondierungsgespräche geführt wurden, um eine grundsätzlich erlaubte Vorgehensweise der öffentlichen Auftraggeberin, wobei auch die Involvierung der marktteilnehmenden Unternehmen, die im Vorfeld der Ausschreibung auf Basis der bekannt gemachten Vorinformation ihr Interesse an der Teilnahme als Bieter an dem durch die geplante Ausschreibung einzuleitenden Vergabeverfahren bekundeten, per se keine Rechtswidrigkeit begründete.

Anmerkung: In vielen Vergabeverfahren ist es öffentlichen Auftraggebern ohne Unterstützung möglicher späterer Auftragnehmer nur schwer möglich, eine Ausschreibung und ein Leistungsverzeichnis zu erstellen. Mit dieser Entscheidung werden Markterkundungen und Sondierungsgespräche mit mehreren interessierten Marktteilnehmern für zulässig erklärt. Damit wird die Erstellung von Ausschreibungen erleichtert oder erst ermöglicht. Einzelnen Bietern darf dabei aber kein Wettbewerbsvorteil zukommen.

Anfechtung von nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen

VwGH 14.12.2021, Ra 2020/04/0184

Gemäß § 344 Abs 2 Z 1 BVergG 2018 ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet. Auch die Erläuterungen halten fest, dass eine ausdrückliche Nichtigerklärung von nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen nicht zulässig ist und auch nicht gemeinsam mit einem Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beantragt werden kann.

Anmerkung: Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen sind im BVergG 2018 abschließend für jedes Vergabeverfahren angeführt. Andere Entscheidungen können nur gemeinsam mit der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden.



Zur Prüfung der Preisgestaltung im Nachprüfungsverfahren

VwGH 13.12.2021, Ra 2018/04/0111

Das Verwaltungsgericht hat in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen auch selbst die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 [vgl § 137 Abs 3 Z 1 bis 3 BVergG 2018] genannten (deklarativ aufgezählten) Kriterien maßgeblich sind. Da es sich dabei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Aus dem Verweis auf das Kriterium der Z 1 des § 125 Abs 4 BVergG 2006 ergibt sich, dass die Frage

der Kostendeckung als einer von mehreren für die vertiefte Angebotsprüfung maßgeblichen Aspekten anzusehen ist. Somit stellt die Kostendeckung im Sinn des § 125 Abs 4 Z 1 BVergG 2006 [vgl § 137 Abs 3 Z 1 BVergG 2018] auch einen (wenn auch nicht allein ausschlaggebenden) Umstand dar, der in die Prüfung miteinzu beziehen ist, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Die in dieser Ziffer enthaltene Aufzählung liefert wiederum Anhaltspunkte dafür, welche Kosten insoweit zu berücksichtigen sind.

Anmerkung: Die Prüfung der Angemessenheit der Preise ist für Auftraggeber nicht einfach. In der Praxis wird meist von einem Preisspiegel aller angebotenen (Gesamt- und Positions-)Preise ausgegangen. Die auffälligen, weil weit abweichenden

VERWALTUNGS- GERICHTSHOF

(Gesamt- und Positions-)Preise des erstgereihten Bieters werden anschließend genauer geprüft und meist eine schriftliche Aufklärung zu auffälligen Preisen verlangt. Nach der vorliegenden Entscheidung kommt bei dieser Angemessenheitsprüfung der Kostendeckung besondere Bedeutung zu. Es ist also zu prüfen, ob der Bieter zu besonders günstigen Preisen die ausgeschriebene Leistung tatsächlich erbringen kann oder ein spekulatives Angebot vorliegt. Die Vergabekontrollbehörde muss im Falle eines Nachprüfungsantrages diese Angemessenheitsprüfung auf Plausibilität überprüfen.

nehmer zur Angebotslegung eingeladen werden können. Doch auch bei dieser Entscheidung, wer direkt zur Angebotslegung eingeladen wird, ist der Auftraggeber nicht ganz frei. Er muss einerseits die einzuladenden Unternehmer wechseln („Rotationsprinzip“) und besonders auf die Teilnahme von KMUs achten.

Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

VwGH 18.11.2021, Ra 2018/04/0127

§ 102 BVergG 2006 [vgl § 122 BVergG 2018] regelt die Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Ungeachtet des aus § 102 Abs 2 BVergG 2006 [vgl § 122 Abs 2 BVergG 2018] ableitbaren Rotationsprinzips und der explizit erwähnten Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmer gilt, dass die aufzufordernden Unternehmer die Voraussetzungen des § 102 Abs 1 BVergG 2006 [vgl § 122 Abs 1 BVergG 2018] erfüllen müssen.

Anmerkung: Das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist ein beliebtes Vergabeverfahren bei Bauaufträgen mit geschätztem Auftragswert unter netto EUR 1 Mio, nicht zuletzt deshalb, weil direkt ausgewählte geeignete Unter-

Prüfung der Angemessenheit der Preise

BVwG 23.02.2022, W134 2249892-2

Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers (geschätzter Auftragswert) sowie aus dem Vergleich des billigsten Gesamtpreises zum Mittelwert der nächstliegenden Gesamtpreise der „interessierten“ Bieter. Beide Vergleiche geben einen Überblick über das Preisniveau des billigsten Gesamtpreises und können in Kombination Auskunft darüber geben, ob ein unverhältnismäßig niedriger Gesamtpreis vorliegt. Es können folgende Fälle unterschieden werden: 1) geringe Abweichungen (bis etwa 5 %), 2) tolerierbare Abweichungen (bis etwa 15 %) und 3) grobe Abweichungen (ab etwa 15 %).

Anmerkung: Diese Entscheidung befasst sich mit der Frage, wann Preisunterschiede des Billigstangebotes zum nächstgereihten Angebot gering, tolerierbar oder grob abweichend sind. Demnach sind Preisunterschiede bis 15% tolerierbar und hat bei darüber hinausgehenden Preisunterschieden eine Aufklärung stattzufinden, bei der vom Bieter die Kostendeckung nachzuweisen ist.

Ausscheidensentscheidung mangels Verfügens über einen (erforderlichen) Subunternehmer

BVwG 14.02.2022, W 131 2243936-1

Entsprechend den bestandsfesten Festlegungen waren alle Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben. Die Antragstellerin und sämtliche andere im Vergabeverfahren verbliebe-

nen Bieter machten in ihren Angeboten für die betreffenden Leistungen, welche ausschließlich durch eine akkreditierte Inspektionsstelle vorgenommen werden können, keinen Subunternehmer namhaft. Damit mangelt es der Antragstellerin – wie auch allen Mitbieterinnen – im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung auch unter diesem Gesichtspunkt an der Eignung als solche und nicht bloß am Nachweis der ohnehin bereits bestehenden Eignung. Hierbei handelt es sich, wie aufgezeigt, nach ständiger Rechtsprechung um einen unbehebbarer Mangel. Das Angebot der Antragstellerin wurde sohin im Ergebnis auch aus diesem Grund gemäß § 141 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2018 zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Anmerkung: Mit dieser Entscheidung werden zwei bereits bekannte ständige Vorgaben bestätigt: Einerseits werden die Vorgaben in der Ausschreibung bestandsfest, wenn die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung nicht bekämpft, sondern mit Angebotslegung akzeptiert wird. Andererseits muss die Befugnis spätestens zum maßgeblichen Zeitpunkt (hier die Angebotsöffnung) gegeben sein. Wenn eine besondere Befugnis zur Leistungserbringung erforderlich ist, muss somit mit dem Angebot die Befugnis beim Bieter selbst oder bei einem namhaft gemachten Subunternehmer vorliegen.

VERWALTUNGS- GERICHTE

Geltung von ÖNORMEN bei der Leistungserbringung

BVwG 07.01.2022, W187 2248734-2

ÖNORMEN, die nicht durch konkrete Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt wurden, haben nur insofern Bedeutung, als sie zumindest konkludent zum Gegenstand eines Vertrages gemacht wurden (vgl. OGH 16. 2. 1972, 10 Ob 37/06y). Die Anwendbarkeit der ÖNORM D 2050 muss daher im Vergabeverfahren von der Auftraggeberin ausdrücklich für anwendbar erklärt werden.

