



WIRTSCHAFTS RECHT

AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL VIII

STAND: DEZEMBER 2017

Inhalt

Bestandskraft von Festlegungen in der Ausschreibung; BVwG	3
Auftragswertberechnung; VwGH.....	5
Nachträgliche Verbesserung von Angeboten; VwGH	7
Nachweis der Leistungsfähigkeit; VwGH.....	9
Kürzung von EU-Förderungen durch Vergaberechtsverstoß; EuGH	11
Ausreichende Begründungspflicht; LVwG Salzburg.....	12
Angebot eines nicht eingeladenen Bieters; LVwG Steiermark.....	14
Mitteilung der Zuschlagsentscheidung; LVwG Steiermark	16
Prokuristen sind Geschäftsführer; VwGH.....	18
Soziale Zuschlagskriterien; LVwG Salzburg	20
Ist der ORF ein öffentlicher Auftraggeber? VwGH.....	22
Ausschluss wegen schwerer beruflicher Verfehlung; EuGH	24
Nachweis von Referenzanforderungen; EuGH	25
Grundsatz des freien Warenverkehrs; EuGH	27
Ablehnung von Subunternehmern; BVwG.....	29
Begründung von Zuschlagsentscheidungen; LVwG	30
Zuverlässigkeit von Bietern; BVwG	32
Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen; VwGH	34
Antragslegitimation auszuscheidender Bieter; EuGH.....	36
Abkürzungsverzeichnis:	37

Bestandskraft von Festlegungen in der Ausschreibung; BVwG

BVwG vom 14.06.2016, GZ: W138 2126059-2

Leitsatz:

Auch in einem Verhandlungsverfahren werden Festlegungen des Auftraggebers bestandsfest, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fristen angefochten werden.

Sachverhalt:

Der AG führte ein Verhandlungsverfahren zum Abschluss eines Leistungsvertrags über den Betrieb von Kinder- und Jugendrehabilitationseinrichtungen nach dem Bestbieterprinzip durch.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde der Höchsttagessatz für Rehabilitanden mit EUR 225,- festgesetzt und festgelegt, dass Letztangebote, die einen höheren Tagessatz aufweisen, als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden werden. Der AG behielt sich auch ausdrücklich vor, den Höchsttagessatz - abhängig vom Ergebnis der Erstangebote bzw. der Verhandlungen in den Ausschreibungsunterlagen - für die Legung der Letztangebote anzupassen.

Nach der Erstangebotslegung und der darauffolgenden Durchführung von Verhandlungen stellte der AG den Bietern die überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung und wurden diese aufgefordert, ein verbindliches Letztangebot zu legen. In diesen „Last-and-Best-Offer-Ausschreibungsunterlagen“ wurde ua der Höchsttagessatz für Rehabilitanden auf EUR 250,- erhöht. Zudem wurde - wie schon in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen - festgelegt, dass Letztangebote mit einem höheren Tagessatz als dem vom AG festgesetzten ausgeschieden werden.

Der ASt brachte in der Folge beim BVwG einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sowie gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen ein.

Entscheidungssätze:

Zur Bestandskraft der Festlegung, wonach Letztangebote, die einen höheren als den vom AG festgesetzten Höchsttagessatz aufweisen, als den Ausschreibungsvorgaben widersprechend ausgeschieden werden, führte das BVwG in seiner rechtlichen Beurteilung wie folgt aus:

Zwar dürfe im Verhandlungsverfahren über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden und können Leistungsbestimmungen vom AG auch einseitig geändert werden, jedoch ändere dies nichts daran, dass *„auch in einem Verhandlungsverfahren Festlegungen des AG bestandsfest werden können, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen angefochten werden“*.

Gegenständlich treffe dies ua auf die oben angeführte Festlegung zu. *„Nachdem diese Bestimmung unverändert von der ersten Ausschreibungsunterlage in die*

Ausschreibungsunterlage Last and Best Offer übernommen wurde, kann diese aufgrund von Bestandfestigkeit nicht mehr angefochten werden.

Daran anknüpfend erkannte das BVwG zur Zulässigkeit der Kostenobergrenze: „Zumal es Sache des AG ist, die Anforderung an die Leistung festzulegen, spricht aus vergaberechtlicher Sicht nichts gegen eine transparente Festlegung einer Kostenobergrenze, wie im gegenständlichen Fall. Den Unterlagen des Vergabeverfahrens kann auch entnommen werden, dass sich in den angefochtenen Losen mehrere Bieter durch Legung von Angeboten beteiligt haben. Ein Wettbewerb ist daher durchaus gegeben und muss sich nicht jeder Unternehmer ungeachtet seiner technischen Möglichkeiten und seiner Fähigkeiten an dem Vergabeverfahren beteiligen können.“

Schlussfolgerung:

Eine Nichtigklärung der Ausschreibungsunterlage „Last and Best Offer“ und der darin festgelegten Höchsttagessätze kam daher nicht in Betracht und wurden die diesbezüglichen Anträge auf Nichtigklärung vom BVwG abgewiesen.

Auftragswertberechnung; VwGH

VwGH vom 20.04.2016, GZ: Ro 2014/04/0071

Leitsatz:

Es besteht keine Verknüpfung der Begriffe „Bauvorhaben“ und „Bauwerk“. Ob ein einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist ausschließlich anhand einer funktionalen Betrachtungsweise zu beurteilen. Ob mehrere Bauwerke davon umfasst sind oder die zu vergebenden Leistungen ein einziges Bauwerk betreffen, ist irrelevant.

Sachverhalt:

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen verwaltet, saniert und bewirtschaftet rund 220.000 Gemeindewohnungen. Wiener Wohnen hat vier Aufträge über Instandsetzungsarbeiten (2x Baumeisterarbeiten und 2x Glaserarbeiten) in vier verschiedenen Wohnhausanlagen mittels vier Direktvergaben vergeben. Die Auftragsvergabe verfolgte jeweils den Zweck der Bewirtschaftung der Wohnungen.

Entscheidungssätze:

Gegenstand des Einspruchs eines Unternehmens vor dem LVwG Wien war die Frage, ob die vier Bauaufträge und überhaupt alle gleichartigen Bauleistungen für die von Wiener Wohnen verwalteten Gebäude zusammenzurechnen wären.

Das LVwG Wien entschied, dass lediglich Bauleistungen an einem einzigen Bauwerk - nicht jedoch Bauleistungen an verschiedenen Bauwerken - zusammenzurechnen sind.

VwGH-Entscheidungssätze:

Die Begriffe „Bauwerk“ und „Bauvorhaben“ sind voneinander abzugrenzen. Der weiter gefasste Begriff des „Bauvorhabens“ erfasst neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen (wie Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen).

Der Begriff des „Bauwerks“ beschreibt die Herstellung eines (funktionsfähigen) Ganzen, das bis zur letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist. Ein einheitliches Bauvorhaben kann auch dann vorliegen, wenn mehrere Bauwerke von den Maßnahmen betroffen sind.

In seiner weiteren Beurteilung hielt der VwGH fest, dass bei der Berechnung des geschätzten Gesamtwerts alle zum Bauvorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Verlängerungen zu berücksichtigen sind. Für den Fall, dass sich ein Bauvorhaben in mehrere Lose unterteilen lässt und für diese jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, sind alle diese Lose gem. § 14 Abs 1 BVergG bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts zusammenzurechnen.

Für die Beurteilung, ob ein für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts maßgebliches einheitliches Vergabevorhaben iSd § 13 BVergG vorliegt, ist der Rechtsprechung des EuGH zufolge von einer - in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht - funktionellen

Betrachtungsweise auszugehen. Die gebotene funktionelle Betrachtung erfordert die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte, wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten.

Darüber hinaus ist als weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen, ob die infrage stehenden Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Diese Prüfung hat in jeden Einzelfall einer Auftragsvergabe, ausgehend von den jeweiligen tatsächlichen Umständen zu erfolgen.

Schlussfolgerung:

Der Umfang eines Bauvorhabens knüpft nicht an den Begriff des Bauwerks an. Die Zugehörigkeit einzelner beauftragter Leistungen zu einem Bauvorhaben setzt somit nicht voraus, dass diese Leistungen jeweils an demselben Bauwerk durchgeführt werden.

