



# WIRTSCHAFTS RECHT

**AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE  
ENTSCHEIDUNGEN  
TEIL II**

**STAND: DEZEMBER 2011**

## Inhalt

|  |    |
|--|----|
| UMFANG VON VOR-, VOLLENDUNGS- UND ERGÄNZUNGSARBEITEN.....    | 3  |
| UMFANG SONSTIGER RECHTE VON GEWERBETREIBENDEN .....          | 6  |
| ZUM BEGRIFF DER „EIGENEN LEISTUNG“ .....                     | 8  |
| AN DEN WIDERRUF IST KEIN STRENGER MASSSTAB ANZULEGEN .....   | 10 |
| FEHLER BEI DER VERLESUNG DER ANGEBOTE .....                  | 11 |
| MANGELHAFT AUSGEFÜLLTE BIETERLÜCKEN .....                    | 13 |
| BERICHTIGUNG UND RECHTSKRAFT VON AUSSCHREIBUNGEN .....       | 14 |
| REFERENZEN SIND UNTERNEHMENS- UND NICHT KONZERNBEZOGEN ..... | 15 |
| AUSSCHEIDEN EINES UNZUREICHEND VERSCHLOSSENEN ANGEBOTS ..... | 16 |
| ROLLENVERTEILUNG IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN .....              | 18 |
| BERECHNUNG DER ANFECHTUNGSFRIST.....                         | 19 |
| RECHTSIRRTUM EINES RECHTKUNDIGEN .....                       | 21 |
| WIDERSPRUCH ZU DEN ANGEBOTSBEDINGUNGEN.....                  | 23 |
| GLEICHPREISIGKEIT IM BILLIGSTBIETERPRINZIP .....             | 25 |
| GLEICHWERTIGKEIT EINES REFERENZPROJEKTES .....               | 26 |
| TRENNBARKEIT GEMISCHTER VERTRÄGE .....                       | 27 |
| ÄNDERUNG ODER WEGFALL DER EIGNUNG .....                      | 28 |
| KEINE NACHTRÄGLICHE VERGBESSERUNG VON FEHLPLANUNGEN .....    | 29 |
| VERLESUNG BESTIMMTER ANGABEN BEI DER ANGEBOTSÖFFNUNG .....   | 30 |

## UMFANG VON VOR-, VOLLENDUNGS- UND ERGÄNZUNGSARBEITEN

VwGH - Rechtssprechung

Nach § 32 GewO stehen allen Gewerbetreibenden auch „sonstige Rechte“ zu, die oft als „Nebenrechte“ bezeichnet werden. Die mit der GewO-Novelle 2002 neu eingeführte Regelung bezüglich der Vor-, Vollendungs- und Ergänzungsarbeiten lautet:

„Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vor- und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.“

Die Materialien führen dazu aus:

„Die gem. Abs 1 Z 1 in geringem Umfang zulässiger Weise erbrachten Leistungen anderer Gewerbe müssen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht werden, das auf die Erbringung einer Gesamtleistung abzielt, die die eigene Leistung und die ergänzende Leistung umfasst. Die ergänzende Leistung eines anderen Gewerbes kann daher nicht alleiniger Gegenstand eines solchen Vertrages sein. Was eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung ist, leitet sich vor allem aus der Sicht des Nachfragers der Gesamtleistung ab.“

Die für das Vergabeverfahren wesentliche Bedeutung dieser Bestimmung ist, dass der Bieter - unter Berufung auf § 32 Abs 1 Z 1 GewO - die entsprechenden Leistungsteile grundsätzlich mit eigenem Personal ausführen darf. Er muss daher kein eigenes Gewerbe anmelden und auch keine Subunternehmer namhaft machen. Dafür hat der Gesetzgeber diese Arbeiten aber umfangmäßig beschränkt.

Bis zu mehreren Entscheidungen des VwGH war aber umstritten, wie diese Umfangsbeschränkung konkret zu verstehen ist.

**VwGH-Aussage:**

**1. Vor-, Vollendungs- und Ergänzungsarbeiten können alle Arbeiten sein, die einem anderen Gewerbe zukommen.**

**Sachverhalt:**

Die AG hatte Bauarbeiten ausgeschrieben. Der Bf wurde mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden wurde, weil sie darin keinen Subunternehmer für die Fliesenlegerarbeiten namhaft gemacht habe. Daraufhin gab die Bf an, dass sie die Fliesenlegerarbeiten schon aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe gem. § 32 Abs 1 Z 1 GewO ausführen könne, ohne einen Subunternehmer beschäftigen zu müssen.

Dennoch wurde das Angebot der Bf ausgeschieden.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

Nach Ansicht des VwGH verkannte die belangte Behörde die Bedeutung des § 32 Abs 1 Z 1 GewO. Zunächst ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 32, dass diese Bestimmung für alle Gewerbetreibenden gilt. In § 32 werden die Nebenrechte der Gewerbetreibenden einheitlich zusammengefasst und damit übersichtlich gestaltet. Dabei kommen diese „sonstigen Rechte“ allen Gewerbetreibenden zu, gleichgültig ob ein freies oder ein reglementiertes Gewerbe ausgeübt wird.

Der VwGH sprach daher aus, dass ein Baumeister - sofern der zulässige Umfang nicht überschritten werde - auch Leistungen des reglementierten Gewerbes Platten- u. Fliesenleger erbringen darf.

**VwGH-Aussage:**

**2. Die in § 99 Abs 2 GewO genannten Tätigkeiten kommen zu jenen des § 32 GewO hinzu.**

Die Bestimmung des § 99 Abs 2 GewO lautet:

„Der Baumeister ist weiters berechtigt, auch die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen und zu berechnen und zu leiten. Er ist auch berechtigt, diese Arbeiten im Rahmen seiner Bauführung selbst auszuführen, soweit es sich um Tätigkeiten der Betonwarenerzeuger, Kunststeinerzeuger, Terrazzomacher, Schwarzdecker....handelt.

