



WIRTSCHAFTS RECHT

AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL X

STAND: DEZEMBER 2019

Inhalt

Anforderungen an die Angebotsprüfung; BVwG	3
Anforderungen an die vertiefte Angebotsprüfung; VwGH.....	4
Inhalt einer Zuschlagsentscheidung; VwGH	6
Mindestumsatzerlöse sind nicht gleich Mindestumsätze; VwGH	8
Eignungsprüfung bei Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung; LVwG Tirol	9
Bereitstellung der Verfahrensunterlagen; OLG Düsseldorf	10
Nichtvorliegen von Ausscheidensgründen, VwGH	11
Änderung des Leistungsgegenstandes; VwGH	12
Erfolgreiche Selbstreinigung; EuGH	13
Unzulässige Eignungsnachweise; LVwG Steiermark	15
Abgabe von Angeboten über Vergabeportale; BVwG	17
Antragslegitimation eines ausgeschiedenen Bieters; VwGH	19
Begründungspflicht von Ausscheidensentscheidungen; LVwG Wien	21
Weitergabe des gesamten Auftrages; LVwG Wien	23
Ausnahmetatbestand "Arbeitsverträge"; EuGH	25
Bestimmungen in Rahmenvereinbarungen; EuGH	26
Vertiefte Angebotsprüfung; LVwG Wien	28
Änderung einer Kalkulation; LVwG Wien	29
Erfolgreiche Selbstreinigung; EuGH	30
Legung mehrerer Hauptangebote; VwGH	32
Verspäteter Nachprüfungsantrag; LVwG Wien	33
Vermutete Nullposition in der Kalkulation; LVwG Wien	35
Weitergabe des gesamten Auftrages; LVwG Wien	36
Abkürzungsverzeichnis	38

ANFORDERUNGEN AN DIE ANGEBOTSPRÜFUNG; BVwG

BVwG vom 31.07.2018, GZ: W 123 2196151-2

Leitsatz:

Eine Angebotsprüfung des AG, die sich lediglich in der Aussage erschöpft, dass die angebotenen Preise „*plausibel und nachvollziehbar*“ sind, ist nicht ausreichend.

Sachverhalt:

Ein AG schrieb im offenen Verfahren einen Dienstleistungsauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 400.000 (bei vierjähriger Laufzeit) aus. Der (einem Zweijahresvolumen entsprechende) Angebotspreis der präsumtiven ZE betrug EUR 142.047; jener der ASt betrug EUR 298.518.

Im Rahmen der Angebotsprüfung wurde die präsumtive ZE zu bestimmten Positionen um Aufklärung sowie um Übermittlung der Kalkulation aufgefordert. Nach Prüfung der geforderten Unterlagen hielt der AG in seiner Niederschrift zur Bewertung der Angebote zum Angebot der präsumtiven ZE fest, dass „*die angebotenen Preise plausibel und nachvollziehbar sind*“.

Die in weiterer Folge zugunsten der präsumtiven ZE ergangene Zuschlagsentscheidung wurde von der ASt angefochten.

Entscheidungssätze:

Hinsichtlich der Angebotsprüfung des AG, die sich lediglich in der Aussage erschöpfte, dass die angebotenen Preise „*plausibel und nachvollziehbar*“ sind, war es für das BVwG nicht nachvollziehbar, warum das Angebot der präsumtiven ZE aus Sicht des AG preisangemessen war. „*Dazu wäre seitens des AG eine ausführliche schriftliche Erläuterung iSd § 140 Abs 1 (= Dokumentation der Angebotsprüfung) zu verfassen gewesen.*“

Zu der von der rechtsfreundlichen Vertretung des AG - nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens - neuerlich durchgeführten Preisprüfung hielt das BVwG fest, dass diese Vorgehensweise nicht den Grundsätzen der Angebotsprüfung entsprechen würde, „*wonach die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen*“.

Darüber hinaus entziehe sich die Niederschrift über die neuerliche Angebotsprüfung aufgrund der fehlenden Unterschrift und der fehlenden Angaben darüber, von wem die Angebotsprüfung durchgeführt wurde, der gerichtlichen Nachprüfbarkeit.

Schlussfolgerung:

Die seitens des AG gewählte Vorgangsweise betreffend die Angebotsprüfung stand somit nicht im Einklang mit dem vergaberechtlichen Grundsatz der Transparenz. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung war daher mit Rechtswidrigkeit behaftet und es wurde daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben.

ANFORDERUNGEN AN DIE VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG; VwGH

VwGH vom 16.05.2018, GZ: Ra 2017/04/0152

Leitsatz:

Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Erkenntnis des LVwG OÖ wurde der Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der ZE abgewiesen.

Entscheidungssätze:

Begründend führte das LVwG im Wesentlichen aus:

Die AG sei im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zu dem Ergebnis gekommen, dass bei einer als wesentlich gekennzeichneten Position, der anhand des Lohnansatzes errechnete Aufwandswert dieser Position nicht plausibel und nicht betriebswirtschaftlich erklärbar sei. Die übrigen geprüften wesentlichen und nicht wesentlichen Positionen seien dagegen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Rechtlich hielt das LVwG fest, dass zwar bei der als wesentlich gekennzeichneten Position eine restlose Nachvollziehbarkeit des Aufwandansatzes und der Personalkosten nicht zur Gänze gegeben sei; diese Rechtswidrigkeit sei aber für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss, weil auch dann, wenn man in den fraglichen Leistungsgruppen anstelle des von der ZE angebotenen Preises den vom teuersten Angebot angebotenen Preis einsetzen würde, die ZE immer noch den billigsten Gesamtpreis anbiete.

VwGH-Entscheidungssätze:

Bei einer vertieften Angebotsprüfung gem. § 137 Abs 3 ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

Gepüft werden kann insbesondere

- ob im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten nachvollziehbar sind (Z 1),
- der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen (Z 2) und
- die geforderte oder vom Bieter vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insb der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist (Z 3).

Auf welche Weise das Vorliegen dieser Kriterien zu beurteilen ist, wird im Gesetz nur für die Z 3 ausgeführt, wonach die Aufgliederung der Preise „aus der Erfahrung“ erklärbar sein muss.

Laut VwGH ergibt sich jedoch kein Hinweis, dass die Erklärbarkeit aus der Erfahrung nicht auch bei der Beurteilung des Vorliegens der anderen Kriterien herangezogen werden kann. Die vertiefte Preisprüfung hat zudem unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen.

Der AG hat bei der Prüfung insbesondere zu berücksichtigen:

- Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw der Erbringung der Dienstleistung,
- die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt,
- die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung,
- die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder
- die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter

Der Tatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises ist auch dann erfüllt, wenn Teilpreise nicht plausibel sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.

Schlussfolgerung:

Laut VwGH ist die Rechtsansicht des LVwG, wonach die genannte nicht plausible Position nicht von wesentlichem Einfluss sei, daher unrichtig, weil ein zwingend auszuschheidendes Angebot bei der weiteren Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung keinesfalls berücksichtigt werden darf.

Der Revision war daher stattzugeben und das angefochtene Erkenntnis aufzuheben.

INHALT EINER ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG; VwGH

VwGH vom 8.08.2018, GZ: Ra 2015/04/0102

Leitsatz:

Für das Vorliegen einer gültigen Zuschlagsentscheidung ist es notwendige Voraussetzung, dass der in der Zuschlagsentscheidung genannte Bieter mit dem tatsächlichen ZE auch übereinstimmt.

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens war ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im USB zur Vergabe eines Bauauftrages. Die Revisionswerberin sowie die präsuntive ZE (eine Bietergemeinschaft bestehend aus der S GmbH und der G GmbH) gaben ein „Last and Final Offer“ ab.

In der Zuschlagsentscheidung wurde die S GmbH als präsuntive ZE genannt. Ein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung wurde nicht eingebracht. Die AG erteilte nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag der Bietergemeinschaft.

Daraufhin brachte die Revisionswerberin beim LVwG Salzburg einen Feststellungsantrag ein, u.a. mit der Begründung, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgt sei, weil in der übermittelten Zuschlagsentscheidung nicht die Bietergemeinschaft, sondern mit der S GmbH lediglich ein Mitglied der Bietergemeinschaft genannt worden sei.

Entscheidungsätze:

Das LVwG Salzburg wies den Feststellungsantrag mit der Begründung ab, dass lediglich die gänzliche Unterlassung der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung zu einer Feststellung führen könne.