Laut VwGH habe das LVwG Wien primär darauf abgestellt, ob sich die zu erbringenden Leistungen jeweils auf dasselbe Bauwerk bzw. dieselbe Wohnhausanlage beziehen. Da weitere maßgebliche Umstände, wie es die gebotene funktionale Betrachtung in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfordere, außer Acht geblieben seien, wurde der Revision stattgegeben und das Erkenntnis des LVwG aufgehoben.

Praxistipp:

Nach wie vor gilt:

Liegt ein einheitliches Vergabevorhaben vor, sind alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zusammenzurechnen. Überschreitet dieser Wert die einschlägige EU-Oberschwellengrenze, sind alle Leistungen in einem Verfahren im Oberschwellenbereich mit EU-weiter Bekanntmachung zu vergeben.

Ausnahmen können sich nur aus der Kleinlosregelung ergeben (siehe VwGH vom 23.05.2014, GZ: 2013/04/0025).

Nachträgliche Verbesserung von Angeboten; VwGH

VwGH vom 4.07.2016, GZ: Ra 2016/04/0015

Leitsatz:

Festlegungen in der Ausschreibung sind nach der dazu ergangenen Rechtsprechung des VwGH auszulegen. Demnach sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann.

Sachverhalt:

Eine AG führte ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen (Linienverkehr) durch. Ein Zuschlagskriterium war die „Ersatzstellungszeit“. Je kürzer die im Angebot zugesicherten Ersatzstellungszeiten waren, desto mehr Punkte erhielten die Bieter.

In der Ausschreibung war zudem festgelegt, dass die angegebenen Ersatzstellungszeiten durch Überprüfungsfahrten kontrolliert werden können. Dazu war ergänzt: *„Die Angebotsbewertung erfolgt in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten.“* Tatsächlich führte die AG solche Überprüfungsfahrten durch. Bei einer Bieterin war die Überprüfungsfahrt deutlich kürzer (also besser) als die im Angebot zugesicherte Ersatzstellungszeit. Die Bieterin war der Ansicht, dass ihr Angebot hätte besser bewertet werden müssen, da nach der Festlegung in der Ausschreibung die Angebotsbewertung auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten erfolgen müsse und nicht aufgrund der im Angebot zugesicherten Zeiten.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien teilte diese Rechtsmeinung und erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH ist der Ansicht, dass die Bewertung anhand der im Angebot zugesicherten Ersatzstellungszeit und nicht anhand der Zeiten aus den tatsächlichen Überprüfungsfahrten zu erfolgen hatte.

„Wird die in der Ausschreibung vorgenommene Festlegung nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ausgelegt, so wird deutlich, dass die darin vorgesehenen Überprüfungsfahrten dazu dienen, zu überprüfen, ob die im Angebot angegebenen Ersatzstellungszeiten bei StVO-konformer Fahrweise realisierbar sind. Nur danach würden die im Angebot angegebenen Zeiten bewertet.“

In diesem Sinne ist in dieser Festlegung von einer *„Kontrolle der angegebenen Ersatzstellungszeiten“* durch den AG, nicht aber von einer nachträglichen Verbesserung dieser Zeiten die Rede.

„Wenn der letzte Satz dieser Festlegung sagt, die Angebotsbewertung erfolge in diesem Fall auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten, so kann er nicht isoliert dahin verstanden werden, dass er eine nachträgliche Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters erlauben würde.

Vielmehr besagt dieser Satz in gesetzeskonformer Auslegung, dass die Ergebnisse der Überprüfungsfahrten nur dann zur Grundlage der Angebotsbewertung gemacht werden, wenn sie eine längere, als die im Angebot angegebene Ersatzstellungszeit zeigen und die im Angebot angegebenen Ersatzstellungszeiten bei StVO-konformer Fahrweise nicht realisierbar sind.“

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis deutet die Festlegung *„Die Angebotsbewertung erfolgt auf Grundlage der Ergebnisse der Überprüfungsfahrten“* zwar isoliert betrachtet an, dass bei Überprüfungsfahrten statt der im Angebot zugesicherten Zeiten die tatsächlichen Zeiten der Überprüfungsfahrten für die Angebotsbewertung herangezogen werden. Laut VwGH ist eine solche Auslegung jedoch unzulässig, weil Festlegungen in der Ausschreibung im Zweifel gesetzeskonform zu interpretieren sind und sonst eine nachträgliche Verbesserung des Angebots zugelassen würde.

Die Angebotsbewertung hätte somit nach den Angaben im Angebot durchgeführt werden müssen. Die Überprüfungsfahrten dienten ausschließlich dazu, die Einhaltung dieser Angaben zu überprüfen, und nur bei schlechteren Zeiten wären diese anstatt der zugesicherten Zeiten zur Bewertung herangezogen worden.

Nachweis der Leistungsfähigkeit; VwGH

VwGH vom 4.07.2016, GZ: Ra 2016/04/0085

Leitsatz:

Von einem Bieter alternativ vorgelegte Eignungsunterlagen müssen nicht nur geeignet sein, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (abstrakt) darzutun, sondern es muss damit das gleiche Niveau an Eignung nachgewiesen werden, welches der AG mit den ursprünglich von ihm verlangten Unterlagen nachgewiesen haben wollte.

Der AG ist dann allerdings in der Folge bei der Eignungsprüfung - und somit auch bei der Prüfung der alternativ vorgelegten Eignungsnachweise, an diese - laut Ausschreibung bestandfeste - Festlegung gebunden und hat hinsichtlich aller Bieter den gleichen Maßstab zugrunde zu legen.

Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen eines offenen Verfahrens wurde vom AG tandsfest festgelegt, dass hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit als Mindeststandard eine KSV-Auskunft mit einem geforderten Rating zwischen 100 und 350 vorzulegen ist. Weiters sahen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass - wenn die geforderten Urkunden/ Eignungsnachweise aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können - gleichwertige Bescheinigungen vorzulegen sind. Die präsumtive ZE legte eine KSV-Auskunft mit einem Rating von „0“ und andere Eignungsnachweise zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit vor.

Die ergangene Zuschlagsentscheidung wurde vom ASt im Wesentlichen mit der Begründung angefochten, dass die geforderte KSV -Auskunft mit einem Rating zwischen 100 und 350 nicht substituierbar sei.

Entscheidungssätze:

Der UVS Tirol wies den Nachprüfungsantrag im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass § 74 Abs 2 BVergG demonstrativen Charakter habe, was bedeute, dass weitere Nachweise bzw. auch andere Nachweise ebenfalls zulässig sind.

Der VwGH hob das Erkenntnis des UVS Tirol ua mit der Begründung auf, dass *„insbesondere zu untersuchen gewesen wäre, warum die Bewertung seitens des KSV ausgesetzt (und das Rating somit auf 0 gesetzt) worden sei“*.

Mit neuerlichem Erkenntnis wies das LVwG Tirol den Nachprüfungsantrag wiederum ab. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass sich aus einer Zusammenschau der herangezogenen Urkunden eindeutig ergebe, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven ZE bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben gewesen sei.

Die ASt bekämpfte das Erkenntnis mit der Begründung, dass eine nicht näher differenzierte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit angenommen worden sei, aber nicht geprüft wurde, ob aus den vorgelegten Unterlagen ein Standard gleichwertig mit demjenigen hervorgehe, den die AG in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt habe.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH hielt dazu fest, dass nur die Art des Nachweises, nicht aber das nachzuweisende Eignungsniveau substituiert werden kann. Bieter, die alternative Nachweise vorlegen, dürfen nicht bevorzugt werden, indem sie nur einen geringeren Eignungsstandard nachweisen müssen.

„Mit den vom Bieter alternativ vorgelegten Unterlagen muss damit das gleiche Niveau an Eignung nachgewiesen werden, welches der Auftraggeber mit den ursprünglich von ihm verlangten Unterlagen nachgewiesen haben wollte.“

Schlussfolgerung:

Da nicht geprüft wurde, ob die vom AG alternativ herangezogenen Unterlagen hinsichtlich ihrer Aussagekraft einem nachgewiesenen KSV-Rating zwischen 100 und 350 gleichwertig sind, wurde der Revision stattgegeben.