Die Herstellung von Estrich u. Trockenbauertätigkeiten darf der Baumeister unabhängig von einer Bauführung übernehmen und ausführen.“

**Sachverhalt:**

Hier hatte die bel. Behörde angenommen, dass der Baumeister zu Vor- und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO „nur im Zusammenhang mit den in § 99 Abs 2 GewO aufgezählten Tätigkeiten“ befugt wäre.

Da im § 99 Abs 2 Fliesenlegerarbeiten nicht aufgezählt seien, käme dem Baumeister eine diesbezügliche Befugnis nicht zu und dieser müsse sich daher eines hiezu befugten Gewerbetreibenden (Subunternehmers) bedienen.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

Dazu stellte der VwGH fest, dass § 99 jene Tätigkeiten aufzählt, zu denen der Baumeister einerseits typischerweise (Abs 1) und andererseits „weiters“ (Abs 2) - somit zusätzlich zu den nach anderen Vorschriften (wie etwa § 32) bestehenden Befugnissen - berechtigt ist.

Während also § 32 Abs 1 Z 1 allen Gewerbetreibenden - und damit auch dem Baumeister - erlaubt, Leistungen anderer Gewerbe, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, in geringem Umfang zu erbringen, zählt § 99 Abs 1 die typischen Befugnisse der Baumeister auf und ergänzt diese in Abs 2 um näher genannte Arbeiten, die der Baumeister weiters - und zwar nicht bloß in geringem Umfang erbringen darf.

In Bezug auf Vor-, Vollendungs- und Ergänzungsarbeiten ist damit festzuhalten, dass die in § 99 Abs 2 genannten Arbeiten nicht unter die Umfangsgrenze des § 32 Abs 1 Z 1 fallen, sondern diese zusätzlich erbracht werden können.

**VwGH-Aussage:**

**3. Entscheidend für die Zulässigkeit ist das preisliche Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenleistungen.**

**Sachverhalt:**

Die AG hatte Erd-, Baumeister- und Installationsarbeiten ausgeschrieben, Konkret ging es um Arbeiten im Umfang von 6,43% des Gesamtauftrages, die dem reglementierten Gewerbe Gas- und Sanitärtechnik zukommen. Das Angebot der Bf wurde ausgeschieden, weil die Gas- und Sanitärtechnikerarbeiten als „wesentlicher Leistungsteil“ qualifiziert wurden.

Die Auffassung der AG, der preisliche Aspekt und damit die Frage des prozentuellen Anteils am Gesamtentgelt bzw. an der Angebotssumme könne außer Betracht bleiben, ist nach Ansicht des VwGH durch § 32 Abs 1 Z 1 nicht gedeckt.

Diese Bestimmung spricht nämlich ausdrücklich (quantitativ) von Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang und stellt nicht (qualitativ) auf die Wesentlichkeit der Leistungen ab.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

Laut Auffassung des VwGH liegt es daher auf der Hand, dass die strittigen Leistungen die eigenen Leistungen iSd § 32 Abs 1 Z 1 wirtschaftlich sinnvoll ergänzen und daher die Ausscheidung des Angebotes der Bf zu Unrecht erfolgt ist.

**VwGH-Aussage:**

**4. Nebenleistungen im Ausmaß von 6,43% überschreiten den zulässigen geringfügigen Umfang nicht.**

Hinsichtlich des Umfangs der Vor-, Vollendungs- und Ergänzungsarbeiten wurde in der Literatur eine Zahl zwischen 3 und 10% genannt.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

Im geschilderten Anlassfall kam der VwGH zum Ergebnis, dass ein Anteil von 6,43% an Vor-, Vollendungs- und Ergänzungsarbeiten den zulässigen Umfang jedenfalls nicht überschritten hat.

## UMFANG SONSTIGER RECHTE VON GEWERBETREIBENDEN

VwGH vom 24.02.2010, Zl: 2006/04/0148

### **Leitsätze:**

§ 32 Abs 1 Z 1 GewO regelt die den Gewerbetreibenden bei Ausübung ihrer Tätigkeit zustehenden Nebenrechte, wobei bei deren Ausübung der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten bleiben muss.

§ 32 Abs 1 Z 1 GewO erlaubt allen Gewerbetreibenden - und damit auch dem Baumeister - u.a., Leistungen anderer Gewerbe, welche die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, „in geringem Umfang“ zu erbringen.

Bei Leistungen von insgesamt 6,43% der Angebotssumme kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es sich um derartige Leistungen im geringen Umfang handelt.

### **Sachverhalt:**

Eine Gemeinde hatte Erd-, Baumeister- u. Installationsarbeiten zur Herstellung einer Abwasserbeseitigungsanlage ausgeschrieben. Das Bauvorhaben umfasste u.a. die Errichtung von Abwasserdruckleitungen, die Installation von Spülschächten und Entlüftungsventilen, die Verlegung von Wasserleitungsrohren sowie Pflasterungen aus Natursteinen.

Die von der Gemeinde ergangene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes eines Bieters, der lediglich das Baumeistergewerbe innehat und keine Subunternehmer auf dem Gebieten der Gas- und Sanitärtechnik oder der Pflasterer im Angebot genannt hatte, wurde von einem Bieter beim UVS Niederösterreich angefochten, und dieser erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig.

Laut Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft u. Arbeit steht dem Baumeister- wie auch allen anderen Gewerbetreibenden das Recht zu, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, welche die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungen anderer Gewerbe überschreiten dann nicht einen geringen Umfang, wenn nicht mehr als 10% des Gesamtentgeltes auf diese Leistungen anderer Gewerbe entfallen.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

In seinem Erkenntnis führt der VwGH u.a. aus, dass § 32 Abs 1 Z 1 GewO allen Gewerbetreibenden - und damit auch dem Baumeister - u.a. erlaubt, Leistungen anderer Gewerbe, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, „in geringem Umfang“ zu erbringen.

Ausgehend vom Beschwerdevorbringen, demzufolge die strittigen Leistungen insgesamt 6,43% der Angebotssumme ausmachten, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es sich um Leistungen im geringen Umfang handelt.

Die Ausführung der belangten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich dabei um einen „wesentlichen Leistungsteil“ handelt und daher der preisliche Aspekt außer Betracht bleiben kann, trifft daher nicht zu.

