



CHG Newsletter Vergaberecht

VERGABERECHT

Nr. 10 Jahrgang 2023

Seite 2
Leitartikel

Seite 4
Aktuelle
Rechtsprechung

Seite 14
CHG-News

Seite 16
Save the Date!
Veranstaltungen

Seite 17
Team & Kontakt

Das Vergaberecht war auch im Frühjahr 2023 von dynamischen Entwicklungen geprägt. Noch im letzten Newsletter haben wir vom Auslaufen der Schwellenwertverordnung 2018 mit 31.12.2022 berichtet. Am 06.02.2023 war es schließlich so weit: nach Zustimmung sämtlicher Bundesländer konnte die Schwellenwertverordnung 2023 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden (vgl dazu das BGBl. II Nr. 34/2023). Die bekannten Schwellenwerte gelten damit weiterhin, jedoch wiederum mit einem (sehr kurzen) Ablaufdatum, nämlich im Zeitraum vom 07.02.2023 bis 30.06.2023.

Eine Aufstellung der aktuell maßgeblichen Schwellenwerte finden Sie auf unserer Website unter folgendem Link:

[Schwellenwertverordnung 2023](#)

Aktuell deuten die Zeichen darauf hin, dass keine weitere Verlängerung dieser vergaberechtlichen Erleichterung erfolgen wird. Dies hat zur Folge, dass bereits ab 01.07.2023 schon ab vergleichsweise geringen Schwellenwerten ein aufwändig(er)es Vergabeverfahren für bestimmte Beschaffungsvorhaben durchzuführen sein wird. Um bevorstehende Vergabeprozesse bestmöglich zu steuern, ist Auftraggebern daher zu empfehlen, den Beschaffungsbedarf für dieses Jahr bereits jetzt zu evaluieren und allenfalls notwendige Vergabeverfahren im von der Schwellenwertverordnung 2023 erfassten Auftragswertbereich frühzeitig einzuleiten.

Es bleibt damit weiterhin spannend im Vergaberecht. Die Entwicklungen der Rechtslage bleiben jedenfalls zu beobachten.

Zu diesem und allen weiteren vergaberechtlichen Themen steht Ihnen unsere Praxisgruppe auch in diesem Jahr zur Verfügung. Wir freuen uns auf die Zusammenarbeit und wünschen Ihnen eine aufschlussreiche und spannende Lektüre unseres Newsletters.

CHG-Praxisgruppe Vergaberecht

2012 wurde der Nürburgring von einer Insolvenz erschüttert, die im Jahr 2014 zur Privatisierung der bis dahin in staatlicher Hand befindlichen Rennstrecke führte. Nach jahrelangem Rechtsstreit befasste sich jüngst der Gerichtshof der Europäischen Union („EuGH“) mit den beihilfe- und vergaberechtlichen Implikationen der Privatisierung (Rs C-647/19 P ua) und trifft in seinem Urteil wichtige Aussagen zum Verhältnis zwischen Beihilfe- und Vergaberecht. Diese Entscheidung ist Grund genug, dem beihilferechtliche Bietverfahren eine kurze Vorstellung zu widmen.

Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen sind bekanntlich unter den Tatbestandsvoraussetzungen des Art 107 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit keine besondere Ausnahme

besteht. Auch Transaktionen der öffentlichen Hand werden regelmäßig vom europäischen Beihilferecht erfasst und sind an den unionsrechtlichen Maßstäben zu prüfen.

(Teil-)Privatisierungen öffentlicher Unternehmen **oder Veräußerungen öffentlicher Vermögenswerte** gelten idR¹ nur dann als beihilferechtlich unbedenklich, wenn die öffentliche Hand ein ihr gehörendes Unternehmen oder Vermögen **im Wege eines offenen, transparenten und bedingungs-freien Ausschreibungsverfahrens** (auch „Bietverfahren“) verkauft. Die Anforderungen an das beihilferechtliche Bietver-

¹ Abgesehen von besonderen Konstellationen wie sogenannte pari-passu-Vergleiche oder Benchmarking.



LEITARTIKEL

fahren klingen dem vergaberechtsaffinen Leser zwar vertraut, entspringen jedoch einem anderen Regelungskomplex als das Vergaberecht:

- Das Beihilfeverbot entstammt dem Wettbewerbsrecht,
- das Vergaberegime wird den europäischen Grundfreiheiten zugeschrieben.

Die Regelungsbereiche stehen insoweit unabhängig nebeneinander und sind jeweils beachtlich. Dies führt dazu, dass die Vorgaben an das beihilferechtliche Bietverfahren autonom anhand der Vorgaben der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des EuGH auszulegen sind. Es handelt sich dabei also um ein „**Vergaberecht sui generis**“, das nicht die staatliche Beschaffungstätigkeit, sondern Verkäufe durch die öffentliche Hand im Fokus hat.

Bei einem derartigen Bietverfahren wird nur dann angenommen, dass der Marktpreis dem höchsten Angebot entspricht und damit keine beihilferechtlich relevante Begünstigung vorliegt, wenn die entwickelten Kriterien eingehalten werden.

Überblickshaft lassen sich die **Anforderungen** folgendermaßen zusammenfassen:

- Das Kriterium der **Offenheit** meint ein Bietverfahren, das sämtlichen, auch branchenfremden, Interessenten offensteht.
- Die **Transparenz** eines Bietverfahrens dient der Gleichbehandlung aller Bieter. Demnach müssen alle interessierten

Bieter in jeder Phase des Ausschreibungsverfahrens in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert sein.