Das LVwG Tirol hat daher im nunmehr dritten Rechtsgang die Gleichwertigkeit des Eignungsniveaus zu prüfen.

Kürzung von EU-Förderungen durch Vergaberechtsverstoß; EuGH

EuGH vom 14.07.2016, GZ: C-406/14, Wroclaw

Leitsatz:

Ein Verstoß gegen die Vorschriften der öffentlichen Auftragsvergabe in Form einer unzulässigen Beschränkung der Subvergabe, kann zu einer nachträglichen Kürzung von EU-Förderungen führen.

Sachverhalt:

Die polnische Stadt Wroclaw führte ein Vergabeverfahren über den Bau einer Straße durch. Für dieses Projekt wurde eine Finanzhilfe der Europäischen Union (Kohäsionsfonds und EFRE-Fonds) gewährt.

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass der AN verpflichtet ist, mindestens 25% der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen. Der Vertrag wurde mit einem ausgewählten Teilnehmer abgeschlossen.

Nach Ausführung des Auftrags prüfte jene Behörde, die mit der Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit bestimmter von der EU kofinanzierter Projekte betraut ist, das Projekt. Sie kam dabei zur Auffassung, dass die in der Ausschreibung festgelegte Beschränkung der Subvergabe gegen die Vergabe-RL 2004/18/EG verstoße und ein Risiko der Störung des Wettbewerbsgleichgewichts mit sich bringe, das sich in einer Erhöhung der Angebotspreise niederschlagen könnte. Weil diese Vergaberechtswidrigkeit eine „Unregelmäßigkeit“ iS der Allgemeinen Strukturfonds-VO darstelle, forderte die Behörde eine finanzielle Berichtigung (Rückzahlung) iHv 5% des Zuschusses (fast € 2 Mio).

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH bestätigte zunächst die Auffassung der Prüfbehörde, wonach die Beschränkung der Subvergabe unzulässig war: *„Die Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass es nicht zulässig ist, dass ein öffentlicher AG in einer Klausel der Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Bauauftrags vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat“.*

Zur Rückforderung der EU-Förderungen führte der EUGH aus, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe eine *„Unregelmäßigkeit“ iS der Allgemeinen Strukturfonds-VO darstellt, die eine finanzielle Berichtigung erforderlich macht. Etwas Anderes gilt nur, wenn die Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, dass dieser Verstoß eine Auswirkung auf den Haushalt des betreffenden Fonds hatte.*“

Schlussfolgerung:

Damit verstößt eine prozentuale Beschränkung der Subvergabe in einer Ausschreibung gegen die Vergabe-RL 2004/18/EG und kann eine solche Festlegung dazu führen, dass EU-Förderungen im Rahmen der Allgemeinen Strukturfonds-VO nachträglich gekürzt werden. Dass die rechtswidrige Klausel zum Zeitpunkt der Rückforderung bereits präkludiert ist, spielt dabei keine Rolle.

Ausreichende Begründungspflicht; LVwG Salzburg

LVwG Salzburg vom 15.07.2016, GZ: 405-5/13/1/22-2016

Leitsatz:

Ein eingebrachter Nachprüfungsantrag, mit dem mehrere vom AG vorgenommene Festlegungen in der Ausschreibung angefochten werden, muss eine ausreichende Begründung enthalten. Ansonsten droht eine Abweisung.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurde eine Rahmenvereinbarung für Verkehrsdienstleistungen (Linienbus) mit einem Auftragswert von € 2 Mio. Die ASt bekämpfte verschiedene Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Entscheidungssätze:

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass die Haftung bzw. die Schadenersatzpflicht des AG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz beschränkt ist, wobei die Beweislast auf den Bieter überwältzt wurde.

Die ASt monierte, dass die Bieter zusätzlich auch auf jeglichen Haftungsanspruch gegenüber dem AG verzichten müssen, wenn nachträglich vom LVwG ein vergaberechtlicher Verstoß festgestellt werde. Eine solche Einschränkung der Haftung der AG sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH und der Rechtsmittel-RL unzulässig.

Das LVwG teilte diese Rechtsansicht nicht und hielt fest, dass die Einschränkung zulässig sei, weil sie die Bieter nicht benachteilige, da diese Festlegung alle Bieter im gleichen Umfang treffe und im Vorhinein klar definiert ist, weshalb kein unkalkulierbares Risiko vorliegt.

Die ASt monierte auch, dass die Pönale-Bestimmungen überschießend und aufgrund fehlender Deckelung sittenwidrig und unsachlich seien.

Dem gegenüber hielt das LVwG fest, dass Vertragsstrafen gem. § 99 Abs 1 BVergG in den Vertragsbestimmungen des Leistungsvertrags festzulegen seien. Die Höhe einer Vertragsstrafe liege im Ermessen der Vertragsparteien. Im Hinblick auf den zu verhindernden Nachteil seien die Pönale angemessen.

„Die von der Antragstellerin vorgelegten Beispiele für Pönale sind kaum auf die ggst Ausschreibung anwendbar und unterliegen auch nicht der vergaberechtlichen Nachprüfungskompetenz als zivilrechtlicher Bestandteil des Leistungsvertrages.“ Die ASt monierte ferner, dass die Pönale für das Nichttragen des Namensschilds (des Unternehmens) in Höhe von fünf Prozent des monatlichen Gesamtentgelts, die bei mehr als fünf Verstößen geltend gemacht werden kann, unzulässig sei. Das LVwG teile die Rechtsansicht der ASt nicht, weil diese Verhaltensbestimmung zeitgemäß und im Hinblick auf die Kundenorientierung als wesentliche Bedienungsqualität zu bewerten sei. Die Festlegung

bewirke auch keine vergaberechtliche Ungleichbehandlung, weil alle Bieter in diesem Regelungsbereich gleichbehandelt werden. Weder sei die Regelung unsachlich noch unkalkulierbar. Schließlich monierte die ASt noch, dass das Zuschlagskriterium des Fahrzeugalters mit dem Parameter des Datums der Erstzulassung nicht sachlich sei. Fahrzeuge mit einer geringeren Kilometerlaufleistung seien besser zu bewerten. Laut LVwG ist das Datum der Erstzulassung zulässig und üblich.

Schlussfolgerung:

Insgesamt wurde der Nachprüfungsantrag in allen angefochtenen Punkten abgewiesen, da das LVwG Salzburg in keinem der Punkte einen vergaberechtlich begründeten Anfechtungsgrund sah.

Angebot eines nicht eingeladenen Bieters; LVwG Steiermark

LVwG Steiermark vom 23.01.2017, GZ: 45.16-3484/2016

Leitsatz:

Ein Angebot eines gar nicht eingeladenen Bieters muss vom AG nicht zwingend ausgeschieden werden.

Sachverhalt.

Zur Vergabe von Baumeisterarbeiten führte eine Gemeinde ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung durch. U.a. wurde das (rechtlich nicht existente) Unternehmen *Ing. H GmbH & Co KG* (zu Händen *Herrn Ing. X*) zur Angebotslegung eingeladen. Rechtlich existent hingegen sind die *X Baugesellschaft mbH & Co KG* sowie deren unbeschränkt haftender Gesellschafter, die *X Baugesellschaft mbH*. *Herr Ing. X* ist jeweils Geschäftsführer dieser Gesellschaften.

Die *X Baugesellschaft mbH* legte schließlich im bezeichneten Vergabeverfahren ein Angebot, welches durch den AG gem. § 129 Abs 1 Z 10 BVergG (Angebote von nicht aufgeforderten Bietern) ausgeschieden wurde.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Steiermark kam unter Zugrundelegung folgender Grundsätze zu dem Ergebnis, dass diese Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären ist:

„Nach herrschender Judikatur stellt die Ausschreibung wie auch die Einladung zur Angebotslegung im Rahmen des nicht offenen Verfahrens eine zivilrechtliche Willenserklärung des AG dar. Bei ihrer Auslegung geht es nicht um eine Wortinterpretation, sondern um den objektiven Erklärungswert. Der Wille des Auftraggebers kann deshalb nicht allein gelten, weil der Schutz des Vertrauens der Mitbewerber - im ggst. Fall des ASt zu beachten ist.