### **Praxistipp:**

Der VwGH hebt - wie schon in seinem Erk vom 10.12.2009, Zl: 2009/04/0250 - hervor, dass es bei der Abgrenzung von Leistungen „in geringem Umfang“ gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO nicht auf die Wesentlichkeit der Leistungen ankommt, d. h. nicht auf den qualitativen Umfang, sondern ausschließlich auf den quantitativen Umfang.

Dementsprechend ist es irrelevant, ob Leistungen Teil von „wesentlichen Positionen“ eines Leistungsverzeichnisses sind, oder bloß in „sonstigen Positionen“ vorkommen. Die Begründung des UVs Niederösterreich, dass der Bieter mangels eigener Befugnis Subunternehmer hätte nennen müssen, weil es sich um einen „unwesentlichen Leistungsteil zur Funktion der Anlage“ handle, ist also unzutreffend, weil dies im Wortlaut des § 32 Abs 1 Z 1 GewO („in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe“) keine Entsprechung findet.

## ZUM BEGRIFF DER „EIGENEN LEISTUNG“

VKS Wien vom 22.04.2010, VKS-019/10

### **Leitsätze:**

Das Liefern und Montieren von Türen stellt als Zulieferung im Rahmen einer Bauführung eine eigene Leistung des Baumeisters dar, zu der er befugt ist.

Ein Baumeister darf im Rahmen seiner Bauführung Türen liefern und montieren (Zulieferung) und im Rahmen dieser Zulieferung die von ihm gelieferten und montierten Türen auch abhobeln - obwohl letzteres an sich eine Tischlerarbeit ist; soweit diese Tischlerarbeit einen geringen Umfang (nicht mehr als 10% des Gesamtentgeltes) nicht überschreitet.

### **Sachverhalt:**

Laut Auftraggeber verfügt die Antragstellerin zwar über eine Berechtigung für das Baumeistergewerbe. Die Leistungsgruppe (LG 43) besetzt allerdings im Liefern, Anpassen, Versetzen und Montieren von Türen. Dies sei keine Leistung, welche die eigenen Leistungen der ASt - nämlich die Baumeisterarbeiten - wirtschaftlich sinnvoll ergänzen würde. Der Einbau der Türsysteme wäre daher dem Tischlerhandwerk zuzuordnen. Mit der Baumeisterbefugnis dürfe die ASt diese Leistungen keinesfalls durchführen. Es liege daher keine Geringfügigkeit im Sinne des § 32 GewO vor.

Laut ASt betrage der Anteil der Tischlerarbeiten nur 1,2% der Gesamtangebotssumme, sei daher geringfügig und daher in den sonstigen Rechten, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen gem. § 32 Abs 1 Z 1 GewO gedeckt.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Wie der VKS Wien bereits in einer anderen Entscheidung (VKS-20362/08) ausgeführt, hat, kann von Leistungen von geringem Umfang dann gesprochen werden, wenn das Entgelt für die Tischlerleistungen 10% des Gesamtentgeltes nicht übersteigt. Im gegenständlichen Fall macht die ergänzende Leistung mit 1,2% der Gesamtauftragssumme (Tischlerarbeiten) nur einen sehr geringen Anteil der eigenen Leistungen (Baumeisterarbeiten) aus.

Damit können die von der ASt angebotenen Leistungen jedenfalls im Rahmen ihrer gewerberechtlichen Befugnis erbracht werden, zumal es sich bei den über die Baumeistertätigkeiten hinausgehenden Leistungen lediglich um solche geringen Umfangs handelt, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.

### **Praxistipp:**

- Die Prüfung, ob der Bieter für die angebotenen Leistungen befugt ist, hat auch die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß § 32 GewO einzuschließen.
- Das Vorliegen der Befugnis ist nur insoweit zu verneinen, als weder der Umfang der vorhandenen Befugnis, noch der Katalog der sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden (§ 32 GewO) die Tätigkeit abdeckt. Daher ist gegebenenfalls nicht nur ein allfälliges Vorliegen des § 32 Abs 1 Z 1 Fall 3 GewO (wirtschaftlich sinnvolle, umfangmäßig geringe Ergänzung einer eigenen Leistung) auszuschließen, sondern auch jeder andere Tatbestand des § 32 Abs 1 GewO.
- Ein Baumeister darf im Rahmen seiner Bauführung in den Grenzen des § 32 GewO Türen liefern und montieren (Zulieferung) und im Rahmen dieser Zulieferung in geringem Umfang die von ihm gelieferten und montierten Türen auch abholen, obwohl letzteres an sich eine Tischlerarbeit ist.



- Etwaige Auffassungsunterschiede zwischen AG und Bieter über dessen Befugnisumfang sind unter Beteiligung des Bieters (der VKS spricht von „Vorhalteverfahren“) abzuklären.

## AN DEN WIDERRUF IST KEIN STRENGER MASSTAB ANZULEGEN

BVA vom 20.08.2010, N/0058-BVA/13/2010-17

### **Leitsatz:**

Ein Widerruf einer bereits bestandsfest gewordenen Ausschreibung kann zulässig sein, wenn Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen notwendig werden und wenn der AG einen zu geringen bzw. eingeschränkten wirtschaftlichen Wettbewerb befürchtet.

### **Sachverhalt:**

Die BIG hatte zur Anschaffung von Alufenstern und Portalschlosserarbeiten für das BG/ BRG Villach einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (OSB) im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Die Auftraggeberin gab in der Ausschreibung ein Leitprodukt an und bot gleichzeitig die Möglichkeit, ein gleichartiges Produkt anzubieten. Sie beschrieb jedoch in der Ausschreibung das anzubietende gleichartige Produkt so detailgenau, dass praktisch kaum ein anderes Produkt als das Leitprodukt anbietbar war.

Nachdem die Ausschreibung bestandsfest und damit nicht mehr abänderbar geworden war, erkannte die AG dies und wollte die Ausschreibung widerrufen.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Das BVA hat diesen Widerruf mit dem Argument für zulässig erklärt, dass es in der Ausschreibung versehentlich unterlassen worden sei, eine entsprechende Bandbreite für das anzubietende gleichwertige System ausdrücklich zu definieren, wodurch der Wettbewerb erheblich eingeschränkt worden sei.