- Eine Ausschreibung ist **bedingungsfrei**, wenn es potenziellen Käufern unabhängig davon, ob sie bestimmte Unternehmen betreiben, grundsätzlich freisteht, die zum Verkauf stehenden Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen zu erwerben und für ihre eigenen Zwecke zu nutzen.

Hinzu treten ua die Voraussetzungen der Verbindlichkeit und Verlässlichkeit, welche die Transaktionssicherheit sowie die regulatorische Sicherheit umfassen. In den Details sind die Anforderungen komplex und bedürfen einer eingehenden Betrachtung im Einzelfall.

Im Ergebnis zeigt sich, dass nicht nur der Einkauf durch den Staat (sohin öffentliche Auftraggeber) einem eigenen Rechtsrahmen unterliegt, sondern auch staatliche Veräußerungen und Privatisierungen. Die Rechtsfolgen bei der Nichtbeachtung des Beihilferechts sind umfassend und reichen bis hin zu Nichtigkeiten der Geschäfte.

Vertraulichkeit von Angebotsinhalten

EuGH 17.11.2022, C-54/21, ANTEA POLSKA
ua

Im Zweifel muss der Auftraggeber vom Bieter einen Nachweis verlangen, dass der Bieter an der Vertraulichkeit von Informationen ein berechtigtes geschäftliches Interesse hat.

Besteht ein berechtigtes geschäftliches Interesse an der Geheimhaltung der Information, so ist die Information (ersatzweise) in einer allgemeinen, neutralen Weise zu geben.

Erfahrungen und Referenzen, die für die Bewertung des Angebots relevant waren, können nicht insgesamt als vertraulich eingestuft werden.

Anmerkung: Aus dieser EuGH-Entscheidung geht hervor, dass der EuGH von sehr weitgehenden Mitteilungspflichten betreffend die Merkmale und Vorteile eines erfolgreichen Angebots ausgeht. Dem zufolge dürfen Auftraggeber etwa-

ige Wünsche von Bietern nach Vertraulichkeit nicht ungeprüft übernehmen. Eine etwaige Praxis dahingehend, dass Auftraggeber die von den Bietern als vertraulich gekennzeichneten Informationen „systematisch“ als vertraulich behandeln würden, wäre unzulässig. Vielmehr haben Auftraggeber zu prüfen, ob und inwieweit tatsächlich berechnete Geheimhaltungsinteressen des Bieters bestehen. Setzt sich ein Angebot bei der Bewertung durch, weil der Bieter bei den einschlägigen Erfahrungen und Referenzen entsprechend gut bewertet wird, so dürfen diese Erfahrungen und Referenzen grundsätzlich nicht als vertraulich eingestuft werden. Sogar die Identität der Fachleute, auf die sich ein Bieter stützt, kann offenzulegen sein. Auch bei den nicht personenbezogenen Daten ist das Erkenntnis hinsichtlich etwaiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sehr restriktiv, zumal „technische oder methodische Lösungen als solche“ grundsätzlich nicht geschützt sind.



Unterscheidung zwischen Dienstleistungskonzession und öffentlichem Auftrag

EuGH 10.11.2022, C-486/21, *Sharengo*

Der Unterschied zwischen einer Dienstleistungskonzession und einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag ist der, dass bei ersterer dem Konzessionsnehmer ein Recht zur Verwertung der Dienstleistungen gewährt wird. Der Konzessionsnehmer verfügt dabei über eine wirtschaftliche Freiheit im Rahmen des geschlossenen Vertrags, um die Bedingungen festzulegen, unter denen er die übertragenen Dienstleistungen verwertet. Auch ist wesentlich, dass der Konzessionär seine Einnahmen nicht vom Konzessionsgeber erhält, sondern von den Nutzern der Dienstleistung. Außerdem bedeutend ist das Risiko, das nach Ansicht des EuGH der Konzessionär nicht ganz auf den Auftraggeber oder Konzessionsgeber überwälzt, sondern tragen muss.

Der EuGH hatte sich außerdem mit der Frage auseinander zu setzen, was dem geschätzten Wert der Konzession zugrunde zu legen ist. Art 8 RL 2014/23/EU legt in diesem Zusammenhang fest, dass der Wert der Konzession dem geschätzten Gesamtumsatz ohne MwSt, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt, entspricht. Dieser Umsatz sind also die Einnahmen, die der Konzessionsnehmer für die Inanspruchnahme seines Bauwerks oder seiner Dienstleistung erzielt. Auch eine „Anschubfinanzierung“ seitens des Auftraggebers ist in den geschätzten Wert einzurechnen.

Bestätigung von Ersatzteilen

EuGH 27.10.2022, C-68/21 und C-84/21, *Iveco Orecchia*

Ausgangspunkt dieses Verfahrens war ein italienisches Vergabeverfahren über den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Iveco-Originalersatzteilen oder gleichwertigen Ersatzteilen für Autobusse. Der EuGH stellte in diesem Verfahren fest, dass eine Ausschreibung so gestaltet sein muss, dass der Auftraggeber sicher sein kann, dass die angebotenen Ersatzteile den Originalersatzteilen zumindest gleichwertig sind, damit er den Betrieb seiner Autobusse sicherstellen kann. Es ist einem Auftraggeber zu verwehren, Angebote ohne Beilage einer Bescheinigung eines Herstellers über die Gleichwertigkeit des Ersatzteils anzunehmen.