VwGH- Entscheidungsätze:

Der VwGH hielt fest, dass nach der Begriffsbestimmung des § 2 Z 49 eine Zuschlagsentscheidung die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung ist, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Dies stellt den Mindestinhalt der Zuschlagsentscheidung dar. Auch § 143 Abs 1 ordnet an, dass der AG den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntmachung dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Sind diese Bekanntgaben nicht oder nicht ausreichend in der Zuschlagsentscheidung enthalten, kann dies zur Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung führen. Das ändert aber nichts daran, dass dennoch eine gültige Zuschlagsentscheidung vorliegt.

Für das Vorliegen einer gültigen Zuschlagsentscheidung reicht es nach der Intention des Gesetzgebers somit aus, wenn eine nach außen ergangene Erklärung des AG vorliegt, aus der ersichtlich ist, an welchen Bieter die Zuschlagserteilung beabsichtigt ist.

Im Hinblick auf einen Feststellungsantrag wird diese Voraussetzung aber nur dann erfüllt sein, wenn der in der Zuschlagsentscheidung genannte Bieter auch mit dem tatsächlichen ZE übereinstimmt.

Gegenständlich ist in der Zuschlagsentscheidung nur ein Mitglied der Bietergemeinschaft genannt worden. Auch aus dem objektiven Erklärungswert ist für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt) nicht erkennbar gewesen, dass mit der in der Zuschlagsentscheidung als präsumtive ZE genannten S GmbH die Bietergemeinschaft gemeint sein könnte. Damit liegt keine mit der Zuschlagserteilung korrespondierende Zuschlagsentscheidung vor.

Schlussfolgerung:

Der Feststellungsantrag ist daher zu Unrecht abgewiesen worden, weshalb das angefochtene Erkenntnis in diesem Punkt wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben wurde.

MINDESTUMSATZERLÖSE SIND NICHT GLEICH MINDESTUMSÄTZE; VwGH

VwGH vom 1.10.2018, GZ: Ra 2018/04/0137

Leitsatz:

Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen.

Sachverhalt:

Die AG führte ein Vergabeverfahren betreffend näher beschriebener Bauleistungen im Wege eines offenen Verfahrens im OSB durch. Die Revisionswerberin legte ebenso wie die Mitbeteiligte ein Angebot. Mit Zuschlagsentscheidung teilte die AG ihre Absicht mit, den Zuschlag der Revisionswerberin zu erteilen.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Mitbeteiligten mittels Nachprüfungsantrag angefochten, wobei u.a. vorgebracht wurde, dass die Revisionswerberin die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen habe, weil für das Geschäftsjahr 2015 der diesbezüglich geforderte Mindestumsatzerlös von mehr als EUR 10 Mio nicht nachgewiesen worden sei.

Entscheidungsätze:

Das BVwG befasste sich mit der Frage, ob mit den geforderten „Umsatzerlösen“ der Gesamtjahresumsatz gemeint war. Zur Auslegung der Anforderung bediente es sich der Rechnungslegungsvorschriften des Unternehmensgesetzbuches (UGB) und kam zu dem Ergebnis, dass der „Umsatzerlös“ nicht der Umsatz selbst sei.

Da die präsumtive ZE nur einen „Umsatzerlös“ von ca EUR 8 Mio nachweisen konnte, wurde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.

VwGH-Entscheidungsätze:

Laut der Rechtsprechung des VwGH sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen.

Der VwGH bestätigte daher das Erkenntnis des BVwG und führte aus, dass für ihn die Argumentation nicht zutreffe, *„dass die vom BVwG gewählte Auslegung, die sich auf die rechnungslegungsrechtlichen Begrifflichkeiten des UGB und die Verwendung weiterer rechnungslegungsrechtlicher Begriffe in der Ausschreibung stützt, im objektiven Erklärungswert der Ausschreibung keine Deckung finden würde“*.

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis durfte somit bei der Festlegung von jährlichen „Mindestumsatzerlösen“ in der Ausschreibung nicht der Gesamtumsatz zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden.

EIGNUNGSPRÜFUNG BEI DIREKTVERGABEN MIT VORHERIGER BEKANNTMACHUNG; LVwG Tirol

LVwG Tirol vom 7.11.2018, GZ: LVwG-2018/S 2/1387-1

Leitsatz:

Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens in Form einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung muss vom AG nicht zwingend eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden.

Sachverhalt:

Im Rahmen eines Bauvorhabens im USB (Neubau Kindergarten) schrieb ein AG Leistungen im Bereich Heizung und Sanitär mittels Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung aus. Gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen wurde der Zuschlag dem Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis erteilt.

Ein Bieter, der ebenfalls ein Angebot gelegt, jedoch nicht den Zuschlag erhalten hatte, stellte daraufhin beim LVwG Tirol den Antrag auf Feststellung, dass die Zuschlagserteilung rechtswidrig war. Er begründete dies insb damit, dass der ZE nicht über die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Eignung verfügen würde.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Tirol führte aus, dass die Bestimmungen betreffend die Eignung der Unternehmer für die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nicht anwendbar wären und dass nicht jedenfalls eine nähere Eignungsprüfung durchgeführt werden müsse.

„Über die Art und Weise der Eignungsprüfung entscheidet allein der AG und kann sogar dann, wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nicht-Vorliegen der Eignung schließen lassen, auch der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein“.

Zum Vorbringen des ASt, wonach die erst nachträgliche Vorlage einer SU-Erklärung durch den ZE zur Rechtswidrigkeit der Vergabe führen würde, hielt das LVwG Tirol fest, dass bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung lediglich die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung gesondert anfechtbare Entscheidungen sind.

Da der SU die SU-Erklärung zudem bereits bei Angebotslegung ausgefüllt hatte, handle es sich hier um die Vorlage eines bereits bestehenden Nachweises, was jedenfalls einen behebbaren Mangel darstelle.

Schlussfolgerung:

Der Feststellungsantrag wurde somit als unbegründet abgewiesen.

BEREITSTELLUNG DER VERFAHRENSUNTERLAGEN; OLG Düsseldorf

OLG Düsseldorf vom 17.10.2018, GZ: Verg 26/18

Leitsatz:

Bei der Frage nach der Bereitstellung der Verfahrensunterlagen ist die Unterscheidung zwischen dem Umfang der zur Verfügung gestellten Unterlagen und der Art der Bereitstellung der Unterlagen wesentlich.

Sachverhalt:

Das deutsche OLG Düsseldorf hat sich mit der Frage beschäftigt, ob bei einem zweistufigen Verfahren (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung) im Zeitpunkt der Bekanntmachung alle Ausschreibungsunterlagen (Verfahrensordnung, Leistungsbeschreibung, Vertrag, etc) bereit zu stellen sind.

Wesentlich war für das OLG die Unterscheidung zwischen dem Umfang der zur Verfügung gestellten Unterlagen; mit anderen Worten: welche Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, und der Art der Bereitstellung der Unterlagen; somit: wie die Unterlagen abrufbar sind.

Entscheidungssätze:

Die deutsche Regelung, dass „in der Bekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben ist, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können“ betrifft die Art der Bereitstellung.

Die Unterlagen müssen elektronisch verfügbar sein, sodass es unzulässig wäre, die Unterlagen teilweise elektronisch und teilweise in Papierform bereitzustellen. Welche Unterlagen mit der Bekanntmachung zur Verfügung gestellt werden müssen, sei eine Einzelfallentscheidung. Erforderlich seien jene Unterlagen, die den Unternehmen eine Teilnahme am Vergabeverfahren ermöglichen.

Im konkreten Fall waren in dem zweistufigen nicht offenen Verfahren laut dem OLG ausreichende Unterlagen durch die Leistungsbeschreibung, Bewerbungsbedingungen und Bekanntmachung bereitgestellt. Ein Vertragsentwurf war daher nicht erforderlich.

Schlussfolgerung:

Die deutsche und österreichische Rechtslage basieren auf derselben EU-Richtlinie. Diese deutsche Entscheidung ist deshalb interessant, da in Österreich derzeit noch Judikatur fehlt, ob auch bei zweistufigen Verfahren schon mit der Bekanntmachung alle Verfahrensunterlagen bereitzustellen sind. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich österreichische Gerichte der Ansicht des OLG Düsseldorf anschließen.

Praxistipp:

Rechtzeitig Kontakt zum AG aufnehmen, wenn zusätzliche Informationen und Unterlagen für die Beurteilung einer Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind.