Anmerkung: Mit dieser Entscheidung wird – wiederholend – klargestellt, dass ÖNORMEN nicht automatisch zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gelten. Sie müssen explizit in der Ausschreibung erwähnt und in den abzuschließenden Vertrag einbezogen werden. Hinzuweisen ist allerdings auf § 105 Abs 3 BVergG 2018, wonach für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN oder standardisierte

Leistungsbeschreibungen heranzuziehen sind, sofern solche vorhanden sind. So haben z.B. öffentliche Auftraggeber bei Bauaufträgen insbesondere die ÖNORM B2110 als Bauvertragsnorm einzubeziehen. Die Abänderung einzelner Punkte von ÖNORMEN ist bei Vorliegen sachlicher Gründe allerdings zulässig.

Berücksichtigung kollektivvertraglicher Lohnkosten im Vergabeverfahren

BVwG 28.12.2021, W139 2242607-2

Die Auftraggeberin kann es sich vor dem Hintergrund der aufgezeigten Verpflichtung zur Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen bei der Erstellung des Angebotes und bei der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen, welcher durch eine nachträglich Festlegung, wie der gegenständlichen, auch nicht derogiert werden kann, keineswegs aussuchen, ob sie die kalkulatorische Berücksichtigung kollektivvertraglicher Lohnkosten anerkennt oder nicht. Im



VERWALTUNGS- GERICHTE

Zweifel ist schließlich jedenfalls eine gesetzeskonforme Auslegung vorzunehmen, die den Bietern die Angebotslegung unter Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen bzw. der Bestimmungen des einschlägigen Kollektivvertrages und insofern die Angebotslegung zu einem angemessenen, sämtliche direkt zuordenbaren Kosten (Personalkosten) enthaltenden Preis ermöglicht.

Anmerkung: Die kollektivvertraglichen Mindestlöhne sind bei der Leistungserbringung in Österreich zwingend einzuhalten. Folglich sind auch Angebote mit Preisen, welche die kollektivvertraglichen Mindestlöhne unterschreiten, zwingend auszuschneiden. Die vom Auftraggeber oft schwierig zu beantwortende Frage ist allerdings, welcher Aufschlag für die Lohnnebenkosten auf die kollektivvertraglichen Mindestlöhne aufzurechnen ist. Bei Vergabeverfahren in Branchen mit enormem Preisdruck kalkulieren Bieter häufig mit Teilzeitbeschäftigten, da in diesem Fall geringere Lohnnebenkosten aufzuschlagen sind. Die Angemessenheit der aufgeschlagenen Lohnnebenkosten zu überprüfen ist für den Auftraggeber eine schwierige Aufgabe.

Vergaberechtliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften

BVwG 24.11.2021, W187 2246496-2

Das BVergG 2018 untersagt die Bildung von Bietergemeinschaften nicht grundsätzlich, sondern trifft spezielle Regelungen dafür, was den Schluss zulässt, dass sie bei Einhaltung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere des freien und lautereren Wettbewerbs, vergaberechtlich zulässig

sind. Die Bildung einer Bietergemeinschaft kann jedoch eine wettbewerbswidrige Abrede darstellen, etwa bei gemeinsamer Abdeckung eines Marktanteils von 99 %. Anmerkung: In Bereichen mit wenigen Anbietern könnte durch die Bildung von ARGEN oder BIEGEN der Wettbewerb eingeschränkt und eine Mono- oder Oligopolbildung erfolgen. Um das zu vermeiden, sind BIEGEN mit marktbeherrschender Stellung und 99 % Marktabdeckung unzulässig und deren Angebote auszuschneiden.

Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung bei besonderen Dienstleistungen

BVwG 28.10.2021, W120 2243130-2

Die Vergabe zu angemessenen Preisen stellt einen wesentlichen Grundsatz des Vergabeverfahrens dar. Schon daraus ist ersichtlich, dass auch im konkreten Fall eine Prüfung stattzufinden hat, ob die Vergabe zu angemessenen Preisen erfolgt. Das Bundesverwaltungsgericht sieht auch keinen Grund dafür, von der zitierten Sichtweise des Bundesverwaltungsgerichtes, wonach bei dieser Angebotspreisprüfung gemäß § 20 BVergG 2018 jedenfalls keine höheren Anforderungen als bei einer vertieften Angebotsprüfung nach § 137 BVergG 2018 anzunehmen sind, abzuweichen.