Die Ausschreibung ist nach der Vertrauens Theorie (§§ 863, 914 ABGB) auszulegen. *Bei der Auslegung der Ausschreibung habe der öffentliche Auftraggeber daher jede Auslegungsvariante gegen sich gelten zu lassen, die auf einer objektiv redlichen Interpretation der Ausschreibung beruht.“*

Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass das Aufforderungsschreiben an *Herrn Ing. X* persönlich adressiert war, entspricht es nach Ansicht des LVwG durchaus einer objektiv redlichen Interpretation, dass die *X GmbH* davon ausging, dass die Einladung tatsächlich an sie adressiert war. Dies insbesondere auch deshalb, da sie an eben dieser Adresse ihren Firmensitz hat und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang auch mehrfach vom AG zur Angebotslegung in anderen Vergabeverfahren eingeladen wurde.

Das LVwG Steiermark wies das Argument des AG zurück, wonach der ASt keine Rückfragen gestellt habe und begründet dies damit, dass gem § 78 Abs 9 BVergG der AG bei der Erstellung der Ausschreibung und ebenso bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe Sorgfalt walten zu lassen hat und die Vorbereitung einer Ausschreibung nur solchen Personen zu übertragen hat, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen.

Schlussfolgerung:

Inwiefern diese Entscheidung des LVwG Steiermark jedoch mit den Vorschriften des BVergG zum nicht offenen Verfahren in Einklang zu bringen ist, erscheint fraglich: Gem § 102 BVergG darf der AG nur befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zur Angebotslegung auffordern. Dementsprechend trifft den AG bereits vor Angebotsaufforderung eine Pflicht zur Eignungsprüfung der einzuladenden Unternehmen.

Im gegenständlichen Fall ist eine Eignungsprüfung offenbar nicht erfolgt, ansonsten wäre die Aufforderung nicht an ein nicht existentes Unternehmen ergangen.

Mitteilung der Zuschlagsentscheidung; LVwG Steiermark

LVwG Steiermark vom 30.06.2016, GZ: 443.20-1379/2016

Leitsatz:

In einem Bestbieterverfahren lässt nur eine genaue Gegenüberstellung der Angebote erkennen, aus welchen - den Bietern bekannt zu gebenden Gründen - die Zuschlagsentscheidung nach § 131 Abs 1 BVergG zugunsten des einen und zulasten des anderen Bieters erfolgt ist.

Sachverhalt:

Die vom ASt bekämpfte Zuschlagsentscheidung hatte folgenden Inhalt: Eine Mitteilung, dass aufgrund der Bestbieterermittlung beabsichtigt sei, den Zuschlag dem präsumtiven ZE zu erteilen. Angefügt war eine Tabelle, in der die Angebotspreise des präsumtiven ZE und der ASt gegenübergestellt wurden.

Beide Bieter haben denselben Angebotspreis angeboten, weshalb beide Bieter 40 gewichtete Punkte erhielten.

Zur Bewertung der Qualitätskriterien wurde ausgeführt, *„dass der präsumtive ZE beim Subkriterium Qualität, Persönliche Referenz 1 aufgrund seiner vorgelegten und geprüften Qualifikation und Referenz 25 gewichtete Punkte erhalten habe. Die ASt habe mit ihrer Qualifikation, Persönliche Referenz 1 24,50 gewichtete Punkte erhalten.“*

Dieselbe wörtliche Begründung war für die Bewertung des Subkriteriums Qualität, Persönliche Referenz 2 sowie 3 und 4 angeführt, weshalb das Angebot des präsumtiven ZE insgesamt im Zuschlagskriterium Qualität mit 60 gewichteten Punkten bewertet wurde; jenes der ASt mit insgesamt 58,80 gewichteten Punkten.

Daneben war der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu entnehmen, dass der präsumtive ZE daher insgesamt 100 Punkte und die ASt 98,80 Punkte erhielt.

Die ASt bekämpfte die Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, dass in der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung jegliche Begründung - insbesondere die genauen Ablehnungsgründe - fehlen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG stellte zunächst klar, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung die genauen Gründe für die Ablehnung des Angebots und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots darzustellen sind. Es kommt dabei darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierterer Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

Eine Zuschlagsentscheidung entspricht dann nicht den Kriterien des § 131 Abs 1, wenn aus ihr nur hervorgeht, dass Bestbieterin und ASt denselben Preis angeboten haben, die

Bestbieterin 100 Punkte und die ASt 98,80 Punkte erreicht hat und lediglich abstrakt angeführt ist, dass diese Angebote hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Qualität aufgrund der vorgelegten geprüften Qualifikation und Referenz jeweils 25 bzw. 24,50 gewichtete Punkte erhalten haben.

Aus einer solchen Begründung lässt sich nämlich nicht einmal erschließen, welche Merkmale im Rahmen dieser Arbeiten geprüft bzw. verglichen wurden. Dem Nachprüfungsantrag wurde daher stattgegeben.

Schlussfolgerung:

Die im BVergG angeführten Mindestanforderungen an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sind vom AG daher genau einzuhalten.

Prokuristen sind Geschäftsführer; VwGH

VwGH vom 12.09.2016, GZ: Ra 2015/04/0081

Leitsatz:

Prokuristen sind als in der Geschäftsführung tätige Personen iSd § 68 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG anzusehen und deshalb ist von diesen auch ein Strafregisterauszug vorzulegen.

Sachverhalt:

Dem Erkenntnis vorausgegangen war die Nicht-Zulassung einer Bewerbergemeinschaft zur 2. Stufe eines Vergabeverfahrens u.a. deshalb, weil sie nach Ansicht der AG aufgrund fehlender Strafregisterauszüge ihre berufliche Zuverlässigkeit nicht ausreichend nachgewiesen hätte. Der darauffolgende Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung wurde vom BVwG abgewiesen, woraufhin sich die Bewerbergemeinschaft an den VwGH wandte.

Gegenständlich verlangten die Ausschreibungsunterlagen die Vorlage einer Strafregisterbescheinigung oder einer gleichwertigen Bescheinigung „*sämtlicher Geschäftsführer und sonstiger in der Geschäftsführung tätigen natürlichen Personen*“.

VwGH-Entscheidungssätze:

Zunächst verweist der VwGH auf Art 45 RL 2004/18/EG, wonach der Kreis der vom AG zu prüfenden Personen sehr weit zu ziehen ist.

Demnach sind „*juristische und/oder natürliche Personen, gegebenenfalls auch die jeweiligen Unternehmensleiter oder jede andere Person, die befugt ist, den Bewerber oder Bieter zu vertreten, in seinem Namen Entscheidungen zu treffen oder ihn zu kontrollieren*“ von der Nachweispflicht betroffen.

Bei der Beurteilung, ob Prokuristen Geschäftsführer im Sinne des § 68 Abs 1 sind, handelt es sich um keine Einzelfallprüfung. Vielmehr ist eine typisierende Betrachtungsweise vorzunehmen, welche sowohl Auftraggebern als auch Bietern Sicherheit über den erfassten Personenkreis bietet.

Wäre dies nicht der Fall, würde dem AG ein Ermittlungsaufwand überbürdet, wonach festzustellen wäre, welche natürlichen Personen im konkreten Fall Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person haben. Dies stünde in einem Spannungsverhältnis zur effizienten Abwicklung von Vergabeverfahren. Der AG soll davor geschützt werden, ein Vertragsverhältnis mit einem Unternehmer einzugehen, der auf Grund bestimmter Umstände keine Gewähr dafür bietet, die bei einer Leistungserbringung zu beachtenden rechtlichen Vorgaben einzuhalten.

Weiters verweist der VwGH auf eine Bestimmung des Verbandverantwortlichkeitsgesetzes. Die Definition des § 2 Abs 1 VbVG zählt Prokuristen zu den Entscheidungsträgern.

