

CHG Newsletter Vergaberecht

VERGABERECHT

Nr. 15

Jahrgang 2024

Seite 1

Vorwort

Seite 2

Leitartikel

Seite 4

Aktuelle Rechtsprechung

Seite 14

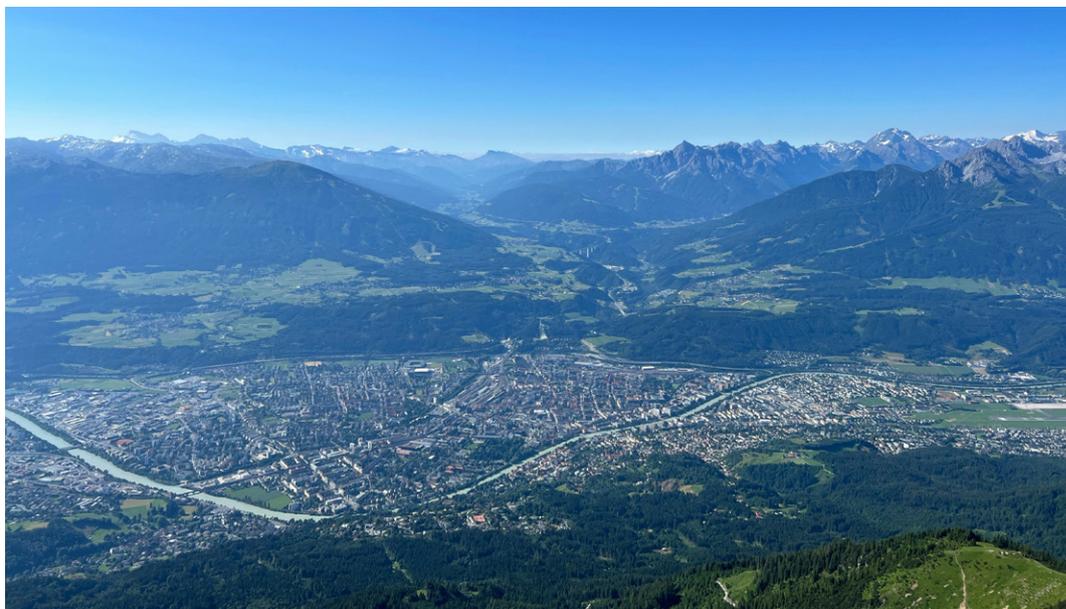
CHG-News

Seite 15

Save the Date!
Veranstaltungen

Seite 16

Team & Kontakt



Ein vergaberechtlich spannendes erstes Halbjahr ist vorüber. Es hat sich nicht nur auf Ebene der Rechtsprechung einiges getan, sondern auch im Bereich der Legistik. Ein erkennbarer Trend ist dabei, dass im Vergaberecht Nachhaltigkeitsaspekte zunehmend an Bedeutung gewinnen. Mit der jüngsten Verordnung (EU) 2024/1610 vom 14.05.2024 werden seit dem 1.7.2024 neue vergaberechtliche Verpflichtungen für die Beschaffung von Stadtbussen und die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, welche die Verwendung von Stadtbussen vorsehen, vorgeschrieben. Darin werden vergaberechtliche Sonderbestimmungen im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien bzw. mit der Festlegung des Leistungsgegenstandes vorgesehen, die unmittelbar neben den Bestimmungen des BVergG anwendbar sind. Der ÖPNV soll damit grüner werden.

Einen anderen Bereich an der Grenze von europäischem Beihilfe- und Vergaberecht rückt die laufende Fußball-EM in den Fokus: die Finanzierung und Umsetzung von Infrastrukturvorhaben und die Errichtung sowie den Betrieb von Sport- und Freizeiteinrichtungen. Dabei treffen selbst Private, nicht dem sachlichen Anwendungsbereich des BVergG unterliegende Einrichtungen, im Falle einer (teilweisen) öffentlichen Finanzierung Verpflichtungen zur Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen. Das Anwendungsfeld ist dabei weit und reicht von Stadien bis hin zu (kommunalen) Schwimmbädern und sonstigen Freizeiteinrichtungen. Diesem Themenkomplex widmet sich der Leitartikel dieses Newsletters.

Wie immer gibt es also spannende Entwicklungen im Bereich des Vergaberechts. Wir wünschen eine aufschlussreiche Lektüre unseres Newsletters.