Anmerkung: Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungen (welche im Anhang des BVergG 2018 definiert sind) gelten Erleichterungen in der Vergabe. Mit dieser Entscheidung wird allerdings klargestellt, dass auch besondere Dienstleistungen nur zu angemessenen Preisen vergeben werden dürfen und sohin eine Angemessenheitsprüfung der Preise vorzunehmen ist.

Bieterlücken

LVwG Wien 16.12.2021, VGW-
123/046/12522/2021

Würde man einer Antragstellerin, die in den Bieterlücken jeweils nur den Namen des Herstellers, nicht aber das spezifische Produkt benannt hat, die Möglichkeit zur nachträglichen Spezifikation im Rahmen einer Mängelbehebung nach Angebotsöffnung geben und ihr damit im Ergebnis zusätzlich Zeit für die Angebotslegung zur Verfügung stellen, würde dies zu einer – unzulässigen – materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung im Vergleich zu anderen Bietern führen, die die Bieterlücke ausschreibungskonform ausgefüllt haben. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn eine detaillierte Angebotsprüfung unter Einbeziehung aller potentiell in Betracht kommender Produkte der von der Antragstellerin in ihrem Angebot benannten Hersteller zum Ergebnis führen würde, dass jeweils nur ein Produkt übrig bleibt, das alle Anforderungen der Ausschreibung erfüllt.

Dazu kommt, dass das Risiko wegen Legung eines ausschreibungswidrigen Angebots ausgeschieden zu werden, für einen Bieter, der die echten Bieterlücken gar nicht oder nur unvollständig befüllt hat, deutlich geringer ist, zumal ein solcher Bieter noch nach Angebotslegung im Angebotsprüfungsverfahren argumentieren könnte, er hätte ohnedies ein ausschreibungskonformes Produkt anbieten wollen, wohingegen ein Bieter, der eine echte Bieterlücke zwar vollständig befüllt, aber ein ausschreibungswidriges Produkt benannt hat, auszuschneiden wäre.

Anmerkung: Bieterlücken sind klar und deutlich auszufüllen, sodass dem Auftraggeber eine Überprüfung des angebotenen Produkts auf Gleichwertigkeit mit dem Leitprodukt möglich ist. Unklare Angaben führen zur unbeheblichen Mangelhaftigkeit des Angebotes. Es ist somit Vorsicht beim Ausfüllen der Bieterlücken geboten.



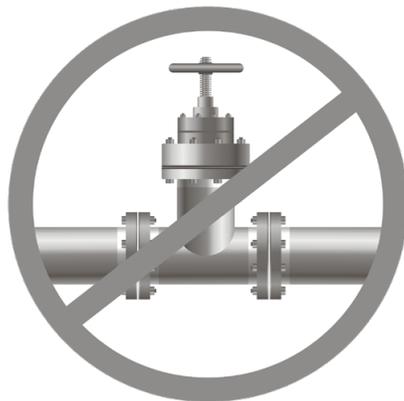
Sanktionen gegen Russland im Vergaberecht

Mit der zuletzt am 08. April 2022 veröffentlichten Verordnung (EU) 2022/576 zur Änderung der Verordnung (EU) 833/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, wurden Sanktionen gegen Russland erlassen, die sich unmittelbar auf das Vergaberecht auswirken. Das ist das 5. Sanktionspaket der EU. Weitere Sanktionspakete können folgen.

Betroffen von den Sanktionen sind Personen oder Unternehmen, die nach der Verordnung Russland zuzuordnen sind, und sich unmittelbar als Bieter oder Bewerber in Vergabeverfahren beteiligen oder sich als Subunternehmer, Lieferant oder an der Erbringung der Eignung beteiligen, sofern auf diese mehr als 10% des Auftragswertes entfällt.

Gegenstand der Sanktionen ist unter anderem ein seit dem 09.04.2022 geltendes Zuschlagsverbot für noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren und ein Verbot Verträge, die vor dem 09.04.2022 abgeschlossen wurden, ab dem 11.10.2022 zu erfüllen.