Die Formulierung des § 68 Abs 1 („in der Geschäftsführung tätig“) ist außerdem weit gefasst, wonach auch Personen umfasst sein können, welche nicht dem Organ der Geschäftsführung angehören.

Unter Verweis auf § 49 UGB hält der VwGH fest, dass es durchaus dem Ziel dieser Bestimmung entspricht, wenn sämtliche Personen, die zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, ermächtigt sind, einer näheren Zuverlässigkeitsprüfung unterzogen werden.

Schließlich hält der VwGH fest, dass die Rechtsordnung auch in anderem Zusammenhang (etwa im ASVG) Prokuristen als in der Geschäftsführung tätige Personen ansieht.

Schlussfolgerung:

Prokuristen sind als Geschäftsführer iSd § 68 Abs 1 Z 1 und Z 4 BVergG anzusehen und daher von der Zuverlässigkeitsprüfung umfasst. Im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung sind Strafregisterauszüge daher nicht nur für Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder, sondern auch für Prokuristen vorzulegen und zu prüfen.

Dadurch steigt der administrative Aufwand sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite erheblich. Ob dadurch die vom VwGH selbst erwähnte „effiziente Abwicklung des Vergabeverfahrens“ gefördert wird, sei dahingestellt.

Soziale Zuschlagskriterien; LVwG Salzburg

LVwG Salzburg vom 23.09.2016, GZ: 405-5/18/1/18-2016

Leitsatz:

Die Zuschlagskriterien „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ und „ältere Mitarbeiter“ sind vergaberechtswidrig, weil sie sich rein auf die Unternehmen der Bieter und nicht auf den Auftragsgegenstand beziehen.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben wurde ein Bauauftrag zur Errichtung von Lärmschutzwänden auf zwei Bundesstraßen. Neben dem Preis wurden als Zuschlagskriterien ua die Kriterien „Mitarbeiter mit bestehen dem Ausbildungsverhältnis“ und „ältere Mitarbeiter“ festgelegt.

Im Kriterium „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ sollte der Anteil der vom Bieter auszubildenden Lehrlinge (und anderen Auszubildenden) im Verhältnis zum Gesamtpersonal des Bieters bewertet werden.

Hinsichtlich des Kriteriums „Mitarbeiter - ältere Mitarbeiter“ legten die Ausschreibungsunterlagen fest, dass der Anteil der älteren Dienstnehmer (50. Lebensjahr vollendet) im Verhältnis zum Gesamtpersonalstand besser bewertet wird.

Gegen diese Ausschreibungsbestimmungen richtete sich der eingebrachte Nachprüfungsantrag. Der ASt erachtete die oben angeführten Zuschlagskriterien für vergaberechtswidrig, weil es sich dabei um rein unternehmensbezogene Kriterien handle, die nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen würden.

Entscheidungssätze:

Mit Verweis auf die einschlägige Literatur hielt das LVwG zunächst fest, dass Zuschlagskriterien auftragsbezogen sein müssen. Gemäß den Erläuterungen zu § 2 Z 20 lit d BVergG bestehe die Aufgabe der Zuschlagskriterien darin, die Qualität der Angebote zu bewerten; folglich müssen sich die Zuschlagskriterien auf den Vertragsgegenstand beziehen.

Das LVwG Salzburg führte weiter aus, dass der VwGH in diesem Zusammenhang bereits festgehalten hat, dass die Eignungskriterien der Prüfung bzw der Auswahl der Bieter selbst dienen. Hingegen dienen die Zuschlagskriterien der Bewertung der Angebote und müssen daher mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.

Auch habe der EuGH bereits festgehalten, „*dass als Zuschlagskriterien Kriterien ausgeschlossen sind, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen*“.

Zum vorliegenden Fall hielt das LVwG Salzburg fest, dass den in Rede stehenden Zuschlagskriterien *„die vom Gesetz, von der Rechtsprechung und von der Literatur für Zuschlagskriterien geforderte Auftragsbezogenheit fehlt.*

Schlussfolgerung:

Bei den Zuschlagskriterien „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ und „ältere Mitarbeiter“ wird lediglich auf das Unternehmen des Bieters, und zwar auf die im Unternehmen beschäftigten Auszubildenden und die im Unternehmen beschäftigten älteren Dienstnehmer, abgestellt, ohne dass in diesen Kriterien in irgendeiner Weise auf den vorliegenden Auftragsgegenstand Bezug genommen wird.

Ist der ORF ein öffentlicher Auftraggeber? VwGH

VwGH vom 23.11.2016, GZ: Ra 2016&04/0021

Leitsatz:

Der ORF ist als Einrichtung öffentlichen Rechts nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren.

Sachverhalt:

Im ggst. Anlassfall hatte der VwGH die Frage zu beantworten, ob es sich beim Österreichischen Rundfunk um einen öffentlichen AG iS des BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des BVwG zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist.

Entscheidungssätze:

Für die Auftraggebereigenschaft nach § 3 Abs 1 Z 3 BVergG (Einrichtungen des öffentlichen Rechts) müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

Die Einrichtung muss zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (lit a), und zumindest teilrechtsfähig sein (lit b) und überwiegend durch öffentliche Stellen finanziert werden oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch öffentliche Stellen unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan besteht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Stellen ernannt worden sind (lit c).

VwGH-Entscheidungssätze:

Der ORF wurde als Stiftung des öffentlichen Rechts eingerichtet und besitzt Rechtspersönlichkeit.

Zu den Beherrschungstatbeständen des § 3 Abs 1 Z 2 lt c BVergG hielt der VwGH fest, dass das fortlaufende Programmentgelt (Radioentgelt, Fernsehentgelt) als überwiegende Finanzierung iSd lit c anzusehen ist, weil es insbesondere unabhängig von der Häufigkeit und der Güte der Sendungen oder ihres Empfangs zu zahlen ist, sofern die Möglichkeit des Empfangs besteht.

Darüber hinaus unterliegt der ORF in seiner Gebarung der Kontrolle des Rechnungshofs. Dem Stiftungsrat, der mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen AG ernannt worden sind, kommt die Überwachung der Geschäftsführung und damit die Funktion als Aufsichtsorgan zu. Insgesamt ist die Beherrschung iSd lit c deshalb gegeben.

Der ORF ist auch zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, nämlich den ihm übertragenen öffentlich-rechtlichen Auftrag, zu erfüllen.

Bei der Prüfung der Frage, ob Aufgaben nicht gewerblicher Art ausgeübt werden, sind alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wie etwa die Umstände, die zur

Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt. Weiters ist das relevante wirtschaftliche Umfeld („Referenzmarkt“) zu berücksichtigen, um festzuhalten, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen ausübt.

Keiner der im österreichischen Markt tätigen Konkurrenten verfügt wie der ORF über die Möglichkeit der Finanzierung seiner Tätigkeit durch ein Programmentgelt wie in § 31 ORF-G geregelt. Der ORF habe „quasi ein Monopol“. Dem öffentlich-rechtlichen Auftrag wird auch „erhebliche Bedeutung“ eingeräumt. Daher ist auch die Annahme berechtigt, dass „die Abschaffung dieses Systems“ selbst dann nicht zugelassen wird, wenn es mit Verlust arbeiten sollte.

Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der ORF das wirtschaftliche Risiko seiner unternehmerischen Tätigkeit selbst zu tragen hat.

Damit kann der öffentlich-rechtliche Auftrag als Aufgabe nicht gewerblicher Art nach § 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergG qualifiziert werden.

Schlussfolgerung:

Unbeachtlich ist, dass die betreffende Einrichtung nicht nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe hat, sondern - in Gewinnerzielungsabsicht - auch andere Tätigkeiten ausübt, solange sie weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich.

Ausschluss wegen schwerer beruflicher Verfehlung; EuGH

EuGH vom 14.12.2016, GZ: C 171/15

Leitsatz:

Die Ausschlussgründe für Unternehmen von einem Vergabeverfahren können von den Mitgliedsstaaten flexibel gestaltet werden.