Anwendbarkeit des Vergaberechts außerhalb des BVergG

LEITARTIKEL



Von kommunaler Infrastruktur, Sportstätten und Freizeiteinrichtungen – zur Anwendbarkeit des Vergaberechts außerhalb des BVergG

Die Großereignisse wie die aktuell laufende Fußball-EM in Deutschland lenken die Aufmerksamkeit auch auf die Ausführungsstätten. Vielfach können diese nicht ohne öffentliche Mittel errichtet und erhalten werden. Die rechtliche Dimension der dahinterstehenden Fragen reicht freilich über den Sportbereich hinaus.

Das Bundesvergabegesetz 2018 („**BVergG**“) enthält klare Regelungen, wer die gesetzlichen Bestimmungen für welche Auftragsvergaben in Österreich einzuhalten hat. Sachlich gilt das BVergG bekanntlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Der persönliche Geltungsbereich umfasst neben öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern auch Private, wenn ein öffentlicher

Auftraggeber bestimmte Bauaufträge oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50% direkt subventioniert.

Die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Vorschriften erstreckt sich in einigen Fällen über diesen gesetzlich abgesteckten Rahmen, nämlich insbesondere dann, wenn die Errichtung bestimmter Infrastrukturen im Sinne des europäischen Beihilferechts öffentlich subventioniert wird. Dies hat folgenden Hintergrund: Das grundsätzliche **Verbot „staatlicher“ Beihilfen** im EU-Recht (Art 107 Abs 1 AEUV) gilt auch für kommunale Maßnahmen. Dies betrifft nicht nur Förderungen von privaten Wirtschaftsbetrieben, sondern genauso den Bau und Betrieb kommunaler Infrastrukturen. Der von der Europäischen Kommission angewendete Infrastrukturbegriff ist dabei weit und umfasst Straßen- und Schienenwege, Flughäfen, aber auch Freizeiteinrichtungen, Sportan-

Anwendbarkeit des Vergaberechts außerhalb des BVergG

LEITARTIKEL

lagen, Ver-, Entsorgungs- und Breitbandnetze, Ladeinfrastruktur für Elektroautos und mehr. Die diesbezügliche Kommissionspraxis ist umfassend – so gibt es hier bereits einschlägige Entscheidungen zu Fußballstadien, Kletterhallen, Kongresszentren, Multifunktionsarenen und Einrichtungen für den Amateurbreitensport.

In vielen Fällen gelangt diesfalls – vor allem zur Vermeidung eines aufwändigen Notifizierungsverfahrens bei der Europäischen Kommission – die sogenannte Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung („AGVO“; Verordnung [EU] Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014) zur Anwendung. Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen sind nach Art 55 der AGVO im Sinne des Art 107 Abs 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV (Notifizierung bei der Europäischen Kommission) freigestellt, sofern die in der AGVO festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Das gleiche gilt nach Art 56 AGVO für sonstige lokale Infrastrukturen. Dazu zählt insbesondere auch, dass die Erteilung von Konzessio-

nen oder Aufträgen für den Bau, die Modernisierung und/oder den Betrieb einer Sportinfrastruktur oder einer multifunktionalen Freizeitinfrastruktur bzw sonstigen Infrastruktur durch Dritte zu offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen und **unter Einhaltung der geltenden Vergabevorschriften** erfolgen muss. Dies dient der Minimierung der Gefahr, an nachgelagerte Ebenen mittelbare Beihilfen zu gewähren.

Es wäre daher verkürzt, die Notwendigkeit einer Ausschreibung nur anhand des BVergG zu prüfen. Unter Umständen ergeben sich Ausschreibungspflichten auch bei einer öffentlichen Subventionierung (selbst unter der 50%-Schwelle des BVergG) aus dem Beihilferecht und/oder (meist damit einhergehend) den jeweiligen Förderverträgen. Da bei einem Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht weitreichende wettbewerbsrechtliche Konsequenzen und die Rückzahlung der erhaltenen Förderungen droht, sind die diesbezüglichen Vorgaben jedenfalls strikt einzuhalten. Einmal mehr gilt der Rat, vor Projektumsetzung alle rechtlichen Rahmenbedingungen gut zu prüfen.



Muss ein Ausschluss von einem Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber begründet werden?

EuGH 21.12.2023, C-66/22

Der EuGH stellt in diesem Judikat klar, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers begründet werden muss. Diese umfassende Begründungspflicht leitet sich aus dem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz der guten Verwaltung ab, den die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Unionsrecht zu beachten haben.

Der Pflicht zur Begründung der von den nationalen Behörden erlassenen Entscheidungen kommt laut EuGH eine besondere Bedeutung zu, da sie es den Adressaten dieser Entscheidungen ermöglicht, ihre Rechte geltend zu machen und in Kenntnis aller Umstände zu entscheiden, ob mit einem Rechtsmittel gegen die Entscheidungen vorzugehen ist.