Anmerkung: Der EuGH stellt in dieser Entscheidung klar, dass eine Bescheinigung der Gleichwertigkeit des Herstellers bereits mit dem Angebot vorgelegt werden muss, damit der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung prüfen kann, ob die angebotenen Ersatzteile den Originalersatzteilen gleichwertig sind. Diese Aussagen lassen sich wohl vorbehaltlich anderslautender Festlegungen in der Ausschreibung auf alle Nachweise der Gleichwertigkeit übertragen, die ein Auftraggeber von den Bietern beim Ausfüllen von Bieterlücken verlangt.



Getrennte Angebotsabgabe bei (konzern-)verbundenen Unternehmen

EuGH 15.09.2022, C-416/21, *J. Sch. Omnibusunternehmen und K. Reisen*

Der Ausschlussgrund der „wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen“ umfasst gemäß Art 57 Abs 4 lit d RL 2014/24/EU Situationen, in denen hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Wirtschaftsteilnehmer eine gegen Art 101 AEUV verstoßende Vereinbarung getroffen haben. Von diesem Ausschlussgrund sind allerdings wettbewerbswidrige Vereinbarungen „gleich welcher Art“ umfasst bzw ist dieser nicht auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gemäß Art 101 AEUV beschränkt.

Bei einer getrennten Angebotsabgabe von miteinander verbundenen Unternehmen ist der Grundsatz der Gleichbehandlung jedenfalls dann verletzt, wenn diese Bieter abgesprochene oder abgestimmte, weder eigenständige noch unabhängige, und ihnen deshalb gegenüber den anderen Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile verschaffende Angebote einreichen. Die bloße Feststellung des Auftraggebers eines – wie auch immer gearteten – wechselseitigen Einflusses der Bieter auf die jeweilige Angebotsgestaltung reicht aus, um die betreffenden Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Zwingende vertiefte Angebotsprüfung

EuGH 15.09.2022, C-669/20, *Veridos GmbH*

Sollte ein Verdacht vorliegen, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, hat der Auftraggeber dieses unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Aspekte der

Ausschreibung und der Verdingungsunterlagen zu prüfen. Was ein ungewöhnlich niedriges Angebot ist, ist insbesondere durch die öffentlichen Auftraggeber selbst in der Ausschreibung festzulegen. Die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist oder nicht, soll im Verhältnis zu der betreffenden Leistung beurteilt werden – es sind somit sämtliche im Hinblick auf die Leistung maßgeblichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Anmerkung: Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich dazu verpflichtet, eingelangte Angebote zu prüfen. Unter anderem besteht eine Verpflichtung, ungewöhnlich niedrige Angebote zu identifizieren und das anbietende Unternehmen zur Aufklärung aufzufordern. In § 135 BVergG 2018 ist festgelegt, dass der öffentliche Auftraggeber zur Aufklärung auffordern muss, wenn sich im Zuge der Preisangemessenheitsprüfung herausstellt, dass der Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweist. Wie nun der EuGH abschließend feststellte, ist weder der ausschließliche Vergleich mit den weiteren Angeboten noch mit der Auftragswertschätzung der Auftraggeberin ausreichend. Viel eher müssen alle Gesichtspunkte beurteilt werden, die für ein ungewöhnlich niedriges Angebot sprechen könnten. Sollte die öffentliche Auftraggeberin nachfolgend der Ansicht sein, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig sei, wäre das anbietende Unternehmen zur Aufklärung aufzufordern. Besonders hervorzuheben ist, dass die Preisangemessenheitsprüfung als Teil der Angebotsprüfung jedenfalls dokumentiert werden muss, gegebenenfalls auch eine umfassende Darlegung der Gründe, weshalb kein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt.



Erfordernis der Ansässigkeit bei Vergabeverfahren für soziale und andere besondere Dienstleistungen

EuGH 14.07.2022, C-436/20, ASADE

Bei Vergaben von Leistungen des Anhang XIV RL 2014/24/EU (soziale und andere besondere Dienstleistungen) muss der nationale Gesetzgeber Regelungen festlegen, die die Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter sicherstellen. Es darf keine gesetzliche Regelung getroffen werden, die nur Wirtschaftsteilnehmer zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen zulassen, die bereits einen Standort am Ort der Leistungserbringung haben.

Anmerkung: Der EuGH beschäftigt sich hier mit der Zulässigkeit eines Ansässigkeitserfordernisses in Vergabeverfahren bei Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen. Die in diesem Zusammenhang stehenden Ausführungen, genießen jedoch nicht nur für Leistungen des Anhang XIV Gültigkeit. Aus dem Urteil geht hervor, dass es im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht unzulässig

ist, von einem Wirtschaftsteilnehmer zu fordern, dass er eine bestehende Niederlassung in der Nähe des Ortes der Leistungserbringung hat. Die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer erstreckt sich nach Ansicht des EuGH auf den gesamten Bereich des Gemeinschaftsgebietes. Kein Wirtschaftsteilnehmer darf dazu gezwungen werden, eine Niederlassung im Staatsgebiet des öffentlichen Auftraggebers zu unterhalten, um sich an den dortigen Vergabeverfahren zu beteiligen. Sofern ein öffentlicher Auftraggeber Festlegungen in diese Richtung wünscht, braucht es hierfür sachliche Gründe. So ist es etwa zulässig bestimmte Reaktionszeiten, also Zeiträume, in denen der Auftragnehmer seine Leistungen tatsächlich nach Aufforderung erbringen kann, festzulegen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Forderung nach bestimmten Reaktionszeiten sachlich gerechtfertigt sein muss und nicht zu einer rechtswidrigen Diskriminierung von Wirtschaftsteilnehmern führen darf.