Sachverhalt:

Ein niederländischer AG führte ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages durch, wobei am Verfahren ua die spätere ASt und eine Bietergemeinschaft teilnahmen. Mit Schreiben vom 8.10.2012 teilte der AG der späteren ASt mit, dass ihr Angebot den zweiten Platz belegte und beabsichtigt sei, den Auftrag an die erstgereichte Bietergemeinschaft zu vergeben.

Am 20.11.2012 verhängte die niederländische Wettbewerbsbehörde gegen zwei Unternehmen der Bietergemeinschaft sowie gegen Führungskräfte dieser Unternehmen Geldbußen wegen Verstößen gegen das niederländische Wettbewerbsgesetz.

Der AG ging von einer schweren beruflichen Verfehlung aus, hielt aber an seiner Entscheidung über die Vergabe des Auftrags an die Bietergemeinschaft fest, weil es seiner Ansicht nach unverhältnismäßig wäre, die Bietergemeinschaft aufgrund einer solchen Verfehlung auszuschließen.

Entscheidungssätze:

Die Niederlande haben die Möglichkeit, einem Wirtschaftsteilnehmer wegen einer schweren beruflichen Verfehlung auszuschließen, dem öffentlichen AG durch Verordnung übertragen. Damit kann der öffentliche AG für jedes Verfahren selbst festlegen, ob der Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung zur Anwendung kommt.

Erklärt ein öffentlicher AG den Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung in einem Vergabeverfahren für anwendbar, ist er bei Feststellung einer solchen Verfehlung des Bieters verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Ausschluss tatsächlich vorzunehmen ist.

Schlussfolgerung:

Der EuGH kommt daher zu dem Ergebnis, „*dass das Unionsrecht, insbesondere Art 45 Abs 2 der Richtlinie 2004/18, dem nicht entgegensteht, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einen öffentlichen AG verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, tatsächlich auszuschließen ist*“.

Nachweis von Referenzanforderungen; EuGH

EuGH vom 4.05.2017, GZ: Rs C-387/14

Leitsatz:

Der Nachweis von Referenzanforderungen durch die Kombination von mehreren Einzelreferenzen ist grundsätzlich möglich.

Sachverhalt:

Ausgeschrieben waren Kauf und Lieferung eines Krankenhaussystems für die Verwaltung des administrativen und des medizinischen Bereichs eines Krankenhauses. Jeder Bieter hatte zum Nachweis seiner Eignung u.a. zwei Referenzprojekte vorzulegen, die jeweils die Erbringung von Leistungen in diesen beiden Teilbereichen beinhalten sollten. Zudem wurde der Auftrag von der AG als unteilbar angesehen.

Ein Bieter legte zwei Referenzprojekte vor, die durch eine ARGE, an welcher der Bieter (beim damaligen Auftrag) beteiligt war, erbracht wurden. Im Zuge einer Aufforderung zur Verbesserung seines Angebots stellte sich heraus, dass konkrete Leistungen in den Referenzen nicht durch den Bieter, sondern durch ein damaliges ARGE-Mitglied erbracht wurden, und in den beiden vom Bieter angeführten Referenzen jeweils nur einer der oben angeführten Teilbereiche (und nicht jeweils beide) Gegenstand der Auftragsleistung war.

Auf Aufforderung durch die AG verbesserte der Bieter im Anschluss sein Angebot erneut, und legte neue (andere) Referenzprojekte vor, wobei er sich hierzu nunmehr auch noch auf die Kapazitäten eines anderen (erst im Zuge der Verbesserung namhaft gemachten) Unternehmens berief.

Neben Fragen, zur allgemeinen Zulässigkeit einer nachträglichen Verbesserung eines Angebots durch Vorlage zusätzlicher Referenzprojekte und zu Gültigkeitserfordernissen in Hinblick die Vorlage von ARGE- und Subunternehmer-Referenzen, beurteilte der EuGH insbesondere auch die Frage, ob der Nachweis von Referenzanforderungen durch eine „Kombination“ mehrerer Einzelreferenzen des Bieters zulässig ist.

EuGH-Entscheidungssätze:

Dazu führte der EuGH aus, dass es Bietern verwehrt ist, zum Nachweis der Eignung - nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Bewerbungen - Unterlagen vorzulegen, die im ursprünglichen Angebot des Bieters nicht enthalten waren; es einem Bieter, der als Einzelner an einem Verfahren teilnimmt, nicht möglich ist, die Erfahrung einer ARGE geltend zu machen, an der er im Rahmen eines anderen öffentlichen Auftrags beteiligt war, wenn er sich nicht tatsächlich und konkret an dessen damaligen Ausführung beteiligt hat.

Interessant waren aber insbesondere die Ausführungen des EuGH zur Frage, ob es zulässig ist, dass sich ein Bieter zum Nachweis seiner Erfahrung auf zwei oder mehr Verträge aus anderen Aufträgen berufen kann.

Der EuGH stellte hierzu klar, dass der „Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen ist, dass er es einem Wirtschaftsteilnehmer ermöglicht, Erfahrung geltend zu machen, indem er sich auf zwei oder mehr Verträge beruft, es sei denn, der öffentliche Auftraggeber hat eine solche Möglichkeit in der Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen.

Schlussfolgerung:

Anders gesagt können AG demnach in der Ausschreibung grundsätzlich Festlegungen treffen bzw. Anforderungen an bestimmte Kapazitäten aufstellen und konkrete Modalitäten vorgeben, nach denen Bieter ihre Eignung nachzuweisen haben (wie beispielsweise, dass der Nachweis der Erfahrung eines Bieters nicht unter Berufung auf zwei oder mehr Verträge erfolgen darf).

Im vorliegenden Fall hat die AG aber eine solche Festlegung allerdings nicht getroffen und auch nicht ausgeschlossen.

Dazu der EuGH: „Unter diesen Umständen kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die für die Ausführung des betreffenden Auftrags erforderliche Erfahrung, die der Wirtschaftsteilnehmer nicht im Rahmen eines einzigen Vertrags, sondern im Rahmen von zwei oder mehr unterschiedlichen Verträgen erworben hat, von dem öffentlichen Auftraggeber als ausreichend angesehen wird und es so dem Wirtschaftsteilnehmer erlaubt, den Zuschlag für den in Rede stehenden öffentlichen Auftrag zu erhalten.“

Grundsatz des freien Warenverkehrs; EuGH

EuGH vom 8.06.2017, GZ: Rs C-296/15

Leitsatz:

Der Grundsatz des freien Warenverkehrs kann grundsätzlich durch bestimmte Klauseln in den Ausschreibungsunterlagen nicht eingeschränkt werden.

Sachverhalt:

Gegenstand der Prüfung war eine Klausel in den Ausschreibungsunterlagen eines slowenischen Krankenhauses zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über die Beschaffung zweier Arten von aus Plasma gewonnenen Arzneimitteln.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde angegeben, dass die Arzneimittel, die Gegenstand des Auftrags waren, „aus slowenischem Plasma“ erzeugt sein mussten. Das Krankenhaus begründete die Festlegung damit, dass sich diese Anforderungen aus dem nationalen Recht ergäben, dass sie aus wissenschaftlicher Sicht gerechtfertigt seien und dass sie außerdem mit dem in den Richtlinien vorgesehenen Ziel der Selbstversorgung in der Union übereinstimmten.

Entscheidungssätze:

Aus dem Wortlaut der Richtlinien geht klar hervor, dass in technischen Spezifikationen auf eine bestimmte Herkunft nur dann verwiesen werden darf, wenn der Auftragsgegenstand es rechtfertigt, und dass dies nur ausnahmsweise zulässig sein kann. Jedenfalls ist der Hinweis auf eine technische Spezifikation wie eine Herkunft oder einen bestimmten Ursprung mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Das Krankenhaus hat dadurch, dass es den Zusatz „oder gleichwertig“ weggelassen hat, nicht nur die Wirtschaftsteilnehmer, die über ähnliche Arzneimittel verfügen, davon abgehalten, an der Ausschreibung teilzunehmen, sondern auch die Einfuhrströme im Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindert, indem der Markt für aus slowenischem Plasma gewonnene Arzneimittel dem Institut vorbehalten bleibt.