NICHTVORLIEGEN VON AUSSCHIEDENSGRÜNDEN; VwGH

VwGH vom 8.08.2018, GZ: Ra 2017/04/0112

Leitsatz:

Bei der Ausscheidens- und bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich nicht um zwei unterschiedliche Entscheidungen, weshalb das Vorliegen einer Bindungswirkung zu bejahen ist.

Sachverhalt:

Das Angebot einer Bieterin wurde mit der Begründung ausgeschieden, dass entgegen den Festlegungen in der Ausschreibung ein SU nicht im Angebot genannt wurde. Neben der Ausscheidensentscheidung wurde der Bieterin auch die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Beide Entscheidungen forcht die Bieterin (zunächst) ohne Erfolg an. Nach Ansicht des damals noch zuständigen UVS NÖ war ihr Angebot auszuschneiden.

Entscheidungssätze:

Der VwGH hob diese Bescheide auf, woraufhin die Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung einerseits und der Zuschlagsentscheidung andererseits als Feststellungsverfahren weitergeführt wurden. Hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung stellte der UVS NÖ die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung fest; ein Ausscheidensgrund sei (doch) nicht vorgelegen.

Für die noch ausständige Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung war zwischenzeitlich das LVwG NÖ zuständig. Dieses kam zu der Überzeugung, dass der SU sehr wohl im Angebot genannt hätte werden müssen und deshalb ein Ausscheidensgrund vorliege.

Das LVwG sah sich daher nicht an den zuvor ergangenen Feststellungsbescheid des UVS NÖ gebunden, weil es sich bei der Ausscheidensentscheidung und bei der Zuschlagsentscheidung um zwei unterschiedliche Entscheidungen handle und deshalb keine Bindungswirkung vorliege. Der Antrag gegen die Zuschlagsentscheidung wurde daher vom LVwG mangels Antragslegitimation zurückgewiesen.

VwGH-Entscheidungssätze:

Erneut wurde der VwGH befasst und bejahte die Bindungswirkung. *„Mit rechtskräftiger Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung wurde auch verbindlich ausgesprochen, dass der herangezogene Ausscheidensgrund nicht vorlag. Die Frage, ob dieser Ausscheidensgrund beim Angebot der Revisionswerberin vorlag oder nicht, wurde durch den genannten Bescheid bindend beantwortet und konnte daher nicht einer erneuten abweichenden Erledigung zugeführt werden.“*

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis hatte daher die Entscheidung über das Nichtvorliegen des konkreten Ausscheidensgrundes eine Bindungswirkung für die Frage der Antragslegitimation bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung.

ÄNDERUNG DES LEISTUNGSGEGENSTANDES; VwGH

VwGH vom 8.08.2018, GZ: Ra 2015/04/0013

Leitsatz:

Eine Änderung des Leistungsgegenstandes in der zweiten Stufe eines Vergabeverfahrens ist unzulässig.

Sachverhalt:

Der AG hatte das Projektmanagement für ein Bauvorhaben in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Der Revisionswerber legte ein Erstangebot und wurde rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschieden.

Die Bieter hatten im Rahmen des Verfahrens Fragen zu einem vom AG für das Bauvorhaben vorgesehenen Architekturkonzept zu beantworten, die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet wurden. Nach Zuschlagserteilung ersetzte der AG das den Bietern im Verfahren bekannt gegebene Architekturprojekt durch ein anderes (kostengünstigeres) Architekturkonzept.

VwGH-Entscheidungssätze:

Aus Sicht des VwGH stellt der Austausch des Architekturprojekts eine wesentliche Vertragsänderung dar, da Fragen zum ursprünglichen Architekturkonzept im Rahmen des durchgeführten Vergabeverfahrens bewertet wurden und damit *„das ursprüngliche Architekturprojekt mit seinen spezifischen Eigenheiten in die Zuschlagskriterien eingeflossen ist“*.

Schlussfolgerung:

Die im Leistungsvertrag vorgesehene Vertragsänderungsklausel kann die Vertragsänderung insbesondere deshalb nicht rechtfertigen, weil sie erst in der zweiten Stufe des Verfahrens eingeführt wurde und daher nicht sämtliche am Auftrag interessierte Wirtschaftsteilnehmer von der Vertragsklausel Kenntnis hatten.

ERFOLGREICHE SELBSTREINIGUNG; EuGH

EuGH vom 24.10.2018, GZ: Rs C-124/17

Leitsatz:

Ein Unternehmer hat alle Tatsachen und Umstände seiner begangenen Straftat bzw. Verfehlung auch durch aktive Zusammenarbeit mit dem AG aufzuklären.

Grundsätzliches:

Liegt eine einschlägige rechtskräftige Verurteilung des Unternehmers vor oder wurden Verstöße gegen die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen und/ oder Steuern festgestellt, so führt dies regelmäßig zum Ausschluss von Vergabeverfahren.

Begründet wird dies mit der fehlenden beruflichen Zuverlässigkeit gem. § 78 BVergG. Eine solche Verfehlung hat aber nicht nur Auswirkungen auf ein konkretes Vergabeverfahren. Vielmehr kann eine Sperrwirkung von bis zu fünf Jahren damit verbunden sein (§ 83 Abs 5).

Was kann ein Unternehmer in einem solchen Fall tun:

Er kann Maßnahmen ergreifen, die glaubhaft machen und geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlung bzw. Verfehlung zu verhindern („Selbstreinigung“).

Nach § 83 hat der Unternehmer insbesondere folgende Maßnahmen nachweislich zu treffen:

- Ausgleich des durch die Straftat bzw. Verfehlung verursachten Schadens
- aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zur Klärung aller Umstände der Straftat bzw. Verfehlung
- Ergreifung effektiver Maßnahmen zur Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens
- Einschaltung eines Organs zur inneren Revision zur Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben oder
- Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.

Die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen sind vom AG zu prüfen. Der AG hat dabei die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Schwere und Anzahl der vom Unternehmer begangenen Straftat(en) bzw. Verfehlung(en) zu setzen.

Sachverhalt:

Im Ausgangsfall ergriff der betroffene Unternehmer erfolgreich organisatorische u. personelle „Selbstreinigungsmaßnahmen“ und erklärte sich zum Ausgleich des entstandenen Schadens bereit. Er verweigerte allerdings die Übermittlung des gegen ihn ergangenen Bußgeldbescheides an den AG. Er vertrat dabei die Auffassung, dass seine Zusammenarbeit mit den zuständigen Ermittlungsbehörden für seine Selbstreinigung ausreichen würde.

EuGH-Entscheidungssatz:

Der EuGH entschied, dass der Unternehmer alle Tatsachen und Umstände seiner begangenen Straftat bzw. Verfehlung auch durch aktive Zusammenarbeit mit dem AG aufzuklären hat.

Diese Aufklärung beschränkt sich jedoch auf die Erbringung des Nachweises, dass die vom Unternehmer getroffenen Maßnahmen für die Zuverlässigkeit und damit auch für die weitere Zulassung zum Vergabeverfahren ausreichend sind.

Schlussfolgerung:

Zum Nachweis der Zuverlässigkeit in einem Vergabeverfahren sollte der betroffene Unternehmer dem AG alle Auskünfte bzw. Informationen zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und der erfolgten wirksamen Selbstreinigung übermitteln.

Für den Fall, dass der betroffene Unternehmer (noch) keine geeigneten und effektiven Maßnahmen zur Selbstreinigung getroffen hat, steht es diesem jederzeit frei, solche Maßnahmen zu ergreifen.

UNZULÄSSIGE EIGNUNGSNACHWEISE; LVwG Steiermark

LVwG Stmk vom 4.09.2018, GZ: 443.8-1812/2018-20

Leitsatz:

Eignungsnachweise müssen verhältnismäßig bzw. sachlich gerechtfertigt sein und in einer vernünftigen Relation zum Auftragsgegenstand stehen.

Sachverhalt:

In einem Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung eines mobilen Teleskop-Tribünensystems wurde von der AG im Bereich der finanziellen u. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als Nachweis u.a. Folgendes gefordert:

„Eine Erklärung, dass es zurzeit vom Bieter keine Verkaufsabsichten des Unternehmens oder des für die Auftragsbefüllung betroffenen Unternehmsteiles gibt“.