Im Sinne eines erhöhten Wettbewerbs sei es daher sachlich gerechtfertigt, diese Ausschreibung zu widerrufen, um bei einer neuerlichen Ausschreibung die versehentlich unterlassene Bandbreite in der Leistungsbeschreibung einfügen zu können.

### **Praxistipp:**

Der ggst. Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung wurde abgewiesen. Das BVA hat dabei festgestellt, dass entsprechend den Materialien sowie der ständigen Judikatur des EuGH an die Bestimmungen betreffend den Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist.

Den AG kann geraten werden, wenn sie bei der Ausschreibung eines Leitprodukts mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit formulieren, nicht ausschließlich das Leitprodukt vor Augen zu haben, sondern dabei eine bestimmte Bandbreite zuzulassen, um nicht dem Anbieter des Leitprodukts von vornherein einen Wettbewerbsvorteil zukommen zu lassen.

## FEHLER BEI DER VERLESUNG DER ANGEBOTE

VwGH vom 17.09.2010, Zl: 2009/04/0289

### **Leitsätze:**

Die korrekte Durchführung der Angebotsöffnung ist Sache des Auftraggebers.

Das Unterlassen einer verpflichtenden Verlesung bei der Angebotsöffnung führt für den Fall dass durch die Unterlassung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde, zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung.

### **Sachverhalt:**

Die gegenständliche Ausschreibung betraf die Vollwartung einer Rohrpostanlage eines Krankenhauses. Darin wurde die Zuschlagserteilung aufgrund von 2 Obergruppen vorgesehen. Eine - mit 60% gewichtete - Obergruppe betraf den Preis für die Wartung, die andere - mit 40% gewichtete und als Eventualposition ausgewiesene - betraf den Preis für Ersatzteile. Bei der Verlesung der Angebote im Rahmen der Angebotsöffnung wurden lediglich bei 2 der 6 vorgelegten Angebote auch Preise der zweiten Obergruppe verlesen. In der Folge wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebots der Beschwerdeführerin getroffen, welches zur Gänze - also sowohl hinsichtlich des Preises der OG 1, als auch der OG 2 - verlesen worden war.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde aufgrund des Antrags eines Mitbewerbers, dessen Angebot nicht zur Gänze verlesen worden war, von der bel. Behörde für nichtig erklärt.

Die Beschwerdeführerin vertrat in ihrem Vorbringen an den VwGH einerseits die Auffassung, dass das Unterbleiben des Vorlesens von - gem. § 118 Abs 5 BVergG - verpflichtend zu verlesenden Angaben im Angebot dazu führe, dass dieses Angebot „vergaberechtlich nicht existent“ geworden war. Darüber hinaus sei es bei den Bietern gelegen, dass Unterlassen der Verlesung schon bei der Öffnung der Angebote zu rügen, was jedoch nicht erfolgt sei.

Der Mitbieterin fehle folglich die Antragslegitimation für den Nachprüfungsantrag an die bel. Behörde.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die - nicht konkret bekämpfte - Ansicht der belangten Behörde, dass die vorliegende Unterlassung von verpflichtenden Verlesungen bei der Angebotsöffnung zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führt, entspricht nicht der Judikatur (vgl. insb. das von der belangten Behörde zitierte, zum BVergG 2002 ergangene Erkenntnis vom 21.12.2004, Zl: 2004/04/0100).

Aus den dargelegten Gründen war die Beschwerde daher als unbegründet abzuweisen.

### **Praxistipp:**

Der VwGH verwarf das Vorbringen der Beschwerdeführerin mit folgender Argumentation:

Zunächst ist aus Rechtsschutzüberlegungen nicht davon auszugehen, dass ein Angebot mangels Verlesung vergaberechtlich als nicht existent anzusehen sei. Dem Bieter stünde im Falle einer solchen Sichtweise nämlich kein Rechtsmittel zur Verfügung, um sich gegen eine derartige Vorgangsweise zur Wehr zu setzen.

Die sachkundige Kommission, welche die Verlesung durchführte, habe nicht versehentlich, sondern ganz bewusst - nämlich im Glauben, dies sei aufgrund der Vielzahl der Preise der OG 2 rechtlich gedeckt - die Verlesung von Teilen der Angebote unterlassen. Diese Rechtsmeinung der sachkundigen Kommission musste der Vertreter des Bieters bei der Angebotsöffnung im Beschwerdefall nicht hinterfragen und daher die daran anknüpfende Unterlassung der Verlesung auch nicht rügen, um die Antragslegitimation des Bieters für das Nachprüfungsverfahren aufrecht zu erhalten.

Der Ansicht der bel. Behörde, wonach im vorliegenden Fall die Unterlassung der verpflichtenden Verlesung zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu führen hatte, wurde mit Hinweis auf das Erk. vom 21.12.2004, Zl: 2004/04/0100, nicht widersprochen. In diesem Erk. wurde ausgeführt, dass die Relevanz für den Ausgang des Verfahrens bereits dann gegeben sei, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Verfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht würde.

Offen ließ der VwGH, ob die Antragslegitimation des Bieters auch dann gewahrt wäre, wenn im Falle eines versehentlichen Unterbleibens der Verlesung von Teilen des Angebots keine nachträgliche Rüge dieses Umstands durch den Bieter erfolgt. Eine explizite Rügeobliegenheit des Bieters im Zusammenhang mit der Öffnung der Angebote kann dem BVergG jedenfalls nicht entnommen werden. Wollte man im Denken an die „Mitwirkungspflicht“ der Beteiligten eine Rügeobliegenheit ins Auge fassen, so wäre jedenfalls zu beachten, dass § 118 Abs 1 Satz 3 zwar die Bieter berechtigt - aber nicht verpflichtet - an der Öffnung der Angebote teilzunehmen.

## MANGELHAFT AUSGEFÜLLTE BIETERLÜCKEN

UVS Stmk vom 15.07.2010, 44.8-1/2010-19

### **Leitsätze:**

Wird im Leistungsverzeichnis die Anführung des angebotenen Erzeugnisses und dessen Type verlangt, widerspricht die Angabe des Lieferanten in den Bieterlücken den präkludierten Vorgaben der Ausschreibung.