Zu prüfen war jedoch, ob die Klausel mit dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gerechtfertigt werden kann. Dabei ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen, wobei dem öffentlichen AG ein Beurteilungsspielraum zukommt.

EuGH-Entscheidungssätze:

Eine Regelung, die eine durch den Vertrag gewährleistete Grundfreiheit wie den freien Warenverkehr beschränken kann, lässt sich aber nur dann mit Erfolg rechtfertigen, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

Schlussfolgerung:

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass sich eine Beschränkung, wie sie sich aus der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung ergibt, als nicht geeignet erweist, die angeführten Ziele zu erreichen und daher nicht als durch die Verwirklichung dieser Ziele gerechtfertigt angesehen werden kann.

Ablehnung von Subunternehmern; BVwG

BVwG vom 16.03.2017; GZ: W 134 2147309-2

Leitsatz:

Der Auftraggeber hat das Recht, einen Subunternehmer vor Zuschlagserteilung abzulehnen.

Sachverhalt:

Im ggst. Nachprüfungsverfahren bekämpfte die ASt die Zuschlagsentscheidung und begründete dies im Wesentlichen damit, dass das Angebot der präsuntiven ZE wegen fehlender Zuverlässigkeit eines Subunternehmers und der fehlenden Eignung der präsuntiven ZE selbst auszuschneiden wäre.

Dass die Eignung des Subunternehmers nicht im erforderlichen Umfang gegeben sei, stellte die AG bereits während der Allgebotsprüfung fest und lehnte ihn daher ab.

Aber auch die Ablehnung des Subunternehmers erachtete die ASt als rechtswidrig. Das entsprechende Vorbringen, *„dass, bei der Namhaftmachung der Subunternehmer eine nachträgliche Änderung nach der Rechtsprechung unzulässig sei und die Ablehnung eines Subunternehmers vor Zuschlagserteilung eine unzulässige nachträgliche Änderung des Angebotes sei“*, ging nach Ansicht des BVwG jedoch ins Leere.

Entscheidungssätze:

Das BVwG verwies diesbezüglich auf § 83 BVergG, in welchen ein solches Ablehnungsrecht des AG vor Zuschlagserteilung vorgesehen ist. Bereits aus dem Vergabeakt ergibt sich, dass es sich bei dem abgelehnten Subunternehmer um einen nicht erforderlichen Subunternehmer handelt und die präsuntive ZE darüber hinaus auch einen zweiten Subunternehmer für die gleichen Leistungen namhaft gemacht hat. Daher gehen die diesbezüglichen Ausführungen der ASt ins Leere.

Schlussfolgerung:

Da die nicht erforderliche Subunternehmerin X somit von der AG ohnedies abgelehnt wurde, erübrigte sich ein weiteres Eingehen auf das diesbezügliche Vorbringen der ASt. Das Angebot als solches verblieb weiterhin im Vergabeverfahren. Auch hinsichtlich der Eignung der präsuntiven ZE konnte das BVwG keine Mängel feststellen und kam zu dem Ergebnis, dass *„kein Grund für die Nichtigerklärung der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung“* vorliegt.

Begründung von Zuschlagsentscheidungen; LVwG

LVwG OÖ vom 27.09.2016; LVwG 840118/16/JS

Leitsatz:

Das Fehlen einer entsprechenden Begründung der Zuschlagsentscheidung bewirkt eine objektiv rechtswidrige Entscheidung, wobei diese Rechtswidrigkeit in der Regel wesentlich ist.

Sachverhalt:

Die AG führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im OSB zur Beschaffung von Tiefenbohrungen (Bauleistungen) nach den Regelungen des Sektorenregimes durch. Vier Bieter haben sich am Verfahren beteiligt. Der Auftrag sollte an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen, wobei der Preis mit 70% und weitere Kriterien mit 30% gewichtet waren.

In der Zuschlagsentscheidung wurde der Preis der präsumtiven ZE mit jenem der ASt gegenübergestellt (57,6 Pkt: 70 Pkt). Die von der präsumtiven ZE erreichten Punkte für die einzelnen weiteren Kriterien und die erreichte Gesamtpunkteanzahl wurden nicht bekannt gegeben.

Die ASt bekämpfte die Zuschlagsentscheidung unter anderem mit dem Argument, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche. Die (zunächst unvertretene) ASt bezeichnete den Nachprüfungsantrag mit „Vergabeeinspruch“ bzw. „Widerspruch gegen die Auftragsvergabe“. Das Anbringen enthielt keine Bezeichnung der Rechte, in denen sich die ASt verletzt erachtete, und keine Bezeichnung des AG.

Entscheidungssätze:

Das LVwG hielt dazu fest, dass Parteierklärungen nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen sind. Es kommt somit darauf an, wie die Erklärung unter Berücksichtigung der konkreten gesetzlichen Regelung, des Verfahrenszwecks und der der Behörde vorliegenden Aktenlage objektiv verstanden werden muss. Gegenständlich ergab sich nach dem objektiven Erklärungswert des Vorbringens, dass es sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtete. Weist ein schriftliches Anbringen Mängel auf, ist die Behörde nach der Bestimmung des § 13 Abs 3 AVG verpflichtet, von Amts wegen deren Behebung zu veranlassen.

Bei einem anwaltlich nicht vertretenen Unternehmen ist eine gewisse Unkenntnis der Vergabegesetze auch nachvollziehbar, weshalb für das LVwG keine Indizien dafür sprachen, dass die ASt die Mängel bewusst herbeigeführt hätte, um etwa auf dem Umweg eines Verbesserungsverfahrens eine Verlängerung der Nachprüfungsfrist zu erlangen.

Bei Fehlen von in Z 1- 8 aufgezählten Bestandteilen eines Nachprüfungsantrags nach der Bestimmung des § 322 Abs 1 BVergG (der textlich § 5 Abs 1 Oö. VergRSG entspricht) ist grundsätzlich von einem verbesserungsfähigen Mangel iS der Bestimmung des § 13 Abs 3 AVG auszugehen. Die fehlende Bezeichnung des AG stellt somit einen verbesserungsfähigen

Mangel dar, genauso wie das Fehlen der Bezeichnung jener Rechte, in denen sich die ASt als verletzt erachtet. Die ASt kam dem Verbesserungsauftrag fristgerecht nach.

Zur Zuschlagsentscheidung stellte das LVwG klar, dass die Begründung dem Bieter die Einschätzung ermöglichen muss, ob die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig getroffen wurde und eine Bekämpfung aussichtsreich ist. Das Fehlen einer entsprechenden Begründung der Zuschlagsentscheidung bewirkt eine objektiv rechtswidrige Entscheidung, wobei diese Rechtswidrigkeit in der Regel wesentlich ist.

Vor diesem Hintergrund kam das LVwG zu dem Ergebnis, dass dieser Begründungspflicht gegenständlich nicht entsprochen wurde, weil es der Begründung der Zuschlagsentscheidung schon jedenfalls an der primär maßgeblichen Bekanntgabe der vom Angebot der präsumtiven ZE erreichten Punkteanzahl fehlte.

Schlussfolgerung:

Die Unterlassung der ausreichenden Begründung ist schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags dadurch erschwert oder verhindert wird, was in der Regel anzunehmen sei. Da diese Informationen schon am Beginn der Stillhaltefrist vorhanden sein müssen, konnte dieser Mangel auch nicht durch eine weitere Aufklärung im Verfahren oder in der Verhandlung vor dem LVwG saniert werden.

Dem Nachprüfungsantrag wurde daher stattgegeben.

Zuverlässigkeit von Bietern; BVwG

BVwG vom 23.12.2016; GZ: W 1312137381-2

Leitsatz:

Preisangaben entgegen der Ausschreibung können zur Unzuverlässigkeit eines Bieters führen.