Der öffentliche Auftraggeber unterliegt bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sohin einer Begründungspflicht. Diese Begründungspflicht betrifft auch und insbesondere jene Entscheidungen, mit denen ein Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen wird (vgl dazu §§ 78 und 141 BVergG 2018). Der öffentliche Auftraggeber ist sogar dann an die Begründungspflicht gebunden, wenn er feststellt, dass zwar ein fakultativer Ausschlussgrund vorliegt, er aber beschließt, ihn aus anderen Gründen am Verfahren teilnehmen zu lassen.

Praxistipp

Ausscheidensentscheidungen und Entscheidungen, einen Bieter trotz Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes nicht auszuschließen, sind umfassend zu begründen, um die Formvorschriften zu erfüllen und Verfahrensfehler zu vermeiden.



Gelten Seilbahnen als Personenverkehrsmittel im Sinne der PSO-VO?

EuGH 19. 10. 2023, C-186/22

Die PSO-VO (Public Service Obligations-VO; [EG] 1370/2007) regelt die Vergabe von im öffentlichen Interesse liegenden Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene und Straße. In einer dazu kürzlich veröffentlichten Entscheidung musste sich der EuGH unter anderem mit der Frage beschäftigen, ob die PSO-VO auch auf die Vergabe von multimodalen Personenverkehrsdiensten (Straßen-, Standseil- und Seilbahnen) und deren Verwaltung anzuwenden ist.



Nach Art 1 Abs 2 gilt die PSO-VO für den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und andere Arten des Schienenverkehrs. Ausgenommen sind nur jene Verkehrsdienste, die hauptsächlich aus Gründen von historischem Interesse oder von tou-

ristischen Zwecken betrieben werden. Der EuGH kam zum Ergebnis, dass der Begriff des Schienenverkehrs in der PSO-VO nicht definiert wird. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch versteht man darunter lediglich Fahrzeuge, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie auf einem aus einer oder mehreren, parallel angeordneten Schienen bestehenden Fahrweg bewegt werden. Seilschwebbahnen fallen daher nicht unter den (Ober-)begriff Schienenverkehr und ist die PSO-VO daher auf sie nicht anzuwenden.

Nicht zuletzt enthält die PSO-VO nach dem EuGH auch keine Regelung darüber, ob sie auf gemischte Aufträge anwendbar wäre, welche auch andere Beförderungsmittel als die im vorgesehenen Anwendungsbereich enthalten, wie beispielsweise Seilschwebbahnen. Insgesamt ist nach Ansicht des EuGH der Art 1 Abs 2 PSO-VO sohin dahingehend auszulegen, dass die PSO-VO für einen gemischten öffentlichen Dienstleistungsauftrag über multimodale Personenverkehrsdienste, die die Beförderung mit Straßen-, Standseil- und Seilschwebbahnen umfassen, auch dann nicht gilt, wenn es sich bei den Verkehrsdiensten, deren Verwaltung vergeben wird, überwiegend – also auch um mehr als 50% – um Schienenverkehrsdienste handelt.

Kein Nachweis einer schweren beruflichen Verfehlung allein durch die Einleitung eines Strafverfahrens bzw. des Vorliegens eines Abschlussberichtes

VwGH 14.11.2023, Ro 2020/04/0019

Ausgangspunkt des gegenständlichen Verfahrens war die Vergabe eines Bauauftrages betreffend die Auswechslung von Wasserrohren auf öffentlichen Straßen der Stadt Wien als Sektorenauftraggeberin. Die Auftraggeberin schied das Angebot einer Bieterin mit der Begründung aus, sie habe schwere berufliche Verfehlungen etwa durch den systematischen Einsatz anderer Unternehmen zur Legung von abgesprochenen und vom Geschäftsführer der Bieterin und dessen Vater kalkulierter Schein- bzw. Deckungsangebote zu Lasten der Auftraggeberin begangen.

Dagegen erhob die Bieterin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung an das Landesverwaltungsgericht Wien und begründete diesen im Wesentlichen damit, dass Selbstreinigungsmaßnahmen getroffen worden seien und der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren aufgrund der Bestimmung des § 254 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 ohnehin verfristet gewesen sei. Das LVwG Wien wies den Nachprüfungsantrag ab und gelangte in seiner Entscheidung zusammengefasst zur Ansicht, dass der dreijährige Ausschlusszeitraum frühestmöglich mit dem Vorliegen des Abschlussberichtes des Bundesamtes zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK) beginnen hätte können, da erst zu diesem Zeitpunkt objektive Gründe für Zweifel an der Unzuverlässigkeit der Bieterin bestehen hätten können.