Auch bei einer Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip kann es durch eine nachträgliche Mängelbehebung zu einer Verbesserung der Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters kommen.

Wegen Ausschreibungswidrigkeit sowie aufgrund der Verlegung der Angebotserstellung in den Zeitraum nach Abgabe des Angebots, ist ein derartiges Angebot auszuscheiden.

### **Sachverhalt:**

Die Antagstellerin stand auf dem Standpunkt, dass die nachträgliche Nennung der Type, bezogen auf den Angebotspreis, zu keiner Änderung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbewerbern führen könne, da der Angebotspreis auch bei nachträglicher Bekanntgabe der Type gleich bleibe. Die ASt habe ein bindendes Angebot abgegeben; der Preis, zu dem die ASt ihre Leistungen angeboten habe, stehe somit fest und könne auch nicht abgeändert werden. Es sei vollkommen üblich, dass in derartigen Bieterlücken nicht das Produkt, sondern der Lieferant angeführt wird. Durch die nachträgliche Bekanntgabe der vollständigen Produkt- und Typenbezeichnung ändere sich nichts an der Wettbewerbsstellung der ASt gegenüber den anderen Bietern.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Da aber im gegenständlichen LV jeweils die Angabe des angebotenen Erzeugnisses und dessen Type verlangt war, widersprach das Angebot der ASt den präkludierten Vorgaben der Ausschreibung. Die ASt hat dadurch gesetz- und ausschreibungswidrig die erforderliche Tätigkeit zur Angebotserstellung in einem Zeitraum nach Abgabe des Angebots verlagert, indem sie ihr Angebot geändert und den rechtserheblichen Aufwand zur Angebotserstellung nicht innerhalb der Angebotsfrist des offenen Verfahrens getätigt hat.

Bei dem aufgezeigten Mangel des Angebots der ASt handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel, weshalb das Angebot der ASt gem. § 129 Abs 1 Ziff 7 BverGG auszuscheiden war.

### **Praxistipp:**

Bieter sollten die Bieterlücken sorgfältig ausfüllen und darauf Bedacht nehmen, welche Informationen nach dem Ausschreibungstext tatsächlich anzugeben sind.

Eine Erklärung iSd § 106 Abs 7 BVerGG im Begleitschreiben zum Angebot sorgt dafür, dass - sollten die vom Bieter angebotenen Erzeugnisse nach der sachverständigen Prüfung durch den AG nicht als gleichwertig empfunden werden - das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten gilt und somit das Ausscheiden des Angebots verhindert wird.

## BERICHTIGUNG UND RECHTSKRAFT VON AUSSCHREIBUNGEN

VKS Wien vom 17.08.2010, VKS-8435/10

### **Leitsätze:**

Die Bestandskraft von nicht berichtigten Teilen der Ausschreibungsunterlagen bleibt im Falle einer Berichtigung der Ausschreibung bestehen.

Die Berichtigung der Ausschreibung ist eine sonstige Festlegung des AG während der Angebotsfrist.

Die berichtigte Ausschreibung ist aber nur mehr im Umfang der Berichtigung anfechtbar.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die Bestandskraft der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen ist ein zentraler Aspekt des Vergaberechts. Laut EuGH ist dies für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend, müssen doch alle Bieter auf die Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen vertrauen können. Es besteht dazu eine umfangreiche Judikatur des EuGH, VwGH und der Vergabenachprüfungsbehörden.

Die grundsätzliche Problematik aber entsteht, wenn die Ausschreibung in einzelnen Punkten berichtigt und aus diesem Grund die ursprüngliche Angebotsfrist verlängert wird. In diesem Fall verlängert sich grundsätzlich auch die Frist für die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen.

Die Verlängerung dieser Anfechtungsfrist ist aus Gründen des Rechtsschutzes notwendig, um den Bietern die Möglichkeit zu eröffnen, eine allenfalls fehlerhafte Berichtigung von den Vergabenachprüfungsbehörden überprüfen zu lassen.

Demnach unterliegt die Ausschreibung nur hinsichtlich jener Teile neuerlich einer Anfechtungsmöglichkeit, die mit der Berichtigung geändert wurden.

## REFERENZEN SIND UNTERNEHMENS- UND NICHT KONZERNBEZOGEN

BVA vom 14.02.2011; F/0001-BVA/13/2011-14

### **Leitsätze:**

Bei der Prüfung der für die technische Leistungsfähigkeit erforderlichen Referenzen ist unternehmensbezogen zu prüfen, ob der Bieter die geforderten Referenzen auch durchgeführt hat.

Dabei ist es nicht relevant, welche Referenzen andere Unternehmen besitzen, auch wenn diese anderen Unternehmen die Konzernmutter oder -tochter des jeweiligen Bieters sind.

### **Sachverhalt:**

Im ggst. Fall konnte die ASt die im Rahmen der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit geforderten Referenzen nicht nachweisen. Deshalb kam sie für den Zuschlag nie in Betracht, weshalb ihr die Antragslegitimation abgesprochen und der Antrag zurückgewiesen wurde.

Die ASt hatte vorgebracht, dass mangels eigener Referenzen die Referenzen ihrer Konzernmutter zu werten gewesen wären. Dies deshalb, weil sie auf das know-how und das Fachpersonal sowie die Kapazitäten der Konzernmutter Zugriff habe und sich daher auf diese konzerninterne Unterstützung berufen könne.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Bei dieser Argumentation betreffend die technische Leistungsfähigkeit hat die ASt den Blick in die Vergangenheit mit dem Blick in die Zukunft vermischt, da sie sich darauf beruft, mit welchen Mitteln sie künftig den Auftrag ausführen will. Dies ist aber etwas anderes als die (rückblickende) Prüfung der Referenzen, bei der entscheidend ist, ob der Bieter selbst das Referenzprojekt durchgeführt hat.