Sachverhalt:

Im ggst. Nachprüfungsverfahren bekämpfte die ASt das Ausscheiden ihres Angebots wegen nicht plausibler Preisgestaltung. Dabei erklärte die ASt ihre niedrigen Preise im Rahmen der Aufklärung damit, dass sie *„jeweils den Positionspreis aus vergleichbaren Projekten bzw. vergleichbaren Aufgabenstellungen als Grundlage herangezogen und danach diesen Positionspreis durch die ausgeschriebene Stundenanzahl dividiert hat“*. Im Nachprüfungsantrag wurde zudem von der ASt vorgebracht, dass die AG in einzelnen Positionen überhöhte Stunden angesetzt habe.

Entscheidungssätze:

Die Ausscheidensentscheidung war nach Ansicht des BVwG im Ergebnis richtig, wobei die ASt nicht wegen unplausibler Preisgestaltung, sondern wegen fehlender Zuverlässigkeit auszuschneiden war.

Im konkreten Fall führten nach Ansicht des BVwG folgende Umstände zur Unzuverlässigkeit der ASt: *„Unzuverlässigkeit liegt wortlautmäßig und interpretativ dann vor, wenn sich die AG auf ihren in Frage stehenden potentiellen Vertragspartner (hier: auf die in Frage stehende ASt) nicht verlassen kann.“* Die AG wollte durch die Abfrage von Einheitspreisen objektiv redlich erkennbar erfahren, was zB eine einzige von 400 ausgeschriebenen Regie-Technikerstunden kostet. Mit der Rückrechnung des Einheitspreises aus dem Positionspreis hat sich die ASt *„als unzuverlässig erwiesen, da sie Einheitspreisangaben entgegen der Ausschreibung gemacht hat.“*

Zudem hat es die ASt unterlassen, trotz der Verpflichtung in der Ausschreibungsunterlage, *„für den Fall erkennbarer wesentlicher Abweichungen zwischen Leistungsziel und Ausschreibungsunterlagen, diese Mängel im Zuge des Verfahrens beim Auftraggeber schriftlich zu rügen“*.

Dies, *„obwohl die aus Sicht der ASt überhöht im LV angesetzten Stunden wie zB Techniker-Regiestunden, für die ASt zumindest erkennbar waren. Damit besteht für die AG ein weiteres Mal kein Verlass auf die ASt bei dieser Vergabe, da die ASt ihren Pflichten zur Prüfung und Rüge der Ausschreibungsunterlagen nicht nachgekommen ist“*.

Schlussfolgerung:

Die ASt hat sich dabei aus den vorstehend aufgezeigten Gründen als gegenüber der AG unzuverlässig erwiesen und war daher ihr Angebot zwingend auszuscheiden.

Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen; VwGH

VwGH vom 15.03.2017; GZ: Ra 2014/04/0052

Leitsatz:

Die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen sind von den Bietern streng zu befolgen.

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe von Dienstleistungen über die Reinhaltung und Wartung Lüftungstechnischer Anlagen durch. Zum Nachweis der Eignung forderte sie unter anderem die Vorlage einer letztgültigen „Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a BAO oder gleichwertige Dokumente des Herkunftslandes“. Die AG schied das Angebot eines Bieters u.a. deshalb aus, da der Bieter lediglich „Daten des Steuerkontos“; nicht jedoch die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte „*letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a BAO*“ vorgelegt hatte und die Angaben des Sozialversicherungsträgers im ANKÖ nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung (= eignungsrelevanter Zeitpunkt) datieren.

Laut Auffassung der AG war daher die geforderte Eignung des Bieters zum geforderten Zeitpunkt nicht ausreichend nachgewiesen.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Wien gab dem Nachprüfungsantrag des Bieters statt und hob die Ausscheidungsentscheidung der AG auf.

VwGH-Entscheidungsätze:

Gegenstand des Verfahrens vor dem VwGH war u.a. die Prüfung der Gleichwertigkeit der Dokumente „Daten des Steuerkontos“ und „Rückstandsbescheinigung nach § 229a BAO“.

Darüber hinaus beschäftigte sich der VwGH auch mit den Rechtswirkungen eines Verweises auf eine ANKÖ-Mitgliedsnummer.

Daten des Steuerkontos

Die vorgelegten „Daten des Steuerkontos“ erfüllten im ggst. Fall nicht die Vorgabe der Ausschreibungsunterlagen nach einer „Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a BAO“. „Daten des Steuerkontos“ sind ein vom Unternehmer selbst erstellter Kontoauszug von „FinanzOnline“. Eine „Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a BAO“ stellt hingegen eine amtliche Bestätigung dar. Sofern ein Bieter andere als die geforderten Nachweise vorlegt, ist der AG nicht (uneingeschränkt) verpflichtet, die Gleichwertigkeit der Dokumente zu prüfen.

Verweis auf den ANKÖ

Der Verweis auf den ANKÖ ist bereits eine (vereinfachte) Form des Nachweises der Eignung. Der Verweis ist vergleichbar mit der unmittelbaren Vorlage von Eignungsnachweisen. Der AG muss daher bei der Eignungsprüfung in das Verzeichnis des ANKÖ Einsicht nehmen. Er hat die dort abrufbaren Unterlagen zu beurteilen. Ergibt sich aus den dort abrufbaren Unterlagen ein Fehler (z.B. nicht aktuelle Nachweise), hat der AG das Unternehmen zur Verbesserung aufzufordern.

Schlussfolgerung:

Bei nicht (entsprechender) Aufklärung des Unternehmens, ist das Angebot auszuschneiden.

Antragslegitimation auszuscheidender Bieter; EuGH

EuGH vom 11.05.2017; GZ: C 131/16, Achus

Leitsatz:

Vor kurzem ist wieder ein (das mittlerweile vierte) Urteil des EuGH zur Antragslegitimation von Bietern, deren Angebot auszuscheiden ist, ergangen.

EuGH-Entscheidungssätze:

Zur Erinnerung:

Im Urteil *Fastweb* hat der EuGH erstmals ausgesprochen, dass in bestimmten Fällen auch ein Bieter, dessen Angebot auszuscheiden ist, antragslegitimiert sein kann.

Diese Judikaturlinie hat er in der Rs PFE fortgesetzt.

Im dritten Urteil, *Technische Gebäudebetreuung GesmbH*, hat er die Antragslegitimation bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung allerdings auf jene Fälle eingeschränkt, in denen die (in diesem Fall zeitlich früher erfolgte) Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist.

In seiner jüngsten Entscheidung zur Antragslegitimation auszuscheidender Bieter hat der EuGH seine Judikaturlinie konsequent fortgesetzt. Er macht in dem Urteil klar, dass die Rs *Technische Gebäudebetreuung GesmbH* einen anderen Fall betroffen hat, weil dort die Ausscheidensentscheidung zeitlich früher erfolgt war und rechtskräftig geworden ist.

Hingegen wurden im konkreten Fall die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung gleichzeitig angefochten:

Schlussfolgerung:

„In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Angebote eingereicht worden sind und vom öffentlichen Auftraggeber zeitgleich zwei Entscheidungen erlassen worden sind, mit denen das Angebot eines Bieters abgelehnt bzw. der Auftrag dem anderen Bieter zugeteilt worden ist, muss der ausgeschlossene Bieter, der einen Nachprüfungsantrag gegen diese beiden Entscheidungen einreicht, den Ausschluss des Angebots des erfolgreichen Bieters beantragen können.“

Abkürzungsverzeichnis:

ABGB	Allgemein bürgerliches Gesetzbuch
AG	Auftraggeber
ANKÖ	Auftragnehmerkataster Österreich
ASt	Antragsteller
AU	Ausschreibungsunterlagen
BAO	Bundesabgabenordnung
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
KSV	Kreditschutzverband
LVwG	Landesverwaltungsgericht
OSB	Oberschwellenbereich
OÖ VergRSG	OÖ Vergaberechtsschutzgesetz
Präsumtiver ZE	Voraussichtlicher ZuschlagsempfängerIn
StVO	Straßenverkehrsordnung
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VbGH	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

Stand: Dezember 2017

Diese Information ist ein **Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern**.
Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Wirtschaftskammer Ihres Bundeslandes:
Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907, Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,
Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909, Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0, Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0,
Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1615,
Hinweis! Diese Information finden Sie auch im Internet unter <https://wko.at>. Alle Angaben erfolgen trotz
sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen.
Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!