Die ASt beantragte die Nichtigerklärung dieser Festlegung u. begründete dies einerseits damit, dass die Festlegung unverhältnismäßig sei, da es für die Beurteilung der finanziellen u. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit völlig bedeutungslos sei, ob der Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsphase Verkaufsabsichten hinsichtlich seines Unternehmens bzw. seiner Unternehmensteile hat.

Andererseits damit, dass Bieter, die Verkaufsabsichten hätten, unsachlich gegenüber Bietern, die keine hätten, diskriminiert würden. Darüber hinaus sei die Festlegung auch zu unbestimmt, da nicht klar ist, wie konkret die „Verkaufsabsicht“ vorliegen müsse oder diese insgesamt sein dürfe.

Die AG brachte entgegennend vor, dass mit der finanziellen u. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gewährleistet werden solle, dass eine laufende Pflichterfüllung gegenüber der AG gegeben ist. Die Festlegung ermöglicht dies, da die Frage, ob ein Unternehmen über ausreichend finanzielle und wirtschaftliche Mittel verfüge, untrennbar mit der Person des Eigentümers verbunden sei. Die AG soll sich darauf verlassen können, dass die Auftragsabwicklung unter denselben finanziellen und wirtschaftlichen Bedingungen erfolgt, unter denen bereits die Angebotslegung erfolgt ist, und sie sich dadurch nicht an einen Bieter bindet, bei dem diese Voraussetzungen ungewiss sind.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Stmk gab dem Antrag auf Nichtigerklärung der verfahrensgegenständlichen Festlegung statt. Begründend führte es aus, dass es zwar grundsätzlich im Ermessen der AG liege, was die Bieter zur Leistungserbringung an Mindestvoraussetzungen erfüllen müssen, solange dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sei.

Eignungsnachweise müssen daher verhältnismäßig bzw. sachlich gerechtfertigt sein und in einer vernünftigen Relation zum Auftragsgegenstand stehen. Es ist der ASt jedoch dahingehend zu folgen, dass nicht klar sei, wie konkret die „Verkaufsabsicht“ bereits vorliegen müsse. Ferner ist auch die Formulierung „zurzeit“ zu unbestimmt, da durch diese Formulierung nicht gesichert wird, dass die finanzielle und

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegt und nicht mehr verloren geht.

Durch diese Unbestimmtheit sei daher für die Bieter nicht nachvollziehbar, welcher Eignungsnachweis bei gegenständlicher Anforderung geeignet ist, um dieser Festlegung tatsächlich zu entsprechen. Außerdem lasse eine mögliche Verkaufsabsicht keinen Schluss auf die Ertragslage, die operativen Leistungen eines Bieters oder die Beweggründe des Bieters zu. Ebenso wenig gewährleiste ein Nichtvorhandensein von Verkaufsabsichten die wirtschaftliche u. finanzielle Leistungsfähigkeit.

Schlussfolgerung:

Das LVwG Stmk kam daher zu dem Schluss, dass die angefochtene Festlegung kein zulässiges Eignungskriterium darstelle und *„der darin geforderte Nachweis keine nachvollziehbar, überprüfbare Anforderung an die Person des Bieters im Sinne des § 84 Abs 1 BVergG sei“*.

ABGABE VON ANGEBOTEN ÜBER VERGABEPORTALE; BVwG

BVwG vom 7.12.2018, GZ: W 138 2209026-2

Leitsatz:

Die Beurteilung der Angebote erfolgt in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung. Demnach trägt der Bieter das Risiko der ordnungsgemäßen und rechtzeitigen elektronischen Hinterlegung der Angebote.

Sachverhalt:

Die AG führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im OSB durch. Nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen mussten die Angebote vollelektronisch über das ANKÖ-Portal unter Verwendung der Ausschreibungsunterlagen und aller erforderlichen Beilagen abgegeben werden.

Die Angebote waren zwingend rechtsverbindlich zu unterfertigen und zu verschlüsseln. Das Risiko der ordnungsgemäßen elektronischen Hinterlegung der Angebote auf der ANKÖ-Plattform trug nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen der Bieter.

Weiters legte die AG bestandsfest fest, dass das Angebotsformular für alle Zwischenangebote zwingend zu verwenden und vollständig auszufüllen war. Das Fehlen des Angebotsformulars zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung wurde als nicht verbesserungsfähiger Mangel festgelegt.

Die ASt gab fristgerecht und den Ausschreibungsfestlegungen entsprechend ihren Teilnahmeantrag und das erste Zwischenangebot ab. Das zweite Zwischenangebot war bis spätestens 24.10.2018, 10.00 Uhr, über das Vergabeportal ANKÖ abzugeben. Einen Tag vor dem Ende der Angebotsfrist lud die ASt Angebotsdokumente auf die Vergabeplattform.

Am letzten Tag der Angebotsfrist nahm die ASt noch Korrekturen der Dokumente vor. Um 9.33 Uhr klickte die ASt auf den „Signier-Button“, woraufhin sie auf den Signierserver des ANKÖ weitergeleitet wurde, um den Signaturprozess zu starten.

Die ASt wählte die Signatur mit lokaler Bürgerkarte (einer nicht von ANKÖ selbst stammenden Software). Die lokale Bürgerkartenumgebung antwortete nach wiederholten Versuchen jedoch nicht. Um 10.00 Uhr wurde die ASt vom System über die nicht fristgerechte Angebotslegung benachrichtigt. Die ASt übermittelte der AG die nicht signierten Angebotsfragmente nachträglich via E-Mail. Das Angebotsformblatt wurde von der ASt weder auf das Vergabeportal ANKÖ hochgeladen noch der AG per E-Mail übermittelt. Die AG hat die ASt daher nicht zur weiteren Teilnahme zugelassen, da die Abgabe des zweiten Zwischenangebots nicht innerhalb der festgesetzten Frist erfolgt ist und auch nicht korrekt signiert wurde.

Dagegen richtete sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die ASt am 24.10.2018 ab 9.14 Uhr mehrfach vergeblich versucht habe, das zweite Zwischenangebot elektronisch zu signieren. Die

elektronische Signatur sei technisch nicht möglich gewesen, was der ASt nicht zuzurechnen sei.

Entscheidungssätze:

Das BVwG hielt zunächst fest, dass Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sowie Willenserklärungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind.

Die Beurteilung der Angebote erfolgt in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung. Darin war festgelegt, dass das Angebot vollelektronisch über das ANKÖ-Portal abzugeben und zwingend elektronisch zu signieren war. Auch die zwingende Vorlage des Angebotsformulars war bestandsfest festgelegt.

Da das Angebotsformular nicht abgegeben wurde, war das Angebot laut BVwG bereits aus diesem Grund zwingend auszuscheiden, unabhängig davon, ob das Zwischenangebot hätte elektronisch signiert werden können. Zum Fehlen der erforderlichen elektronischen Signatur führte das BVwG aus, dass das Risiko des ordnungsgemäßen elektronischen Angebots laut den Festlegungen in der Ausschreibung der Bieter trägt.

Die Signatur mit lokaler Bürgerkarte wird als eine von derzeit drei Software-Varianten von ANKÖ unterstützt. Die ANKÖ-Plattform war nach den Feststellungen des BVwG voll funktionsfähig und empfangsbereit, zumal im gleichen Zeitraum von anderen Bietern erfolgreiche Signaturvorgänge mit lokaler Bürgerkarte durchgeführt werden konnten.

Schlussfolgerung:

Das BVwG kam daher zu dem Schluss, dass die Gründe für die unterlassene, jedoch zwingend geforderte Signatur des zweiten Zwischenangebots in der Sphäre der ASt lagen, weshalb die Nichtzulassung zur weiteren Teilnahme am Verfahren auch aufgrund der Fristversäumung zu Recht ausgesprochen wurde.

Der Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren wurde daher vom BVwG abgewiesen.

ANTRAGSLEGITIMATION EINES AUSGESCHIEDENEN BIETERS; VwGH

VwGH vom 18.12.2018, GZ: Ra 2018/04/0108

Leitsatz:

Eine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Antragslegitimation eines bereits ausgeschiedenen Bieters ist grundsätzlich an der zum Zeitpunkt dieser Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten.

Sachverhalt:

In einem offenen Verfahren im OSB wurde vom AG eine RV zur Erbringung von Transportdienstleistungen ausgeschrieben. Dabei wurde das Angebot eines Bieters aufgrund der Nichterfüllung eines Eignungskriteriums ausgeschieden. Die Ausscheidensentscheidung des AG wurde vom Bieter am 15.01.2018 beim BVwG angefochten.