In der gegenständlichen Entscheidung hielt der VwGH fest, dass die Einleitung eines Strafverfahrens oder das Vorliegen eines Abschlussberichtes in der Regel nicht ausreicht, einen geeigneten Nachweis einer schweren Verfehlung darzustellen. Demgegenüber konnte die Bieterin aber auch nicht darlegen, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine stichhaltige und objektivierbare Verdachtslage als objektivierbaren Nachweis für die der Bieterin als Ausschlussgrund zur Last gelegten schweren Verfehlungen vor dem Abschlussbericht des BAK vorgelegen haben. Der VwGH wies die Revision gegen die Entscheidung des VwG folglich ab, da die Bieterin nicht erläutern konnte, dass der dreijährige Ausschlusszeitraum iSd § 254 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung bereits abgelaufen gewesen sei.

Unterscheidung zwischen behebbaren und unbehebbaen Angebotsmängeln

VwGH 13.12.2023, Ra 2020/04/0020

Stellt ein Mangel keine nachträgliche Änderung des Angebots dar, sondern bleibt dieses vielmehr seinem Inhalt nach unverändert, liegt nach Ansicht des VwGH ein behebbarer Mangel vor. Wird hingegen das ursprüngliche Angebot, das nicht der Ausschreibung entsprach, erst im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ausschreibungskonform, erfolgt eine unzulässige inhaltliche Veränderung des Angebots und ist der Mangel daher als unbehebbar einzustufen. Bei der Unterscheidung zwischen einem behebbaren und einem unbehebbaen Angebotsmangel ist daher nach ständiger Rechtsprechung ausschlaggebend, ob durch eine



Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell – also seinem Inhalt nach – verbessert wird.

In der vorliegenden Entscheidung kam der VwGH zum Ergebnis, dass eine nachträgliche Bestimmung des endgültig angebotenen Preises eine inhaltliche Änderung des Angebots darstellt und damit zu einer Beeinflussung der Wettbewerbsposition des Bieters führt. Die Bieterin, die ein Angebot in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss eines Vertrages über die Errichtung und den Umbau eines Bürogebäudes gelegt hatte, konnte in ihrer außerordentlichen Revision nicht darlegen, weshalb es sich dabei um gerade keinen unbehebaren Mangel handeln würde. Zudem zeigte sie nicht auf, dass die Auftraggeberin aus vergaberechtlichen Gesichtspunkten zum frühestmöglichen Zeitpunkt zum Vorhalt eines Angebots mangels verpflichtet wäre,

andernfalls der betreffende Mangel von der Auftraggeberin nicht mehr geltend gemacht werden könnte.

Praxistipp

Bieter sollten sich vor Angebotslegung (dem Hochladen oder Abgeben) vergewissern, dass sie die letztgültigen Ausschreibungsunterlagen, Angebotsunterlagen und Formulare verwendet haben, ihr Angebot den Ausschreibungsunterlagen entspricht und alle erforderlichen Nachweise enthalten sind und auch der Preis klar definiert ist.

Ausscheiden eines Angebots mangels technischer Leistungsfähigkeit

VwGH 09.11.2023, Ra 2021/04/0211

Bei einer Ausschreibung eines Sektorauftraggebers im Rahmen eines offenen Verfahrens muss die Eignung eines Bieters gemäß § 250 Z 1 BVergG 2018 spä-

testens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Der Auftraggeber hat in weiterer Folge vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern auszuschneiden, deren Eignung nicht gegeben ist. Die Eignung eines Bieters umfasst (unter anderem) dessen technische Leistungsfähigkeit.

In der vorliegenden Entscheidung qualifizierte der VwGH das Ausscheiden des Angebots einer Bieterin als nicht von vornherein unzulässig, nur weil die Auftraggeberin – ohne konkrete Angabe einer erforderlichen Mindestanzahl an Arbeitnehmern in der Ausschreibung – die von einer Bieterin angegebene Anzahl von lediglich sechs Arbeitnehmern als für den Auftrag zu gering bewertete. Dem Auftraggeber ist es in diesen Fällen vielmehr gestattet, die personelle Ausstattung eines Bieters als objektiv zu gering für die Leistungserbringung einzustufen und den Bieter damit aufgrund der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit auszuschneiden.

Praxistipp

Auftraggeber sollten die Eignungskriterien in der Ausschreibung klar und unmissverständlich festlegen, um spätere Unklarheiten und Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Wurde ein Eignungskriterium nicht in der Ausschreibung definiert, müssen die Bieter objektiv betrachtet dennoch in der Lage sein, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen und können sie zB wegen zu geringer Leistungsfähigkeit zur Leistungserbringung ausgeschieden werden. Damit ist aber für Auftraggeber und Bieter eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden.