### **Praxistipp:**

Bei der Angabe von Referenzprojekten sollte besonders darauf geachtet werden, ob - auch wenn die Firmennamen in einem konzernverbundenen Unternehmen noch so ähnlich klingen - auch wirklich der Bieter selbst das Referenzprojekt durchgeführt hat.

## AUSSCHEIDEN EINES UNZUREICHEND VERSCHLOSSENEN ANGEBOTS

BVA vom 12.08.2010; N/0060-BVA/02/2010-22

### **Leitsätze:**

Die Zurücknahme einer vom AG getroffenen und bekannt gemachten gesondert anfechtbaren Entscheidung ist jederzeit möglich. Ausschließlich in jenen Fällen, wo das Vergabeverfahren durch Widerruf oder Zuschlag beendet wurde, ist eine derartige Zurücknahme ausgeschlossen.

§ 110 BVergG richtet sich an den Bieter. ihm obliegt es, sein Angebot sowohl inhaltlich, als auch der Form nach entsprechend auszugestalten. Die Formvorschrift ist nicht disponibel und hat den Zweck, ein unabsichtliches vorzeitiges Öffnen von Umschlägen, die Angebote enthalten, auszuschließen.

### **Sachverhalt:**

Im Bescheid hat das BVA die mittlerweile ständige Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden bekräftigt, dass gesondert anfechtbare Entscheidungen als einseitige Willenserklärungen des AG grundsätzlich jederzeit zurück genommen werden können. Ausgeschlossen ist dies nur in jenen Fällen, in denen das Vergabeverfahren formal beendet wird, nämlich im Falle der Widerrufserklärung und der Zuschlagserteilung.

Von Interesse ist der ggst. Bescheid jedoch insofern, als er das Spannungsverhältnis zwischen dem Vertrauen des Bieters auf die Bestandskraft von AG-Entscheidungen und dem Recht des AG, allenfalls falsche oder irrtümliche einseitige Entscheidungen zurückzunehmen und zu korrigieren, aufzeigt.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hat der AG die Ausscheidens - und Zuschlagsentscheidung nach Ablauf der Anfechtungsfrist zurück genommen. Zum Zeitpunkt der Zurücknahme war diese aufgrund der Präklusionswirkung bereits bestandsfest. Während der AG daher nach Eintritt der Präklusionswirkung auf die Bestandskraft seiner Entscheidungen - selbst wenn diese Entscheidung mit gravierenden formellen oder materiellen Rechtswidrigkeiten befasst ist - vertrauen kann, können Bieter auf diese Bestandskraft nicht vertrauen, da der AG diese Entscheidungen jederzeit und somit auch nach Ablauf der Präklusionsfristen zurücknehmen und korrigieren kann.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Ebenso interessant sind die Ausführungen des BVA im Zusammenhang mit den in § 110 Satz 1 BVergG festgelegten Formvorschriften. § 110 verfolgt den Zweck, dass eine unbeabsichtigte Öffnung des Angebots ausgeschlossen und somit die Echtheit, Unverfälschtheit und Vertraulichkeit des Angebots gewahrt bleibt. Daraus leitet sich die entsprechende Verpflichtung des Bieters ab, das Angebot derart auszufertigen, dass eine solche unbeabsichtigte Öffnung hintan gehalten wird. Auch wenn die Gefahr der Unversehrtheit des Angebots ab dem Einlegen beim AG von diesem zu tragen ist, trägt dieser ab diesem Zeitpunkt nicht das volle Risiko. Stellt sich später - wie im vorliegenden Sachverhalt - heraus, dass das Angebot offenkundig nur unzureichend verschlossen war, so geht dieser Umstand voll zu Lasten des Bieters und das Angebot ist auszuschneiden.

Anders ist jene Konstellation zu beurteilen, in dem sich das Angebot durch unsachgemäße Handhabung öffnet. In diesem Fall trifft dem AG die Pflicht, dem Bieter eine Sanierungsmöglichkeit einzuräumen, sofern hierdurch keine Wettbewerbsverzerrung eintritt.



**Praxistipp:**

Bei der Erstellung des Angebots empfiehlt es sich für Bieter, besonderes Augenmerk auf den sorgfältigen und ausreichenden Verschluss des Angebots zu legen. Wie der betreffende Bescheid zeigt, werden die Formvorschriften des § 110 BVergG streng ausgelegt.

## ROLLENVERTEILUNG IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN

BVA vom 26.11.2010; N/0108-BVA/2008-130

### **Leitsätze:**

Beruft sich der AG auf die Ausnahmebestimmung des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur 1 Bieter, hat er die Voraussetzungen für dieses Vorgehen vor Verfahrenseinleitung nachzuweisen.

Im Nachprüfungsverfahren ist der AG zu den Voraussetzungen des § 29 Abs 2 Z 2 beweispflichtig.

Diese Beweislast besteht auf Basis der Unterlagen des Vergabeverfahrens und kann nicht durch Schritte im Nachprüfungsverfahren nachgeholt, ergänzt od. ersetzt werden.

### **Sachverhalt:**

In diesem Erkenntnis geht es um die Frage der Rollenverteilung im Vergabeverfahren zwischen AG und Nachprüfungsbehörde, insbesondere inwieweit Schritte des Vergabeverfahrens vor der Nachprüfungsbehörde nachgeholt, substituiert oder ergänzt werden können.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Das BVA betont dabei, dass der AG die entsprechenden Voraussetzungen bereits vor Einleitung des Verfahrens nachweislich zu ermitteln hat. Der Vergabekontrollbehörde kommt damit lediglich die Rolle zu, diese Grundlagen (samt Nachweisen) nachträglich zu überprüfen. Eine Ergänzung, Nachholung oder gar der Ersatz dieser AG-Pflicht durch Schritte vor dem BVA kommt demnach nicht in Betracht.

### **Praxistipp:**

AG müssen ihre Schritte im Vergabeverfahren nachvollziehbar begründen und dokumentieren. Diese Anforderung erlangt bei der Wahl einer Verfahrensart ohne vorherige Bekanntmachung besondere Wichtigkeit. Dies ergibt sich vor allem aus einem Erkenntnis des VfGH vom 5.12.2008, Zl: G 113/08, wo angeführt wird, dass der AG für die Tatsachen beweispflichtig ist, die eine Unterlassung der öffentlichen Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens rechtfertigen.