Auslegung der Begriffe gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen im Sinne von Art 10 lit h RL 2014/24/EU

EuGH 07.07.2022, C-213/21 und C-214/21, *Italy Emergenza*

Der EuGH war mit der Frage konfrontiert, wie die Begriffe „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne der Ausnahmeregelung für besondere Dienstleistungsaufträge in Art 10 lit h RL 2014/24/EU auszulegen sind. Dabei ist der Begriff auf Organisationen und Vereinigungen zu beschränken, die keine Gewinnabsicht verfolgen und ihren Mitgliedern weder unmittelbar noch mittelbar einen Gewinn verschaffen können. Daraus ergibt sich, dass die Organisation allfällige Gewinne nur in ihre Tätigkeit und die dazu nötigen Mittel investieren darf. Sobald es die Möglichkeit gibt, dass sie diese Gewinne auch an Mitglieder ausschüttet, verliert sie die Gemeinnützigkeit iSd Art 10 lit h RL 2014/24/EU.

Anmerkung: Der Ausnahmetatbestand des Art 10 lit h RL 2014/24/EU (im BVergG umgesetzt in § 9 Abs 1 Z 17) betrifft gewisse Dienstleistungsaufträge im Bereich des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Das Urteil des EuGH stärkt den Vorbehalt von öffentlichen Aufträgen an Freiwilligenorganisationen, die es in Österreich nicht nur bei der eigentlichen Rettung, Bergrettung, Wasserrettung oder der Freiwilligen Feuerwehr gibt. Es muss sich nur um eine der in Art 10 lit h RL 2014/24/EU genannten Tätigkeiten handeln, die diese Organisation ausübt, dh Katastrophenschutz, Zivilschutz oder Gefahrenabwehr, die unter die in der zitierten Bestimmung genannten CPV-Codes fallen.

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Anschluss an ein offenes Verfahren

EuGH 16.06.2022, C-376/21, *Obshtina Razlog*; § 36 Abs 1 BVergG 2018

Eine Auftraggeberin führte zur Beschaffung von Einrichtungsgegenständen ein offenes Vergabeverfahren durch. Dabei langte nur ein Angebot ein, das jedoch auszuscheiden war. Die Auftraggeberin widerrief das Vergabeverfahren, leitete über dasselbe Beschaffungsvorhaben ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ein und forderte nur ein Unternehmen zur Angebotsabgabe auf.

Der EuGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Durchführung dieses Verfahrens mit einem einzigen Unternehmer mit den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und des freien Wettbewerbs im Einklang steht.

Der EuGH entschied, dass Art 32 Abs 2 lit a der RL 2014/24/EU dahin gehend auszulegen ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nur einen Wirtschaftsteilnehmer zur Angebotsabgabe auffordern darf, wenn das Verfahren, das eingestellt worden ist, weil das einzige abgegebene Angebot ungeeignet war, die ursprünglichen Auftragsbedingungen ohne grundlegende Änderungen übernimmt. Diese Vorgehensweise steht, so der EuGH, im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen, da durch das vorherige offene Verfahren interessierte Unternehmer die Möglichkeit gehabt hätten, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

Selbstaussführungspflicht bei Bietergemeinschaften unzulässig

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

Der EuGH stellte in dieser Entscheidung fest, dass eine gesetzliche Norm oder Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen, die eine mehrheitliche Selbstaussführung der ausgeschriebenen Leistung durch den Bevollmächtigten einer BIEGE vorschreibt, unzulässig ist.

Anmerkung: Mit dieser Entscheidung schafft der EuGH Klarheit zur Selbstaussführungspflicht bei einer Bietergemeinschaft und hält ganz grundsätzlich fest, dass es im Vergaberecht keine allgemeine Pflicht zur Selbstaussführung einer Leistung durch den Auftragnehmer gibt. Der Rückgriff auf Kapazitäten Dritter kann als ein Recht des Bieters angesehen werden, welches vom Auftraggeber nur in besonderen Fällen eingeschränkt werden können. Diese besonderen Fälle liegen bei „bestimmten kritischen Aufgaben“ vor. Unbeantwortet lässt der EuGH in seinem Urteil jedoch einerseits, in welchem Umfang der Auftraggeber kritische Aufgaben festlegen kann, und andererseits, was genau unter „bestimmte kritische Aufgaben“ zu verstehen ist.