Gleichwertigkeit von Zertifizierungen und deren Beweislast

BVwG 08.02.2024, W279 2278493-2

Qualitätssicherungsmaßnahmen spielen bei der Vergabe von öffentlichen Projekten eine wesentliche Rolle. Auftraggeber verlangen von Bewerbern und Bietern regelmäßig den Nachweis über Zertifizierungen in gewissen, für das Projekt relevanten Fachgebieten. Auch verfahrensgegenständlich forderte der Auftraggeber von den Bewerbern in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung Nachweise über spezifische Zertifizierungen oder gleichwertige Nachweise. Diese Nachweise sollten mit dem Teilnahmeantrag eingereicht oder auf Anforderung innerhalb einer angemessenen Frist nachgereicht werden.

Ein Bewerber wurde mit einem Schreiben des Auftraggebers über die Ausscheidensentscheidung und die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens informiert, da er mit dem Teilnahmeantrag nicht alle erforderlichen Zertifizierungen eingereicht und nachgewiesen habe. Dagegen erhob der Bewerber einen Nachprüfungsantrag und brachte vor, dass der Auftraggeber keine Kriterien für die Gleichwertigkeit der Zertifizierungen angegeben habe und es ihm innerhalb der Teilnahmefrist nicht möglich gewesen sei, die geforderten Zertifizierungen zu erlangen, wobei er sich aber ohnehin an den Grundsätzen dieser Zertifizierungen orientiere.

Das BVwG verwarf den Nachprüfungsantrag mit der Begründung, dass die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung davon abhängt, ob der Teilnahmewerber gleichwertige Qualitätsmaßnahmen nachweisen konnte. Gemäß § 87 Abs 1 letzter Satz

BVergG 2018 müssen alternative Qualitätssicherungsmaßnahmen in anderer Form vom Auftraggeber nur dann als gleichwertig anerkannt werden, wenn es sich um gleichwertige Maßnahmen handelt. Es muss sich daher um eine Maßnahme handeln, welche gleichwertig zu einer Akkreditierung ist. Die Eigenerklärung des Teilnahmewerbers ist grundsätzlich nicht ausreichend, um als gleichwertige Qualitätssicherungsmaßnahme anerkannt zu werden. Im Übrigen trägt die Beweislast für die Gleichwertigkeit der Teilnahmewerber. Da der Teilnahmewerber kein notwendig erforderliches Zertifikat, gleichwertige Bescheinigung oder gleichwertige Qualitätsmaßnahme nachweisen konnte, wurde er zu Recht ausgeschlossen.

Praxistipp

Der Bieter unterlag hier der Versuchung, den Aufwand zur Erlangung eines Nachweises gleichwertig einer Zertifizierung zu vermeiden und vorerst nur eine Eigenerklärung abzugeben. Grundsätzlich können Bewerber und Bieter in einem ersten Schritt nur die Eigenerklärung abgeben. Hier hätte der Bewerber aber anführen müssen, auf welchen alternativen Nachweis zur Zertifizierung er sich beruft. Dann hätte der Auftraggeber zum Nachreichen dieses Nachweises auffordern müssen. Unser Tipp ist daher: entweder schon mit dem Teilnahmeantrag oder Angebot alle erforderlichen Nachweise abzugeben oder auf diese Nachweise zumindest hinzuweisen.





Absolute Nichtigkeit von Rahmenvereinbarungen

BVwG 03.08.2023, W131 2244508-1/98Z

Nach ständiger Rechtsprechung kann eine unangefochten gebliebene anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung einer späteren anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers nicht mehr (gerichtlich) überprüft werden. Die Ausschreibungsbestimmung ist dann bestandfest geworden und, auch wenn sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre, weiterhin anzuwenden.

In der gegenständlichen Entscheidung beschäftigte sich das BVwG insbesondere mit § 154 Abs 4 BVergG 2018 und der absoluten Nichtigkeit einer Rahmenvereinbarung für den Fall, dass das dort vorgesehene Verfahren mit vorangehender Bekanntgabe der Auswahlentscheidung und Stillhaltefrist nicht eingehalten wur-

de. Die vorgesehene Sanktion der absoluten Nichtigkeit ist nach dem BVwG dahingehend auszulegen, dass von der Inexistenz der Rahmenvereinbarung auszugehen ist.