Wie diese Begründungs- und Beweispflicht zur Erfüllung des Ausnahmetatbestands konkret ausgestaltet ist, stellt stets eine Frage des Einzelfalls dar.

Aus der vorliegenden Entscheidung kann für die Wahl eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur 1 Bieter bei Lieferaufträgen u.a. herausgelesen werden, dass der AG die rechtfertigenden Grundlagen bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens, und zwar nachweislich (dokumentiert) ermittelt haben muss, sachverständig vorzugehen hat, die europaweite Marktsituation berücksichtigen muss sowie sich nicht auf Hersteller (hier: von Medizinprodukten) sondern auf Lieferanten zu beziehen hat.

## BERECHNUNG DER ANFECHTUNGSFRIST

VKS Wien vom 18.11.2010, VKS-11629/10

### **Leitsätze:**

Die Zurückrechnung der Angebotsfrist wird durch die Anwendung des § 32 AVG um den Tag des fristauslösenden Ereignisses, da er nicht mitgerechnet wird, verlängert.

Die Verlängerung der Zurückrechnung bewirkt, dass sich die Frist für die Anfechtung um einen Tag verkürzt.

### **Sachverhalt:**

Die AG schrieb einen Bauauftrag im OSB im offenen Verfahren aus. Dabei ging es im Rahmen der Generalsanierung eines Hallenbads um die Vergabe der Errichtung des Kassensystems u. der Zugangskontrolle.

Die ASt bekämpfte die gesamte Ausschreibung, da diese zahlreiche Mängel aufweise. In der Entscheidung ging es fast ausschließlich um die Frage, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Der VKS Wien wies den Nachprüfungsantrag als verfristet zurück.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

im ggst. Vergabeverfahren beträgt die Angebotsfrist mehr als 17 Tage. Das Ende der Angebotsfrist war der 27.10.2010, 10 Uhr. Nach § 24 Abs 4 WVRG können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 20.10.2010 im Faxwege beim VKS Wien eingelangt.

### Judikatur des VwGH:

Der VwGH hat i zur Frage der Zurückrechnung von Anfechtungsfristen wie folgt Stellung genommen:

Gem. § 4 Abs 3 Satz 1 Oö VergRSG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen, wobei der Tag es Endes der genannten Frist in diese 7 Tage nicht eingerechnet wird.

Der VwGH hat zur Bestimmung des § 321 Abs 2 Z 1 BVergG und der dort enthaltenen Fristenregelung „binnen 3 Tagen vor..“ festgehalten, dass der Nachprüfungsantrag trotz Verwendung der Wortfolge „binnen einzubringen“ nicht innerhalb dieser 3-tägigen Frist, sondern spätestens 3 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden muss. Dabei handle es sich nämlich um eine verfahrensrechtliche Frist, sodass gem. § 32 Abs 1 AVG der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitzuzählen ist.

### Schlussfolgerungen des VKS Wien:

Ausgehend von diesen Überlegungen des VwGH ist daher bei der Berechnung der Frist für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags der Tag an dem die Angebote spätestens abgegeben werden müssen (also der 27.10.2010) nicht mitzurechnen.

Bei den 7 Tagen handelt es sich somit um die vorangehenden 7 Kalendertage. Wenn daher die AG hinweist, dass der Nachprüfungsantrag spätestens am 19.10.2010 eingebracht hätte werden müssen, steht das durchaus im Einklang mit der dazu ergangenen VwGH-Judikatur.

Bei Fristen, die vom Tag des fristauslösenden Ereignisses in die Zukunft gerechnet werden, hat dies zur Folge, dass für die ASt ein Tag mehr zur Verfügung steht.

**Praxistipp:**

Die vergaberechtlichen Fristen für Nachprüfungsanträge sind verfahrensrechtliche Fristen. Daher wird der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitgerechnet.

Liegt der Tag des fristauslösenden Ereignisses vor der Frist, so „verlängert“ sich die Frist um diesen Tag.

Liegt der Tag des fristauslösenden Ereignisses hingegen am Ende der Frist, wird also zurück gerechnet, so „verkürzt“ sich die Frist um einen Tag.

## RECHTSIRRTUM EINES RECHTKUNDIGEN

BVA vom 22.03.2011; N/0017-BVA/05/2011-24

### **Leitsätze:**

Wenn die Versäumung einer Frist auf einem Rechtsirrtum eines Rechtskundigen beruht, stellt dies jedenfalls keinen minderen Grad des Versehens dar und kommt daher eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht.

Eine Fristversäumung aufgrund eines Rechtsirrtums eines Rechtskundigen kann nicht als unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis iS des Gesetzes qualifiziert werden.

Die materiell-rechtliche Stillhaltefrist ist von der verfahrensrechtlichen Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags strikt zu unterscheiden.

### **Sachverhalt:**

Die BIG schrieb Bautischlerarbeiten in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im USB aus. Zur Angebotsabgabe wurden neben der Ast noch 4 weitere Unternehmer eingeladen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B wurde allen Bietern am 3.03.2011 mit Telefax bekannt gegeben. Darin wurde auch darauf hingewiesen, dass die Stillhaltefrist gem. § 132 BVerG am 12.03.2011 endet.

Am 11.03.2011 wurde der von einem Juristen Dr. L (= GF der ASt) unterzeichnete Nachprüfungsantrag beim BVA eingebracht. Nach einer 1. Prüfung teilte das BVA Dr. L mit, dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich verspätet eingebracht wurde.