Widerruf aufgrund von Personalengpässen bei der Auftraggeberin

VwGH 16.11.2022, Ra 2019/04/0056

Eine Sektorenauftraggeberin schrieb Bauleistungen in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Nach der Angebotsöffnung verkündete die Sektorenauftraggeberin die Widerrufsentscheidung

des Verfahrens. Die Sektorenauftraggeberin gab hierfür das Vorliegen sachlicher Gründe an und hielt dazu fest, das Bauvorhaben könne aus betrieblichen Gründen terminlich nicht so umgesetzt werden wie ursprünglich ausgeschrieben; dadurch hätten sich die kalkulatorischen Grundlagen geändert. Die erstgereichte Bieterin hielt die Widerrufsentscheidung für rechtswidrig. Im Nachprüfungsverfahren konkretisierte die Sektorenauftraggeberin den Widerrufsgrund dahingehend, dass es ihr aufgrund von Personalengpässen nicht möglich gewesen sei, das für die Bauarbeiten notwendige Sicherheitspersonal bereitzustellen. Dieser Umstand habe sich erst nach der Angebotsöffnung ergeben.

Der VwGH erachtete den von der Sektorenauftraggeberin angegebenen und im Nachprüfungsverfahren konkretisierten Widerrufsgrund, wonach das für die Leistungsausführung zwingend notwendige Sicherheitspersonal nicht verfügbar sei, als objektiv gerechtfertigten sachlichen Grund. Dass die Begründung der Widerrufsentscheidung erst im Nachprüfungsverfahren konkretisiert wurde, bewirke nicht deren Nichtigkeit, weil die Widerrufsentscheidung aus einem anderen Grund rechtmäßig ist und die mangelhafte Begründung somit keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hätte.

Vergaberechtsschutz bei Rahmenvereinbarungen

VwGH 26.09.2022, Ra 2021/04/0005

Der rechtswidrige Abschluss einer Rahmenvereinbarung kann vor dem Bundesverwaltungsgericht bekämpft werden. Es

RECHT- SPRECHUNG

muss nicht auch noch der Abruf aus dieser Rahmenvereinbarung behauptet werden. Die gegenteilige Auffassung, wonach erst der Leistungsabruf bekämpfbar wäre, verstieße gegen das Gebot des effektiven und wirksamen Rechtsschutzes.

Anmerkung: Wenn eine auf Basis eines intransparenten Verfahrens abgeschlossene Rahmenvereinbarung für unwirksam zu erklären ist, muss nicht erst auf den diesbezüglichen Leistungsabruf gewartet werden. Die Rechtswidrigkeit muss effektiv bekämpfbar sein und der vom BVerGG angestrebte Wettbewerb möglichst rasch wieder hergestellt werden.

Anforderungen an einen Widerruf

VwGH 21.07.2022, Ro 2020/04/0013

Der VwGH sprach bereits im Jahr 2021 zur Bestellung von Tabaktrafikanter durch die Monopolverwaltung GmbH (MVG) aus, dass der Abschluss des Bestellungsvertrages nach TabMG 1996 als Dienstleis-



tungskonzession zu werten ist und demnach die Bestimmungen des BVerGKonz 2018 für die Bestellung anzuwenden sind (VwGH 20.07.2021, Ro 2019/04/0231).

Der VwGH führte zusammengefasst in der aktuellen Entscheidung aus, dass nach ständiger Rsp des EuGH an die Begründetheit eines Widerrufs kein strenger Maßstab anzulegen ist. Es kann eine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf darstellen, wenn eine Vergabe ausschließlich an vorzugsberechtigte Personen im Sinne des Tabakmonopolgesetzes vorgenommen werden soll und kein Angebot einer vorzugsberechtigten Person für die Trafikantenbestellung in Frage kommt.

Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

BVwG 21.10.2022, W279 2256889-2/31E

Im Nachprüfungsverfahren räumt § 337 BVerGG den Parteien die Möglichkeit ein, auf Verlangen, vorgelegte Unterlagen vertraulich zu behandeln. Die Ausgestaltung der Vertraulichkeit im Nachprüfungsverfahren richtet sich nach § 333 BVerGG, der wiederum auf § 17 Abs 3 AVG verweist.

Ob Informationen dem Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses unterliegen, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen – dabei ist eine Interessensabwägung vorzunehmen. Die Grundrechte auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und auf ein faires Verfahren sind gegeneinander abzuwägen, damit schützenswerte Informationen nicht offengelegt werden, ein faires Verfahren aber trotzdem gewährleistet werden kann.

Alternativangebote und deren Zulässigkeit

BVwG 21.10.2022, W279 2256889-2/31E

Wird von einem Bieter in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht von den Vorgaben in der Ausschreibung durch ein Angebot abgewichen, handelt es sich dabei um ein sogenanntes Alternativangebot. Dabei wird etwa von den Zahlungsmodalitäten oder sonstigen Konditionen abgewichen oder andere alternative Leistungen angeboten.

Der Auftraggeber darf Alternativangebote nur berücksichtigen, wenn diese die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen. Die Mindestanforderungen müssen vom Auftraggeber so beschrieben werden, dass sie für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verständlich sind. Es handelt sich daher um Eigenschaften, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen hat.

Der Bieter hat zudem in seinem Alternativangebot die Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung nachzuweisen (§ 125 Abs 4 BVergG). Der Auftraggeber hat die Aufgabe, diese Gleichwertigkeit zu prüfen.

Anmerkung: Voraussetzung für die Ausführungen oben ist, dass die Legung eines Alternativangebotes grundsätzlich in der Ausschreibung nicht ausgeschlossen wurde. Gemäß § 96 BVergG steht es dem Auftraggeber frei, Alternativangebote zuzulassen oder nicht.