Am 19.01. wurde dem Bieter vom AG mitgeteilt, mit welchen Unternehmen die RV abgeschlossen werden soll, woraufhin der Bieter am 29.01. einen weiteren Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung über die Auswahl der Rahmenvereinbarungspartner (Zuschlagsentscheidung) einbrachte.

Entscheidungsätze:

Mit Erk. vom 22.03. wies das BVwG den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab. Einen Tag später, am 23.03. wies es den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurück bzw. den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren ab.

In ihren Erkenntnissen führte das BVwG begründend aus, dass das Angebot des Bieters ausgeschieden wurde und der gegen diese Ausscheidensentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag bereits mit dem - einen Tag zuvor ergangenen - Erk. vom 22.03. abgewiesen wurde. Dem Bieter komme daher keine Antragslegitimation zu.

Dagegen brachte der Bieter eine a.o. Revision beim VwGH ein und begründete die Zulässigkeit der Revision damit, dass die Frage der Antragslegitimation für jenen Fall noch nicht klargestellt sei, da er noch vor der Entscheidung über die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung (hier: 22.03.) einen Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagsentscheidung (hier: 29.01.) eingebracht habe. In diesem Fall sei der antragstellende Bieter zum Zeitpunkt der Einbringung des Nachprüfungsantrags noch nicht rechtskräftig ausgeschieden.

VwGH-Entscheidungsätze:

Der VwGH führte dazu aus, dass er seine Entscheidung grundsätzlich an der zum Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage auszurichten hat.

„Zum Zeitpunkt der Erlassung der hier angefochtenen Entscheidung war das Angebot der Revisionswerberin auf Grund des Erk. des BVwG vom 22.03.2018 unstrittig als rechtskräftig ausgeschieden anzusehen, was der Entscheidung über den verfahrensgegenständlichen Antrag zugrunde zu legen war.“

Schlussfolgerung:

Es lag somit nach Ansicht des VwGH gegenständlich keine unklare Rechtslage vor, die die Zulässigkeit der Revision begründen könnte. Die Revision wurden daher zurückgewiesen.

BEGRÜNDUNGSPFLICHT VON AUSSCHIEDENSENTSCHEIDUNGEN; LVwG Wien

LVwG Wien vom 6.12.2018, GZ: VGW-123/072/13557/2018-21

Leitsatz:

Die Entscheidung des AG, das Angebot eines Bieters auszuschneiden, muss ausreichend begründet werden.

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren im OSB zum Abschluss einer RV für gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten in mehreren Losen durch, wobei der Auftragswert der einzelnen Lose im USB lag. Die ASt hat in drei Losen Angebote abgegeben und den Zuschlag für ein Los erhalten.

Das Vergabeverfahren wurde danach aufgrund eines Nachprüfungsantrags vor dem LVwG Wien unterbrochen und nach Abschluss dessen hinsichtlich der noch nicht vergebenen Lose fortgesetzt. Die Angebote zu den noch offenen Losen wurden unter Berücksichtigung der Entscheidung des LVwG Wien im o.a. Nachprüfungsverfahren von der AG neuerlich geprüft.

In den Ausschreibungsunterlagen war als Mindestanforderung festgelegt, dass die Beschäftigungsnachweise für MitarbeiterInnen aus den Jahren 2015, 2016 bis einschließlich 30.06.2017 vorgelegt werden müssen.

Die AG ging aufgrund des Vorverfahrens davon aus, dass die Mitarbeiter, für die die Beschäftigungsnachweise zu erbringen waren, durchgehend bei der jeweiligen Bieterin beschäftigt sein mussten.

Die ASt, welche an der mündlichen Verhandlung im Vorverfahren nicht teilgenommen hatte, wurde von der AG mehrfach zur Nachreichung von Beschäftigungsnachweisen aufgefordert - diesen Aufforderungen kam die ASt auch nach. Im Aufklärungsgespräch hat sich die AG auf das Fehlen von Nachweisen und auf das Vorverfahren bezogen, ohne auf die fehlenden Voraussetzungen näher einzugehen. Die Angebote der ASt für zwei Lose wurden in der Folge ausgeschieden.

Dagegen richten sich die gegenständlichen Nachprüfungsanträge im Wesentlichen mit der Begründung, dass entgegen § 141 Abs 3 BVergG von der AG kein Grund, sondern lediglich die Gesetzesbestimmungen in den Ausscheidensentscheidungen angeführt waren.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien stellte zunächst fest, dass die AG im vorliegenden Fall nur den Gesetzestext des § 141 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG angeführt hat, ohne aus den dort angeführten Ausscheidensgründen den oder diejenigen auszuwählen, auf den bzw. die sie sich konkret bezieht.

Bei den in Z 2 und Z 7 angeführten Gründen handelt es sich um völlig unterschiedliche Ausscheidensgründe, denen ein völlig unterschiedliches Fehlverhalten zugrunde liegt.

Das Unterbleiben jeglicher auf das konkrete Angebot bezogenen Begründung verfehlt laut VwGH nur dann nicht den Zweck der Verpflichtung zur Begründung der Ausscheidensentscheidung, wenn der ASt ohnedies aufgrund der schriftlichen und mündlichen Kommunikation der AG im Zuge der Angebotsprüfung klar sein muss, worauf sich die Ausscheidensentscheidung stützt.

Im ggst. Fall wurden sowohl die Gründe, auf die sich die AG bei den Ausscheidensentscheidungen gestützt hat, als auch das Verständnis der AG, wonach sich die Beschäftigungsnachweise auf Mitarbeiter beziehen müssen, die in den angegebenen Jahren durchgehend bei der Bieterin beschäftigt sein mussten, erst in der mündlichen Verhandlung vor dem LVwG Wien zum Ausdruck gebracht. Das Verständnis der AG komme aber weder in der Entscheidung, noch in der Verhandlungsschrift aus dem Vorverfahren zum Ausdruck.

Schlussfolgerung:

Das LVwG Wien kommt zu dem Schluss, dass weder aus der Ausscheidensentscheidung selbst noch aus den Vergabeakten nachvollziehbar ist, auf welchen konkreten Ausscheidensgrund sich die AG gestützt hat. Wenn die Ausscheidensgründe erst im Nachprüfungsverfahren vom Gericht herausgearbeitet werden müssen, ist dies nicht ausreichend, um den Rechtsschutz der Bieter sicherzustellen.

Den Anträgen der ASt auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidungen wurde daher stattgegeben.

WEITERGABE DES GESAMTEN AUFTRAGES; LVwG Wien

LVwG Wien vom 8.02.2019, GZ: VGW-123/046/13423/2018

Leitsatz:

Eine Weitergabe des gesamten Auftrags durch den Bieter ist unzulässig, sofern es sich nicht um einen Kaufvertrag oder die Weitergabe an verbundene Unternehmen handelt.

Sachverhalt:

In einem offenen Verfahren wurden Bau- und Montageleistungen ausgeschrieben. Die präsumtive ZE verfügte selbst über keine AN und hat daher den gesamten Auftrag an SU weitergegeben. Unter anderem benannte sie die F GmbH für die Erbringung von Bauleistungen und die D GmbH für die Erbringung von Elektroleistungen als Subunternehmerinnen.

Die Gesellschaftsanteile der präsumtiven ZE wurden zu 50 % von der D GmbH und zu 50 % von der F GmbH gehalten. Die handelsrechtlichen GF der präsumtiven ZE fungierten zugleich als handelsrechtliche GF der D GmbH bzw. der F GmbH.

Die an der zweiten Stelle gereichte ASt bekämpfte die Zuschlagsentscheidung mit der Begründung, dass die präsumtive ZE selbst nicht befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen und von ihr auch keine verbundenen Unternehmen als SU genannt wurden, an welche der gesamte Auftrag hätte weitergegeben werden können.

Entscheidungssätze:

In seiner Entscheidung hielt das LVwG Wien zunächst fest, dass die Weitergabe des gesamten Auftrags nur dann vergaberechtskonform sein könne, wenn wesentliche Teile der Leistung von einem als SU benannten verbundenen Unternehmen erbracht werden. Das LVwG Wien prüfte daher, ob es sich bei der F GmbH bzw. der D GmbH um ein mit der präsumtiven ZE verbundenes Unternehmen iSd § 2 Z 40 BVergG handelt.