Hätte dem Bieter die Vergaberechtswidrigkeit und damit die Nichtigkeit des Verfahrens klar sein müssen und hat er dennoch Abrufe aus der Rahmenvereinbarung akzeptiert und auch abwickelt, ist auch ihm ein objektiv vergaberechtswidriges Verhalten anzulasten. Insofern war er nach Ansicht des BVwG wegen seines eigenen vergaberechtswidrigen Verhaltens nicht mehr durch vergaberechtliche Rechtsbehelfsmöglichkeiten schützenswert. Eine separate rechtsgestaltende Nichtigerklärung gemäß § 356 Abs 2 BVergG 2018 der Ausschreibungsbestimmung kommt sohin nicht mehr in Betracht. Ein daraus eingetretener oder drohender Schaden ist nicht ableitbar.

Praxistipp

Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen birgt Stolpersteine. Auftraggeber müssen die Auswahlentscheidung, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, allen nicht berücksichtigten Bietern samt Begründung mitteilen. Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist kann die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden. Soll aber mit allen Bietern eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden, kann diese Mitteilung nicht an nicht berücksichtigte Bieter ergehen. Sodann droht die Nichtigkeit der abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen mangels der gebotenen Bekanntmachung der Auswahlentscheidung und Anfechtbarkeit der beabsichtigten Rahmenvereinbarungsabschlüsse.

Abgabe von den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Angeboten

BVwG 13.07.2023, W131 2271096-1

Ausgangspunkt der gegenständlichen Entscheidung des BVwG war die Ausschreibung eines Bauauftrages im Rahmen eines offenen Verfahrens für die

Erweiterung und Sanierung eines Bundesoberstufenrealgymnasiums. Ein Bieter reichte rechtzeitig ein Angebot ein, das mit den Ausschreibungsunterlagen aber in mehreren Punkten nicht übereinstimmte. Er legte seinem Angebot nämlich AGB zugrunde, in denen bspw. ein Eigentumsvorbehalt vorgesehen oder ein abweichender Gerichtsstand enthalten war. Der Auftraggeber schied das Angebot unter anderem aufgrund dieser den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Bestimmungen aus.

Dagegen richtete sich der Nachprüfungsantrag des Bieters mit der Begründung, dass – trotz der beigelegten AGB – kein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt worden sei. Das BVwG folgte dieser Argumentation und erklärte die angefochtene Ausscheidensentscheidung für nichtig.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter auszulegen. Dieser objektive Erklä-



rungswert gilt auch für die Auslegung von Willenserklärungen des Bieters selbst. Insofern muss der Bieter, wenn er ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte, dies auch klar zum Ausdruck bringen. Tut er dies nicht und legt er seinem Angebot (irrtümlich) seine AGB bei, kann daraus nicht geschlossen werden, dass er damit ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen wollte. Damit hat er gerade keinen klaren Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen zum Ausdruck gebracht.

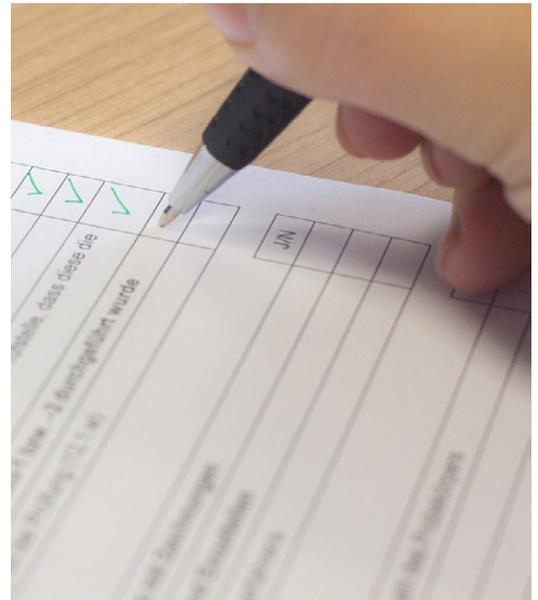
Anmerkungen

Die Judikatur zum Ausscheiden von Angeboten mit Bezugnahme auf eigene AGB wurde im Laufe der Zeit weniger streng. Führte früher schon ein Begleitschreiben, das auf der Rückseite die eigenen AGB abgedruckt hat, zum Ausscheiden, so muss nunmehr ein Bieter die eigenen AGB zum Angebotsinhalt erklären.