Prüfung von Angeboten bei Ausschreibung von besonderen Dienstleistungen iSd § 151 BVergG 2018

BVwG 07.09.2022, W187 2257356-1/55E, W187 2257361-2/52E

Das BVwG hat sich in dieser Entscheidung mit mehreren Themenbereichen auseinandergesetzt:

Zum einen wurde zur Angebotsprüfung bei besonderen Dienstleistungen (Anhang XVI des BVergG 2018) ausgeführt, dass keine Verpflichtung des Auftraggebers zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG besteht. Zu beachten ist lediglich der Grundsatz der Angemessenheit der Preise (§ 20 BVergG).

Zu den Ausschlussgründen gemäß § 78 Abs 1 Z 1 und Z 5 BVergG stellte das BVwG klar, dass Ermittlungen durch die Kriminalpolizei oder bloße erste Untersuchungsschritte durch eine Staatsanwaltschaft noch keine schwere Verfehlung und damit einen Ausschlussgrund iSd § 78 Abs 1 Z 5 BVergG begründen, da diese lediglich der Klärung dienen, ob überhaupt ein strafbares Verhalten vorliegt.

Anmerkung: Während sich der Prüfumfang von Angeboten lediglich auf Angebote bei Ausschreibungen von besonderen Dienstleistungen bezieht, sind die Ausführungen zu den Ausschlussgründen gemäß § 78 Abs 1 Z 1 und 5 BVergG auch auf andere öffentliche Aufträge anzuwenden. Eingeleitete Ermittlungsmaßnahmen sind daher nicht mit einer Verurteilung im Sinne der § 78 Abs 1 Z 1 BVergG gleichzusetzen. Der Hintergrund dafür ist der, dass gemäß Art 6 Abs 2 EMRK der Beschuldigte oder Angeklagte bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung als unbescholten gilt.

RECHT- SPRECHUNG

Gegen die Entscheidung des BVwG ist eine Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof anhängig. Es bleibt somit noch abzuwarten, wie der Verwaltungsgerichtshof die Prüfpflichten eines Auftraggebers bei Ausschreibung von besonderen Dienstleistungen beurteilt.

es auf den entsprechenden Servern des öffentlichen Auftraggebers fristgerecht geladen werden kann. Erlangt der öffentliche Auftraggeber Kenntnis von der Über-sendung beziehungsweise gelangt das Angebot in seinen Machtbereich, gilt das Angebot als zugegangen.

Elektronische Angebote – Gefahrtragung

BVwG 05.09.2022, W139 2256350-1/22E

Im Oberschwellenbereich hat die gesamte Kommunikation zwischen öffentlichen Auftraggebern und Bietern elektronisch zu erfolgen. Bieter haben Informationen elektronisch zu übermitteln und diese Informationen gelten als übermittelt, sobald sie in den Verfügungsbereich des Empfängers gelangt sind.

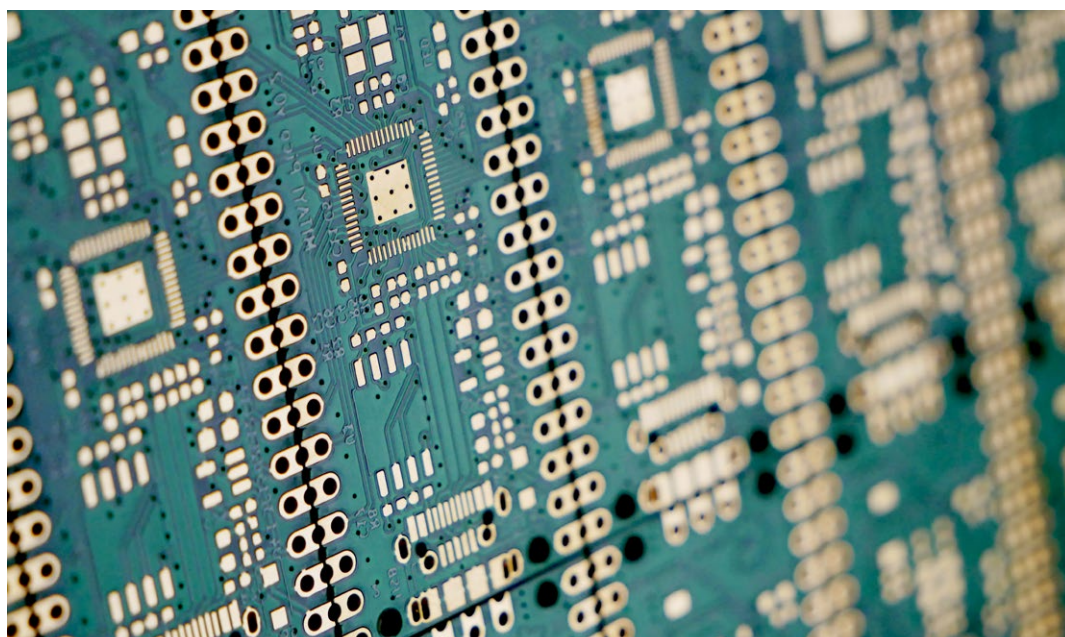
Die Gefahrtragung unterliegt grundsätzlich denselben Regelungen wie im traditionellen Weg, heißt das Angebot wird auf Gefahr des Bieters versendet. Der Bieter hat auch dafür zu sorgen, dass das Angebot rechtzeitig abgesendet wird, sodass

Nachträgliche Bildung einer Bewerbergemeinschaft ist unzulässig

BVwG 06.07.2022, W279 2255210-2/25E

Das Bilden einer Bewerbergemeinschaft oder Namhaftmachen eines notwendigen Subunternehmers nach Abgabe des Teilnahmeantrages, um die geforderte Eignung zu erfüllen, ist nicht zulässig. Die fehlende Eignung zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages ist kein behebbarer Mangel.