Das LVwG Wien führte aus, dass die D GmbH zwar 50 % der Gesellschaftsanteile an der präsumtiven ZE hält (neben den von der F GmbH gehaltenen 50 %); sie damit allerdings nicht Mehrheitseigentümerin ist und aufgrund der Eigentumsverhältnisse und der finanziellen Beteiligungen keinen beherrschenden Einfluss auf die präsumtive ZE ausübt.

Ein konsolidierter Jahresabschluss läge nicht vor und gibt es weder einen Syndikatsvertrag noch rechtsverbindliche Vorgaben, die einen beherrschenden Einfluss der D GmbH bzw. der F GmbH gewährleisten würden. Dazu komme, dass die D GmbH nach Ansicht des LVwG Wien selbst nicht davon ausgehe, dass es sich bei ihr und der präsumtiven ZE um verbundene Unternehmen handle.

Anders lasse es sich nicht erklären, dass die D GmbH in ihrem Jahresabschluss die präsumtive ZE nicht als verbundenes Unternehmen angeführt hat, obwohl sie dazu gem. § 238 Abs 1 Z 20 UGB verpflichtet gewesen wäre.

Schlussfolgerung:

Das LVwG Wien kam somit zu dem Ergebnis, dass es sich bei der F GmbH, der D GmbH und der präsumtiven ZE um keine miteinander verbundenen Unternehmen handelt.

Mit Verweis auf die zwingende Vorgabe des § 98 Abs 1 BVergG, wonach die Weitergabe des gesamten Auftrags unzulässig ist, sofern es sich nicht um einen Kaufvertrag oder die Weitergabe an verbundene Unternehmen handelt, erklärte es die Zuschlagsentscheidung für nichtig.

Zur Unzulässigkeit der a.o. Revision hielt das LVwG Wien fest, dass zur gegenständlich relevanten Frage, ob verbundene Unternehmen vorliegen, zwar keine einschlägige Rsp. des VwGH oder des EuGH zu finden sei, sich aus dem Gesetz jedoch klar entnehmen lässt, *„dass sich ein beherrschender Einfluss nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich entsprechend manifestieren muss, um von verbundenen Unternehmen ausgehen zu können“*.

AUSNAHMETATBESTAND „ARBEITSVERTRÄGE“; EuGH

EuGH vom 25.10.2018, GZ: C-260/17

Leitsatz:

In diesem Erk. hat sich der EuGH damit auseinandergesetzt, was unter dem Ausnahmetatbestand der „Arbeitsverträge“ gem. § 9 Abs 1 Z 16 BVergG zu verstehen ist.

Sachverhalt:

Anlassfall waren befristete Einzelarbeitsverträge über Reinigungsdienstleistungen in Gebäuden und angrenzenden Bereichen zur Abdeckung von Spitzenzeiten.

Die Ermittlung der Personen, mit denen die Arbeitsverträge abgeschlossen wurden, erfolgte auf Grundlage objektiver Kriterien (z.B. Dauer der Arbeitslosigkeit, frühere Berufserfahrung und Anzahl unterhaltsberechtigter minderjähriger Kinder).

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH stellte fest, dass der Begriff „Arbeitsverträge“ in der Vergabe-RL nicht definiert wird und somit autonom und einheitlich auszulegen ist. Darunter sind Verträge zu verstehen, *„aufgrund derer eine öffentliche Stelle natürliche Personen beschäftigt, um selbst Dienstleistungen zu erbringen, und mit denen ein Arbeitsverhältnis begründet wird, innerhalb dessen diese Personen während einer bestimmten Zeit für diese öffentliche Stelle und nach deren Weisung Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten“*.

Zudem stellte der EuGH klar, dass es für die Qualifikation eines Vertrages als Arbeitsvertrag unerheblich ist, ob die Personen nach objektiven oder subjektiven Kriterien ausgewählt werden und ob die Arbeitsverträge befristet oder unbefristet sind.

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis wurden die ggst. befristeten Einzelarbeitsverträge vom EuGH als von der Vergabe-RL2014/24/EU ausgenommene Arbeitsverträge qualifiziert.

BESTIMMUNGEN IN RAHMENVEREINBARUNGEN; EuGH

EuGH vom 19.12.2018, GZ: C-216/17

Leitsatz:

In diesem Erk. hat sich der EuGH mit folgenden Fragen zur Gestaltung von RV beschäftigt:

Kann die Vergabe-RL dahin ausgelegt werden, dass sie den Abschluss einer RV gestatten, bei der

- ein öffentlicher AG für sich selbst und für andere speziell genannte öffentliche AG handelt, diese aber nicht unmittelbar an der Unterzeichnung dieser RV mitwirken, und
- die Menge der Leistungen, die die nicht unterzeichnenden öffentlichen AG verlangen können, wenn sie die in dieser RV vorgesehenen Folgeaufträge abschließen, nicht bestimmt ist?

Gesetzliche Grundlagen:

Nach der RL 2004/18/EU werden Aufträge, die auf einer RV beruhen, nach Verfahren vergeben, die nur zwischen dem öffentlichen AG und den Wirtschaftsteilnehmern anzuwenden sind, die von Beginn an an der RV beteiligt sind. Das Erfordernis, von Beginn an an der RV beteiligt zu sein, gilt aber nur für die Wirtschaftsteilnehmer.

Die RL erlaubt einem öffentlichen AG, anderen öffentlichen AG den Zugang zu einer RV zu eröffnen, die er im Begriff ist, mit den Wirtschaftsteilnehmern zu schließen. Die RL verlangt nicht, dass ein „sekundärer“ öffentlicher AG an der Unterzeichnung der RV beteiligt war, um anschließend einen Folgevertrag abschließen zu können. Es reicht aus, dass ein solcher öffentlicher AG als potenzieller Nutznießer dieser RV ab dem Zeitpunkt ihres Abschlusses erscheint, indem er ausdrücklich genannt wird.

Diese Nennung kann entweder in der RV selbst oder in einem anderen Dokument erfolgen, wenn die Anforderungen an die Publizität u. Rechtssicherheit und damit an die Transparenz eingehalten werden.

EuGH-Entscheidungssätze:

Zum Erfordernis der Mengenangabe hielt der EuGH fest, dass eine RV zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Aus dem Adverb „gegebenenfalls“ kann nicht abgeleitet werden, dass die Angabe der Menge fakultativ zu verstehen ist.

Die RL sieht vor, dass von Beginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand der Folgeverträge sein können, bestimmt sein muss. Aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und aus dem Verbot, die RV missbräuchlich zu verwenden, folgt, dass alle Bedingungen und Modalitäten in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen.

Schlussfolgerung:

Der EuGH kam daher zu dem Ergebnis, dass die RL 2004/18/EU dahin auszulegen ist, dass der öffentliche AG für sich selbst und für andere eindeutig bezeichnete öffentliche AG, die nicht unmittelbar an einer RV beteiligt sind, handeln kann, wenn die Gebote der Publizität und der Rechtssicherheit und damit das Transparenzgebot beachtet werden.

Die RL 2004/18/EU ist jedoch dahin auszulegen, dass es nicht zulässig ist, dass diese öffentlichen AG nicht die Menge der Leistungen bestimmen, da sonst gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung verstoßen wird.

VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG; LVwG Wien

LVwG Wien vom 14.02.2019, GZ: VGW-123/074/16784/2018

Leitsatz:

Eine vertiefte Angebotsprüfung ist vom AG verpflichtend durchzuführen, wenn die Preise ungewöhnlich niedrig sind und Zweifel bestehen, ob die Preise angemessen sind.

Grundsätzliches:

Wenn sich ein Bieter an einem Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot abgibt, kann es sein, dass sich der AG bei ihm meldet und wissen will, wie der Angebotspreis zustande gekommen ist. Konkret erfragt der AG die Angebotskalkulation des Bieters.

Dafür wird vom AG häufig ein detailliertes Kalkulationsblatt gefordert (sog. „K-Blätter“), mit dem eine plausible Kalkulation nachzuweisen ist. Dieser Vorgang wird „vertiefte Angebotsprüfung“ genannt. Darf nun der Bieter in so einem Fall seine ursprüngliche Kalkulation ändern bzw. eine neue Kalkulation vorlegen?

Sachverhalt:

Im ggst. Fall hat eine AG in einem offenen Verfahren Zimmererarbeiten ausgeschrieben. Eine Bieterin hat - wie in der Ausschreibung vorgesehen - mit ihrem Angebot diverse K-Blätter vorgelegt. Das K3-Blatt wies handschriftliche Vermerke auf und war weder nachvollziehbar noch plausibel. Die AG führte daraufhin eine vertiefte Angebotsprüfung durch und veranlasste ein Aufklärungsgespräch.