Bieterlücken in Leistungsverzeichnissen sind vollständig auszufüllen

BVwG 16.01.2024, W279 2276379-2

Ein Bieter hat in seinem Angebot alle Bieterlücken im Leistungsverzeichnis vollständig und leserlich auszufüllen. Es ist ihm verwehrt, vorgesehene Bieterlücken offenzulassen, obwohl diese Positionen beispielsweise bei anderen Leistungspunkten berücksichtigt oder vom Bieter überhaupt nicht verrechnet werden. Sofern der Bieter solche Redundanzen erkennt, muss er vor Eintritt der Bestandsfestigkeit die Ausschreibungsunterlage anfechten. Ein Auftrag zur Verbesserung des Angebotes durch den Auftraggeber an



den Bieter ist in diesem Fall nicht denkbar, da dadurch eine Änderung des Gesamtpreises bewirkt werden könnte.

Die alleinige Behauptung, die Kosten der nicht ausgefüllten Bieterlücke an anderer Stelle berücksichtigt zu haben, ist nach dem BVwG aber unzureichend, da ein nachträgliches Anpassen durch Ausfüllen der Bieterlücke der Bieterin einen Wettbewerbsvorteil einräumen würde. Es ist einem Unternehmer zuzumuten, die Ausschreibungsunterlagen sorgfältig zu studieren und dementsprechend umzusetzen.

Praxistipp

Bieter müssen beim Ausfüllen von Leistungsverzeichnissen sicherstellen, alle Bieterlücken vollständig und leserlich auszufüllen. Bei widersprüchlichen Bieterlücken oder offensichtlichen Redundanzen im Leistungsverzeichnis ist beim Auftraggeber Aufklärung und Berichtigung zu verlangen, andernfalls die Ausschreibungsunterlage bei sonstiger Bestandsfestigkeit angefochten werden muss.

Reihungskriterien für die Vergabe einer Kassenplanstelle stellen ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB dar

OGH 17.11.2023, 8 Ob 140/22d

Reihungskriterien für die Vergabe eines Kassenvertrages (hier: die Vergabe einer Kassenplanstelle für Zahnärzte) dienen nach ständiger Rechtsprechung des OGH dem Ziel, dass der fachlich Bestqualifizierte zum Zug kommen soll. Die Vergabe eines Kassenvertrages muss auf objektiven und nachprüfbaren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind. Reihungskriterien stellen daher grundsätzlich ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar, weshalb finanzielle Nachteile aufgrund einer unsachlichen Verzögerung des Vertragsabschlusses wegen einer Verletzung dieser Reihungskriterien geltend gemacht werden können.

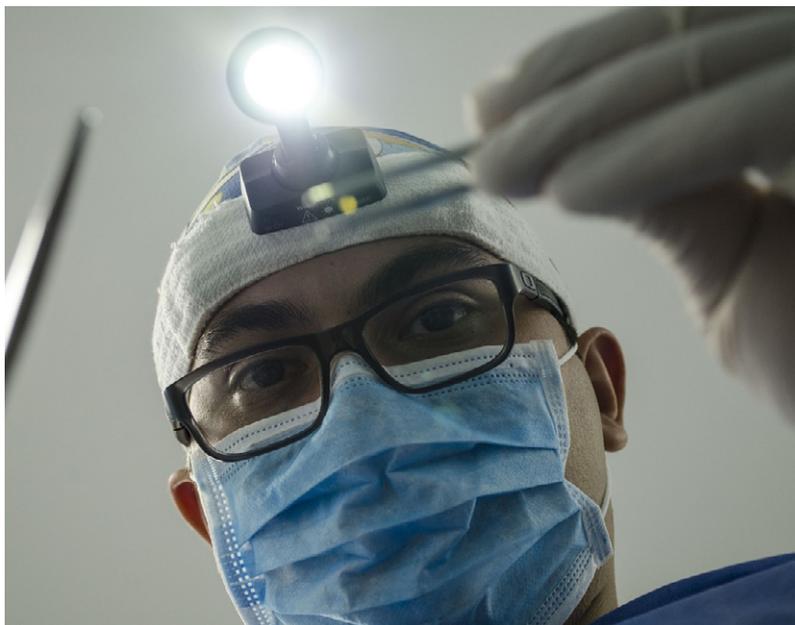
Unsachlich und demnach unzulässig sind jene Auswahlkriterien, die ausschließlich an subjektiven Elementen anknüpfen. Dazu zählt die Judikatur insbesondere

Kriterien über die Nachfolge innerhalb der Familie und über das Bestehen einer vorvertraglichen privatrechtlichen Einigung zwischen einem Bewerber und dessen Praxisvorgänger. Vermögensrechtliche Interessen eines Übergebers oder des Bewerbers selbst dürfen für die Reihung des Bewerbers folglich nicht maßgeblich sein.