Ausnahmen bestehen etwa für den Kauf von Erdgas und (derzeit noch) Erdöl oder die Bereitstellung von unbedingt notwendigen Gütern, sofern diese ausschließlich oder in ausreichender Menge von russischen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Der Abschluss oder die Fortsetzung solcher Verträge steht unter einem Genehmigungsvorbehalt; das heißt diese dürfen ausschließlich abgeschlossen oder fortgesetzt werden, sofern dies von der zuständigen Behörde genehmigt wurde.





Unionsrechtsverstöße-Hinweisebergergesetz – UVHG

Am 11.02.2022 wurde das Unionsrechtsverstöße-Hinweisebergergesetz (UVHG) im Landesgesetzblatt für Tirol bekannt gemacht. Das Gesetz sieht unter anderem die Einrichtung eines Hinweisgebersystems für interne Meldungen von bestimmten Verstößen gegen das Unionsrechts (etwa das öffentliche Auftragswesen) vor. Die Verpflichtung zur Einrichtung eines internen Hinweisgebersystems betrifft das Land Tirol, Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohner, Gemeindeverbände mit mehr als 50 Dienstnehmern und gewisse Selbstverwaltungskörper bzw juristische Personen. Somit eine weitere Vorgabe, die von den vorgenannten Einrichtungen umzusetzen ist.

Rechtskräftige Entscheidungen des Kartellgerichts

Auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde hat das Kartellgericht gegen ein Bauunternehmen wegen eines Verstoßes gegen europäisches und österreichisches Kartellrecht eine Geldbuße in Höhe von EUR 62,35 Mio verhängt. Diese Entscheidung ist nunmehr rechtskräftig. Das Verfahren gegen weitere Bauunternehmen ist anhängig.

Weiters wurde gegen eine Tiroler Tischlerei vom Kartellgericht eine Geldbuße in Höhe von EUR 69.000,- wegen eines Verstoßes gegen § 1 Abs 1 KartG verhängt. Diese Entscheidung ist ebenfalls rechtskräftig.

CHG Business Lunch



Datum	29.06.2022
Ort	aDLERS Hotel Innsbruck, Rooftop
Zeit	10:00 Uhr bis 13:00 Uhr
Unkosten- beitrag	€ 50,00
Anmeldung	office@chg.at

Wir laden öffentliche Auftraggeber zu einer Informationsveranstaltung zum Thema „Management von starken Preisschwankungen bei öffentlichen Projekten“ ein, bei der wir die aktuelle Situation und Handlungsweisen präsentieren und diskutieren. Im Anschluss an die Vorträge laden wir zum Lunch ein.

Nähere Informationen zur Veranstaltungsreihe: www.chg.at/business-lunch

Save the Date

Tagung „Mobilitätswende – Verkehre unter dem Einfluss von Nachhaltigkeit und Digitalisierung“ am 04.10.2022



Mobilität gilt als Megatrend unserer Zeit und ist ein Grundbedürfnis der Gesellschaft sowie eine Grundvoraussetzung

für das Funktionieren einer Marktwirtschaft. Der Sektor befindet sich derzeit in einem gewaltigen Umbruch. Nachhaltige und digital optimierte Mobilitätsformen nehmen, befeuert durch die aktuellen Klimaschutzbestrebungen, in der Öffentlichkeit eine zusehends bedeutende Rolle ein. Die damit einhergehenden Herausforderungen werfen eine Vielzahl spannender Fragen auf. Diesen Themen widmet sich eine Tagung, die unsere Kanzlei in Kooperation mit der Universität Innsbruck (Institut für Öffentliches Recht) veranstaltet. Nähere Informationen und das Tagungsprogramm folgen in den kommenden Tagen.

Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht

TEAM

Das Team unserer Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht steht Ihnen für Ihre Anliegen gerne zur Verfügung!



Ines Schmidt, Lisa Militerno, Arnold Autengruber, Günther Gast,
Andreas Grabenweger, Laura Gleinser, Marcel Müller, Julian Pranger

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 2, 3, 6, 9, 12, 14, 15, 16, 17: pixabay.com, Seite 18:
chg.at

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



Trend Ranking „Österreichs beste Anwälte 2022“
CHG beste Kanzlei außerhalb Wiens