Danach ermittelte die Bieterin erneut ein K3-Blatt (ohne handschriftliche Vermerke), änderte darin jedoch bestimmte Kalkulationswerte. Die AG traf daraufhin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bieterin.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde von einer anderen Bieterin mit der Begründung bekämpft, dass das Angebot der präsumtiven ZE nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien wertete die Vorlage eines neuen, geänderten K3-Blattes als eine unzulässige neue bzw. geänderte Kalkulation und erklärte die Zuschlagsentscheidung daher für nichtig.

ÄNDERUNG EINER KALKULATION; LVwG Wien

LVwG Wien vom 4.04.2019, GZ: VGW-123/074/3389/2019

Leitsatz:

Die im Angebot erfolgte Preiskalkulation darf in weiterer Folge nicht mehr gravierend verändert werden.

Sachverhalt:

im ggst. Fall schrieb eine AG die winterliche Betreuung von Gehsteigen, Radwegen und Märkten in Wien im Rahmen eines offenen Verfahrens im OSB aus. Laut Ausschreibung waren in die im Angebot angegebenen Preise alle Kosten und Abgaben einzukalkulieren.

Da für die AG die Angebotskalkulation einer Bieterin für Personal- und Fahrzeugkosten nicht plausibel erschien, wurde die Bieterin dazu aufgefordert, mittels K-Blättern die Kalkulation betriebswirtschaftlich zu erklären. Die Bieterin reichte K-Blätter nach, stellte darin jedoch die mit dem Angebot abgegebene Erstkalkulation stark verändert dar (z.B. Einsatztage wurden reduziert, Änderung der Personalkosten zw. + 11,6 und - 12,4 %, keine Kalkulation der Lohnnebenkosten, erstmals wurden auch Einsatzstunden angegeben).

Die AG schied die Bieterin daraufhin aufgrund nicht plausibler Preisgestaltung aus. Die Ausscheidensentscheidung wurde von der Bieterin angefochten.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien hat entschieden, dass die Abweichungen zwischen der Erstkalkulation und der Kalkulation in den K-Blättern so eklatant waren, dass sich die Kalkulation als nicht plausibel dargestellt hat.

Schlussfolgerung:

Ist man als Bieter mit der Situation konfrontiert, dass der AG im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung die Vorlage einer detaillierten Kalkulation verlangt (beispielsweise in Form von K-Blättern), darf dies nicht zum Anlass genommen werden, durch Änderungen der Kalkulation einen möglicherweise ursprünglich unplausiblen Preis zu einem plausiblen Preis zu machen.

Diese Neukalkulation würde den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter sowie der Transparenz des Vergabeverfahrens widersprechen. Daher ist es besonders wichtig, dass der Angebotspreis vor Abgabe des Angebotes plausibel und vollständig kalkuliert wird.

Praxistipp:

- Die Ausschreibungsunterlagen und die darin enthaltenen Kalkulationsvorgaben genau zu lesen;
- sämtliche - insbesondere die direkt zurechenbaren - Kosten und Abgaben (z.B. Personal-, Material- und Transportkosten, Steuern, etc.) zu berücksichtigen;
- kollektivvertragliche Mindestlöhne nicht zu unterschreiten.

ERFOLGREICHE SELBSTREINIGUNG; EuGH

EuGH vom 24.10.2018, GZ: C-124/17

Leitsatz:

Eine der Voraussetzungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung ist eine aktive Zusammenarbeit des betroffenen Unternehmers mit dem AG.

Grundsätzliches:

Liegt eine einschlägige rechtskräftige Verurteilung eines Unternehmers vor oder wurden Verstöße gegen die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen und/oder Steuern festgestellt, führt dies regelmäßig zum Ausschluss von Vergabeverfahren.

Begründet wird dies mit der fehlenden beruflichen Zuverlässigkeit gem. § 80 Abs 1 BVergG. Eine solche Verfehlung hat aber nicht nur Auswirkungen auf ein konkretes Vergabeverfahren. Vielmehr kann eine Sperrwirkung von bis zu fünf Jahren damit verbunden sein (§ 83 Abs 5)

Was kann ein Unternehmer in einem solchen Fall nun tun?

Er kann Maßnahmen ergreifen, die glaubhaft machen und geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlung bzw. Verfehlung zu verhindern („Selbstreinigung“)

Nach § 83 BVergG hat der Unternehmer insbesondere folgende Maßnahmen nachweislich zu treffen:

- Ausgleich des durch die Straftat oder Verfehlung verursachten Schadens,
- aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zur Klärung aller Umstände der Straftat oder Verfehlung,
- Ergreifung effektiver Maßnahmen zur Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens,
- Einschaltung eines Organs zur inneren Revision zur Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben oder
- Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.

Die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen sind vom AG zu prüfen. Der AG hat dabei die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zu Schwere und Anzahl der vom Unternehmer begangenen Straftaten oder Verfehlungen zu setzen.

Der EuGH hat nun in einem Erk. die Vorgaben für die erfolgreiche Selbstreinigung konkretisiert:

Sachverhalt:

Im Ausgangsfall ergriff der betroffene Unternehmer erfolgreich organisatorische und personelle „Selbstreinigungsmaßnahmen“ und erklärte sich zum Ausgleich des entstandenen Schadens bereit. Er verweigerte allerdings die Übermittlung des gegen ihn ergangenen Bußgeldbescheides an den AG. Er vertrat dabei die Auffassung, dass

seine aktive Zusammenarbeit mit den zuständigen Ermittlungsbehörden für seine Selbstreinigung ausreichen würde.

EuGH-Entscheidungssätze:

Der EuGH entschied, dass der Unternehmer alle Tatsachen und Umstände seiner begangenen Straftat oder Verfehlung auch durch aktive Zusammenarbeit mit dem AG aufzuklären hat.

Die Aufklärung beschränkt sich jedoch auf die Erbringung des Nachweises, dass die vom Unternehmer getroffenen Maßnahmen für die Zuverlässigkeit und die weitere Zulassung zum Vergabeverfahren ausreichend sind.

Schlussfolgerung:

Zum Nachweis der Zuverlässigkeit sollte der betroffene Unternehmer daher dem AG alle Auskünfte und Informationen zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und der erfolgten wirksamen Selbstreinigung übermitteln.

Für den Fall, dass der betroffene Unternehmer (noch) keine geeigneten und effektiven Maßnahmen zur Selbstreinigung getroffen hat, steht es diesem jederzeit frei, solche Maßnahmen zu ergreifen und sich dann in weiterer Folge wiederum an einem öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

LEGUNG MEHRERER HAUPTANGEBOTE; VwGH

VwGH vom 27.02.2019, GZ: Ra 2016/04/0103

Leitsatz:

Die Legung zweier Angebote, die sich nur im Preis unterscheiden, ist vergaberechtlich unzulässig.

Sachverhalt:

Eine Bieterin hatte bei der Ausschreibung von Heizcontainern mit Erdgasbetrieb im USB in ihrem Angebot zwei verschiedene Kesselsysteme angeboten und hierfür lediglich ein Preisblatt vorgelegt. Die ASt wies darauf hin, dass die Legung mehrerer Hauptangebote vergaberechtlich unzulässig ist.

Entscheidungssätze:

Das LVwG OÖ beurteilte diese Vorgehensweise als eine zulässige Abgabe von zwei Hauptangeboten mit zwar gleichem Gesamtpreis, aber unterschiedlichem qualitativem Inhalt.

VwGH-Entscheidungssätze:

Der VwGH teilte die Ansicht des LVwG OÖ, wonach zwei Hauptangebote vorlagen, und verwies auf seine bisherige Judikatur, wonach die Legung zweier Angebote, die sich lediglich im Preis unterscheiden, vergaberechtlich unzulässig ist.

Zum Anlassfall stellte er jedoch fest, dass sich diese zwei Angebote nicht nur im Preis unterschieden, sondern vielmehr einen qualitativen Unterschied in der angebotenen Leistung aufwiesen, der von der AG anhand der Zuschlagskriterien zu bewerten war.

Schlussfolgerung:

Im Ergebnis war die Legung von zwei Hauptangeboten somit zulässig, weil sich diese nicht nur im Preis, sondern auch hinsichtlich bewertungsrelevanter qualitativer Inhalte unterschieden.