Anmerkung: Unternehmen sind deshalb angehalten, bereits vor Legen eines Teilnahmeantrages bzw eines Angebots die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen und die dort geforderten Eignungs-



RECHT- SPRECHUNG

kriterien, insbesondere die Leistungsfähigkeit, genau zu prüfen. Ein interessiertes Unternehmen hat die in den Ausschreibungsbestimmungen geforderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit grundsätzlich zu erfüllen. Falls das interessierte Unternehmen die geforderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit selbst nicht erfüllen kann, besteht die Möglichkeit, sich auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Mitglieds einer vorab zu bildenden Bietergemeinschaft oder eines notwendigen Subunternehmers zu stützen. Diese Festlegung muss allerdings bereits im Teilnahmeantrag bzw im Angebot getroffen und die Bietergemeinschaft bzw der notwendige Subunternehmer entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage namhaft gemacht worden sein. Die Zulassung einer nachträglich gebildeten Bietergemeinschaft oder eines nachträglich namhaft gemachten Subunternehmers widerspricht dem BVergG, da dadurch ein Wettbewerbsvorteil gegenüber jenen Bewerbern entstehen könnte, die sich rechtzeitig um das Bilden einer Bietergemeinschaft oder einen allfälligen (notwendigen) Subunternehmer bemüht hatten.

Einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren

BVwG 10.06.2022, W139 2255541-1

Das BVwG befasste sich im gegenständlichen Beschluss mit den Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Fallbezogen wurde die behauptete rechtswidrige Wahl des Vergabeverfahrens (Direktvergabe bzw in eventu Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) mit Nachprüfungsan-

trag moniert. Bei der Frage, welche Maßnahme zu erlassen war, führte das BVwG aus, dass eine Interessensabwägung aller möglichen geschädigten Interessen der Verfahrensbeteiligten, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vorzunehmen ist, wonach dem primären Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist. Dabei ist jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu wählen. Das BVwG kam zu dem Ergebnis, dass die Erteilung des Zuschlags zu untersagen ist.

Anmerkung: Im Rahmen eines Antrags auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung sollte ein Rechtsschutzsuchender die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 351 Abs 3 BVergG beantragen, um zu vermeiden, dass der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung abgewiesen wird.

Eignungsnachweis mittels Eigenerklärung

BVwG 25.5.2022, W187 2254118-2

Die erstmalige Aufforderung zur Vorlage der Eignungsnachweise nach zulässiger Abgabe einer Eigenerklärung stellt noch keinen Auftrag zur Verbesserung dar und kann - ohne weiteren Verbesserungsauftrag - der Ausschlussgrund nach § 69 Abs 1 Z 1 und 4 BVergGKonz 2018 nicht herangezogen werden.

Erneute Top-Platzierung für CHG Czernich Rechtsanwälte im aktuellen JUVE-Ranking!

Wir freuen uns über unsere Spitzenplatzierung beim Ranking des JUVE-Magazins für Wirtschaftsjuristen. JUVE bewertet jährlich die besten Kanzleien in Österreich nach Regionen. Wir erreichten dabei die höchstmögliche Bewertung

von fünf Sternen in Tirol und Vorarlberg. Als Stärke erwähnt das JUVE-Magazin insbesondere unsere grenzüberschreitenden Beratungstätigkeiten sowie die breite personelle Aufstellung unserer Kanzlei.

JUVE-RANKING	
<i>Tirol und Vorarlberg</i>	
★★★★★	
CHG Czernich Haidlen Gast & Partner GPK Pegger Kofler & Partner Thurnher Wittwer Pfefferkorn & Partner	Innsbruck Innsbruck Dornbirn
★★★★★	
Binder Grösswang	Innsbruck
★★★★	
Konzett Kohlhaupt Folie Sutterlüty Klagian Brändle Gisinger Lingenhöle UGP Ullmann Goiler & Partner Dr. Stefan Warbek	Bludenz Dornbirn Innsbruck Innsbruck
★★★	
Kroker Tonini Höss & Lajlar Summer Schertler Kaufmann	Innsbruck Bregenz
★	
Bmp Legal Dr. Franz Giesinger Dr. Karl Schelling Martin Walser	Feldkirch Götzis Dornbirn Innsbruck

Der JUVE Verlag beabsichtigt mit dieser Tabelle keine allgemein gültige oder objektiv nachprüfbar bewertung. Es ist möglich, dass eine andere Recherchemethode zu anderen Ergebnissen führen würde. Innerhalb der einzelnen Gruppen sind die Kanzleien alphabetisch geordnet.