In der gegenständlichen Entscheidung gab der OGH der Revision des Kassenarztes aber keine Folge, da ein Schaden, der rein auf die Möglichkeit der kostenlosen Übernahme der Ordination seines Vaters gründet, nicht in den Schutzzweck der Reihungskriterien fällt. Vermögensrechtliche Interessen eines Übergebers einer Kassenpraxis an einen bestimmten Nachfolger sind daher vom Schutzbereich der Reihungskriterien ausgenommen.

Anmerkung

Auf die Vergabe von Kassenverträgen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nicht anzuwenden. Die Thematik ist aber eine ähnliche und hat die Auswahl des Vertragsarztes nach sachlichen und objektiven Kriterien zu erfolgen. Bei Nichteinhaltung stehen Rechtsmittel und nach dieser Entscheidung auch Schadenersatzansprüche zu. Die betroffenen Ärzte müssen aber einen langen Atem zur Rechtsdurchsetzung aufbringen, da es (noch) keinen raschen Rechtsschutz wie bei öffentlichen Vergabeverfahren gibt.



NEWS

Innsbrucker Team siegt beim Moot Court Vergaberecht vor dem Bundesverwaltungsgericht in Wien

Im Sommersemester fand abermals ein Moot Court Vergaberecht statt, also ein gespieltes Vergabenachprüfungsverfahren. Daran haben insgesamt vier Teams österreichischer Universitäten teilgenommen. Das Team der Universität Innsbruck von Univ.-Prof. Dr. Thomas Müller bekam die Rolle der Bieterin zugeteilt, mit der eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Diese Auswahlentscheidung wurde von zwei anderen Teams mit Nachprüfungsanträgen gegen die Auftraggeberin bekämpft. Nach zwei Schriftsatzrunden fand am 20.06.2023 die mündliche

Verhandlung am Bundesverwaltungsgericht Wien vor dem hochkarätigen Richter-senat mit Mag. Hubert Reisner, Dr.in Ruth Bittner und Dr. Michael Fruhmann (Legist des BVergG) statt. Dabei hat das Team der Uni Innsbruck, gecoacht von unserer Kanzlei, den Preis für das beste Team zugesprochen bekommen. Wir waren schwer von der außerordentlichen Leistung aller Teilnehmer:innen beeindruckt und gratulieren herzlich dem Siegerteam mit Nadine Hagen, Ina Kapusta, Noah Muigg-Spörr, Corinna Staffler und Sophia Thoma!



Foto: Ruth Bittner, Corinna Staffler, Nadine Hagen, Sophia Thoma, Ina Kapusta, Noah Muigg-Spörr, Hubert Reisner, Michael Fruhmann, Günther Gast

Save the Date!

CHG TERMINE

Corporate Breakfast – extended version



Thema **Sonderveranstaltung:
Tagung Mitarbeiter-
beteiligung**

Datum **Freitag, 27.09.2024**

Zeit 8 Uhr bis 12:30 Uhr

Ort Tiroler Sparkasse, Seminar-
raum 6. Stock, Sparkassen-
platz 1, 6020 Innsbruck

Anmeldung office@chg.at

Vorträge zu folgenden Themen:

- Mitarbeiterbeteiligung und FlexCo
- Virtuelle Mitarbeiterbeteiligung
- Steuer- und sozialversicherungsrecht-
liche Aspekte
- Arbeitsrechtliche Aspekte

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. 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



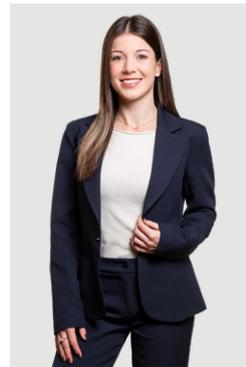
Marcel
Müller



Michael
Opuhac



Alexandra
Petzelbauer



Fabienne
Schöpf

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:

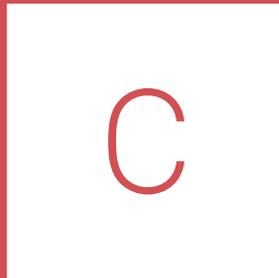
Seiten 1, 4: unsplash.com; Seiten 2, 3, 5, 7, 9, 10, 12, 13:
pixabay.com; Seite 11: freepik.com, Seiten 14, 16, 17: chg.at



CZERNICH
RECHTSANWÄLTE

Wir bewegen Wirtschaft.

Wir bewegen Wirtschaft. Seit 1999.



2020, 2021, 2022 und 2023 beste Kanzlei außerhalb Wiens¹ sowie 2021 und 2023 in Westösterreich erstgereiht und mit 5 von 5 Sternen² ausgezeichnet.

¹Trend-Anwaltsrankings und ²JUVE-Rankings

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