Zweifelhaft ist, ob die Legung mehrerer Hauptangebote auch dann zulässig wäre, wenn die inhaltlichen Unterschiede der Angebote nicht anhand von festgelegten Zuschlagskriterien bewertungsrelevant wären.

VERSPÄTETER NACHPRÜFUNGSANTRAG; LVwG Wien

LVwG Wien vom 10.11.2017, GZ: VGW-123/077/14327/2017

Leitsatz:

Bieter dürfen sich nicht ungeprüft darauf verlassen, dass die Angaben der AG in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Ende der Stillhaltefrist richtig berechnet sind

Sachverhalt:

Im Anlassfall hatte die AG in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ein um einen Tag zu spätes Ende der Stillhaltefrist angegeben. Das Verfahren war als offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages bekannt gemacht worden. Die gesetzlich festgesetzte Stillhaltefrist beträgt 10 Tage. Demnach hätte die Stillhaltefrist 1 Tag früher geendet, als von der AG angegeben worden ist.

Die ASt trat zunächst an die AG mit dem Anliegen heran, diese möge die Zuschlagsentscheidung zurücknehmen. Darauf erfolge keine Antwort seitens der AG. Daraufhin brachte die ASt bei noch offener Antragsfrist zum angegebenen Endtermin für die Stillhaltefrist einen Nachprüfungsantrag ein.

Auf den Vorhalt des LVwG Wien, dass der Antrag 1 Tag verspätet eingelangt ist, stellte die ASt einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumnis der Antragsfrist.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien wies den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab sowie den Nachprüfungsantrag zurück und begründete dies so:

Die ASt hat die Frist für den Nachprüfungsantrag auf Grund eines Rechtsirrtums versäumt. Der Rechtsirrtum lag darin, dass sie aufgrund der unzutreffenden Angabe der AG in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung irrtümlich davon ausging, dass die Frist für den Nachprüfungsantrag, gegen die ihr am 9.10.2017 zugestellte Zuschlagsentscheidung, am 20.10.2017 enden würde und nicht tatsächlich am 19.10.2017. Denn tatsächlich beträgt die Stillhaltefrist 10 Tage.

Ein Rechtsirrtum stellt nach der Rsp. des VwGH nur in Ausnahmefällen ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis dar, das die Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bilden könnte (VwGH vom 25.04.2014, GZ: 2013/21/0240).

Hinzu kommt, dass sich Parteien nach ständiger Rsp. des VwGH auf Auskünfte von Behörden nicht ungeprüft verlassen dürfen. Diese höchstgerichtliche Rsp. ist nach Ansicht des LVwG auf Wiedereinsetzungsanträge wegen unrichtiger Angabe der Stillhaltefrist durch öffentliche AG sinngemäß zu übertragen.

Schlussfolgerung:

Die Problematik, dass sich eine AG bei der Berechnung des Endes der Stillhaltefrist irrt und eine ASt dadurch die Frist für einen Nachprüfungsantrag versäumt, kann leicht eintreten.

Dem Beschluss des LVwG Wien zufolge, dürfen sich Bieter aber nicht ungeprüft darauf verlassen, dass die Angaben der AG in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Ende der Stillhaltefrist auch tatsächlich richtig berechnet sind.

VERMUTETE NULLPOSITION IN DER KALKULATION; LVwG Wien

LVwG Wien vom 14.06.2018, GZ: VGW-123/074/6204/2018

Leitsatz:

Oftmals sind rechtsschutzsuchende Bieter bei ihren Vorbringen in ihren Nachprüfungsanträgen auf Vermutungen angewiesen.

Sachverhalt:

Eine AG führte ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im USB betreffend die Verlegung von Glasfaserkabeln nach dem Billigstbieterprinzip durch. Da der Preis der 2.-gereihten Bieterin um 0,18% über dem Preis der 1.-gereihten Bieterin lag, erließ die AG die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der 1.- gereihten Bieterin.

Aufgrund des geringen Abstandes brachte die 2.- gereichte Bieterin einen Nachprüfungsantrag ein. Die ASt bracht vor, dass sie aufgrund ihrer Branchenkenntnisse davon ausgehe, dass die präsumtive ZE in einer konkret angeführten Position die Lohnkosten unzulässiger Weise mit „0“ angesetzt habe. Das Angebot der präsumtiven ZE sei daher spekulativ, betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar und überdies ausschreibungswidrig.

Entscheidungssätze:

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die AG die Kalkulation der präsumtiven ZE sorgfältig geprüft und hinsichtlich bestehender Unklarheiten auch Aufklärung verlangt hat. Durch die gegebene Aufklärung wurde auch die ursprüngliche Kalkulation der präsumtiven ZE inhaltlich nicht verändert.

Das LVwG Wien wies den Nachprüfungsantrag daher ab.

Schlussfolgerung:

Zweitgereichte Bieter stehen in derartigen Fällen vor der Situation, mit ihrem Nachprüfungsantrag quasi „ins Blaue schießen“ zu müssen. Sie können nämlich in der Regel nur vermuten, dass der jeweils geltend gemachte Kalkulationsmangel - oder der sonstige geltend gemachte Angebotsmangel - auch tatsächlich vorliegt.

WEITERGABE DES GESAMTEN AUFTRAGES; LVwG Wien

LVwG Wien vom 8.02.2019, GZ: VGW-123/046/13423/2018

Leitsatz:

Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist noch keine Subunternehmerleistung.

Sachverhalt:

Die AG führte ein offenes Verfahren im USB zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend Bau- und Elektroarbeiten durch und erließ eine Zuschlagsentscheidung. Der 2.- gereichte Bieter brachte dagegen einen Antrag auf Nichtigerklärung ein.

Im Verfahren war zu prüfen, ob die präsumtive ZE unzulässiger Weise den gesamten Auftrag an eine SU weitergegeben hat. Die Problematik lag einerseits darin, dass die präsumtive ZE selbst über keinen einzigen AN verfügte und lediglich ein handelsrechtlicher GF vorhanden war, der für sie das für die Leistungserbringung benötigte Material einkaufen sollte. Sämtliche ausführende Tätigkeiten sollten von der SU verrichtet werden. Insoweit stellte sich die Frage des Vorliegens einer gänzlichen Auftragsweitergabe an die SU.

Die präsumtive ZE brachte vor, dass wegen der engen Verflechtung zwischen ihr und ihrer SU ohnedies miteinander verbundene Unternehmen vorliegen würden und daher auch eine gänzliche Weitergabe des Auftrages zulässig sei.

Entscheidungssätze:

Dem LVwG Wien zufolge lag eine gänzliche Auftragsweitergabe vor, wobei die präsumtive ZE und ihre SU nicht als verbundene Unternehmen anzusehen seien. Die Zuschlagsentscheidung wurde daher für nichtig erklärt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Ausgeschrieben waren Bau- und Montageleistungen. Diese Leistungen können direkt nur von Bietern erbracht werden, die selbst AN beschäftigen. Zumal die präsumtive ZE selbst über keinen einzigen AN verfügt, hat sie für die in Rede stehenden Leistungen eine SU benannt, die diese Leistungen erbringen sollte.

Somit hat sie den gesamten Auftrag iSd § 83 Abs 1 an eine SU weitergegeben. Daran vermag auch der Umstand, dass Großbestellungen betreffend des für die Leistungserbringung benötigten Materials vom handelsrechtlichen GF persönlich vorgenommen wurden, nichts zu ändern. Denn dabei handelt es sich lediglich um bloße Hilfsleistungen, die nicht Teil der vom AN auszuführenden Leistung sind.

Aber auch die von der präsumtiven ZE als verbundenes Unternehmen ins Spiel gebrachte D-GmbH ist kein verbundenes Unternehmen iSd § 2 Z 40. Laut Firmenbuchauszug hält die D-GmbH zwar 50% der Geschäftsanteile an der präsumtiven ZE, sie ist damit allerdings nicht Mehrheitseigentümerin und übt aufgrund der Eigentumsverhältnisse und der finanziellen Beteiligungen auch keinen beherrschenden Einfluss auf die präsumtive ZE aus.

Schlussfolgerung:

Ein Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den AN erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von Material und Bestandteilen bei einem Bauauftrag ist daher nur eine Hilfs- und keine eigenständige Subunternehmerleistung.

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 2019

Dies 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) 51450-1010,
Hinweis! Diese Information finden Sie auch im Internet unter <http://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!