[Link zum Beitrag im Magazin JUVE](#)

Untersuchung zu „kritischen Infrastrukturen“

CHG-Partner Arnold Autengruber und Of Counsel Arno Kahl haben sich gemeinsam mit WIFO-Direktor Gabriel Felbermayr sowie Michael Böheim und Susanne Bärenthaler-Sieber umfassend mit den Verfügungsmöglichkeiten über kritische Infrastrukturen befasst und die rechtlichen Rahmenbedingun-

gen für diese sensiblen Bereiche dargestellt. Die Untersuchung „Evaluierung der rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten im Zusammenhang mit kritischer Infrastruktur am Beispiel Mobilfunkmasten“ wurde vom Österreichischen Institut für Wirtschaftsforschung veröffentlicht.

NEWS

Personalnews

Mag. Michael Opuhac ist seit April bei CHG. Er unterstützt als Rechtsanwaltsanwarter die Praxisgruppen Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht sowie Business Law/Wirtschaftsrecht.

Wir heißen Michael im CHG-Team herzlich willkommen und wünschen einen guten Start.



Webinar „Vergabe von Dienstleistungsaufträgen“

Im Rahmen des Kommunalforums der Kufgem GmbH haben Günther Gast und Laura Gleinser am 19.04.2023 zum Thema Vergabe von Dienstleistungsaufträgen vorgetragen.

Das Webinar wurde aufgezeichnet und steht in der Mediathek der KufGem zum Aufruf zur Verfügung:

Webinar, Passwort: forum194



Erratum

In der vergangenen Ausgabe des Newsletters hat sich auf der Tabelle auf Seite 1 ein Fehler eingeschlichen:

Hier hieß es fälschlicherweise in der Überschrift der ersten Spalte „Schwellenwert bis 31.12.2023“ – die in dieser Spalte angegebenen Schwellenwerte galten bis 31.12.2022.

Save the Date! – Veranstaltungen

CHG TERMINE

Innsbrucker Bankrechtsgespräche

Thema **Zahlungsverkehr 4.0: Die zukünftigen Entwicklungen im Zahlungsverkehr**

Referent Dr. Georg Truder, Senior Officer, Finanzmarktaufsicht

Datum **04.05.2023**

Ort Wirtschaftskammer Tirol, Parterre, SiZi Z023/Z024, Wilhelm-Greil-Straße 7, 6020 Innsbruck

Beginn 16:30 Uhr bis 18:00 Uhr

Anmeldung office@chg.at

Die von CHG in Kooperation mit LexisNexis neu ins Leben gerufene Veranstaltungsreihe **Innsbrucker Bankrechtsgespräche** bietet eine Plattform, bei der aktuelle **bankrechtliche Probleme und Entwicklungen** aufgegriffen, wichtige Judikatur dazu erörtert und mit den Teilnehmerinnen und Teilnehmern diskutiert werden. Dazu ist es auch eine hervorragende Möglichkeit, sich mit den Referenten und mit Kolleginnen und Kollegen aus der Bank- und Finanzwirtschaft auszutauschen.

www.chg.at/bankrechtsgespraech

Corporate Breakfast



Thema **Grenzüberschreitende Umgründungen nach dem EU-Umgründungsgesetz – bilanzielle und steuerliche Aspekte**

Referent Univ.-Prof. MMag. Dr. Klaus Hirschler, WU Wien

Datum **16.06.2023**

Ort Tiroler Sparkasse, Seminarraum 6. Stock, Sparkassenplatz 1, 6020 Innsbruck

Beginn 8:00 Uhr bis 9:30 Uhr

Anmeldung office@chg.at

Im Rahmen der Vortragsreihe „**Corporate Breakfast – Gesellschaftsrecht für Aufgeweckte**“ lädt CHG mit freundlicher Unterstützung der Tiroler Sparkasse viermal pro Jahr zu interessanten Vorträgen zu **aktuellen Themen des Gesellschaftsrechts** ein. In diesem Jahr widmet sich die Veranstaltungsreihe dem Thema „Umgründungen“. Im Rahmen der Veranstaltungen werden die Teilnehmer mit einem **Frühstück** verwöhnt.

www.chg.at/corporate-breakfast

Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht

TEAM

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



Günther
Gast



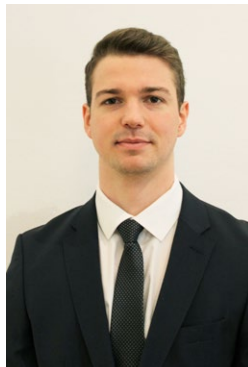
Arnold
Autengruber



Laura
Gleinser



Andreas
Grabenweger



Simon
Mitterer



Marcel
Müller



Sylvia
Riedmann-Flatz

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:

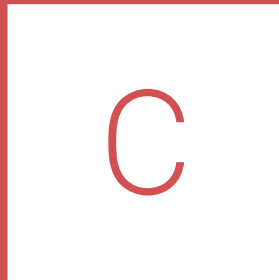
Seiten 1: AdobeStock; Seiten 2, 5, 10, 12: unsplash.com; Seite
4: pixabay.com; Seite 7: Reiter; Seiten 15, 16, 17, 18: chg.at



CZERNICH
RECHTSANWÄLTE

Wir bewegen Wirtschaft.

Wir bewegen Wirtschaft. Seit 1999.



2020, 2021 und 2022 beste Kanzlei außerhalb Wiens¹ sowie 2021 in Westösterreich erstgereiht und mit 5 von 5 Sternen² ausgezeichnet.

¹Trend-Anwaltsrankings und ²JUVE-Ranking

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH
Innsbruck • St. Johann in Tirol • Wien • Bozen • Vaduz – www.chg.at