Die ASt stellte daraufhin am 15.03.2011 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Nachprüfungsantrags. Begründend führte die ASt aus, dass die Versäumung auf einen Irrtum des Dr. L beruhe. Dieser sei davon ausgegangen, dass die in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Stillhaltefrist noch nicht abgelaufen sei. Dr. L habe sich aber auch an den Besuch eines Vergaberechts-Seminars erinnert, wonach dort referiert worden wäre, dass bei den Entscheidungsfristen des BVÁ nicht auf Tage, sondern auf Werktage abzustellen sei. Daher sei Dr. L davon ausgegangen, dass die Frist für das Stellen eines Nachprüfungsantrags, die am 4.03.2011 begonnen hat - wenn der Sonntag nicht mitzurechnen sei - am 11.03.2011 endet.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Dem rechtskundigen Vertreter der ASt sind 2 Rechtsirrtümer unterlaufen:

Einerseits setzte er die Stillhaltefrist des § 132 BVerG mit der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags gleich und ging davon aus, dass das Ende der Stillhaltefrist zugleich auch das Ende der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags sei. Nach dem System des BVerG ist jedoch die verfahrensrechtliche Frist des § 321 zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags von der materiell-rechtlichen Stillhaltefrist entkoppelt und von dieser zu unterscheiden.

Andererseits war er der irrigen Auffassung, dass durch den Sonntag (6.03.2011) das Ende der Frist behindert würde. Verfahrensrechtliche Fristen, wie die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags, sind nach den Bestimmungen der §§ 32 ff AVG zu berechnen. Gemäß § 32 Abs 1 wird bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt od. das Ereignis fällt, wonach sich der Umfang der Frist richten soll.

Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 3.03.2011 bekannt gegeben. Der Beginn der 7-tägigen Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags war demnach der 4.03.2011. Da nach § 32 Abs 1 AVG der Beginn u. der Lauf einer (verfahrensrechtlichen) Frist durch Sonn- und Feiertage nicht behindert wird, endet die Frist am 10.03.2011 um 24 Uhr und nicht wie die ASt rechtsirrig vermeinte, am 11.03.2011.

**Praxistipp:**

Den Parteien ist daher anzuraten, sich bei Unklarheiten hinsichtlich der Fristen (Antragsfrist, Stillhaltefrist) bzw. der Fristberechnung, bereits im Vorfeld bei geeigneten Stellen kundig zu machen, da aufgrund der restriktiven Rechtsprechung des VwGH bzw. der Vergabekontrollbehörden, Anträgen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur in den seltensten Fällen Folge gegeben wird.

## WIDERSPRUCH ZU DEN ANGEBOTSBEDINGUNGEN

VwGH vom 25.01.2011, Zl. 2006/04/0200

### **Leitsätze:**

Der allgemeine Hinweis eines Bieters im Begleitschreiben zu seinem Angebot, dass er sich an die ÖNORMEN halten wird, stellt keinen Widerspruch zur Festlegung in den Angebotsbedingungen dar, wonach Festpreise angeboten werden.

Befindet sich in der Fußzeile des Briefpapiers eines Bieters der Hinweis „Es gelten unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen“, ist das Angebot allein deshalb nicht auszuschneiden.

Die Eignung muss zum im § 69 BVergG bestimmten Zeitpunkt vorliegen und darf danach auch nicht mehr verloren gehen.

Aus § 69 BVergG ergibt sich keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung, ob nach den genannten Zeitpunkten die Eignung des Bieters noch vorliegt oder nicht.

### **Sachverhalt:**

Die AG hat Sanierungsarbeiten für eine Wohnhausanlage ausgeschrieben. Das Vorhaben bestand aus mehreren Losen, wobei es gegenständlich um die Vergabe von Schlosserarbeiten ging. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Nach den Ausschreibungsunterlagen waren Festpreise auf Baudauer anzubieten. Im Angebotsformblatt fand sich die Erklärung, die ausgeschriebene Leistung zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu erbringen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin legte ihrem Angebot ein Begleitschreiben bei. In diesem erklärte sie u.a., sich an die ÖNORMEN zu halten. In der Fußzeile des Begleitschreibens befand sich außerdem der vordruckte Hinweis „Es gelten unsere AGB“.

Die 2.-gereichte Bieterin beantragte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, weil das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre. Aus dem Begleitschreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergebe sich nach Ansicht der ASt nämlich, dass diese veränderliche Preise angeboten habe. Außerdem verstoße der Verweis auf die eigenen AGB gegen die vertraglichen Rahmenbedingungen des Auftrags.

Des weiteren legte die ASt im Nachprüfungsverfahren ein nach Zuschlagsentscheidung datiertes KSV-Rating über die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor, aus dem hervorging, dass diese zu diesem späteren Zeitpunkt die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nicht mehr erfüllte.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Der VwGH bestätigte in seinem Erk seine Judikatur vom 19.11.2008, Zl: 2004/04/0102, wonach ein Bieter, der ein widersprechendes Angebot legen möchte, dies klar zum Ausdruck bringen muss. Eine solch klare Mitteilung liegt gegenständlich aber nicht vor. Durch den bloßen Hinweis der Zuschlagsempfängerin, „sie werde sich an die ÖNORMEN halten“ - eine konkrete ÖNORM oder gar konkrete Bestimmung einer solchen wurde im Begleitschreiben vom 15.05.2006 aber nicht angesprochen - hat sie nicht klar zum Ausdruck gebracht, dass die in ihrem Angebot enthaltenen Preise keine Festpreise seien.

Im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Eignungsprüfung argumentiert der VwGH, dass ein AG die Eignung (ausschließlich) zum im § 69 genannten Zeitpunkt beurteilen müsse. Die Eignung dürfe ab diesem Zeitpunkt nicht mehr verloren gehen.

**Praxistipp:**

Der Einleitungssatz des § 69 begründet keine Verpflichtung des AG zu einer ständigen Überprüfung, ob nach dem im § 69 genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht. Nachträgliche, aber vor Zuschlagserteilung hervorgekommene Anhaltspunkte für den Verlust der Eignung, müssen daher nicht berücksichtigt werden.

Der VwGH setzt mit dieser Entscheidung seine Judikaturlinie fort, dass ein Bieter es klar zum Ausdruck bringen muss, wenn er ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte.

Für Bieter ist zu beachten, dass diese „großzügige“ VwGH-Judikatur zu Widersprüchen in Angeboten bislang nur zu (vorgedruckten) Verweisen auf eigene AGB ergangen ist. In nicht vorgedruckten Erklärungen von Bietern kann wohl viel eher ein „klar zum Ausdruck gebrachter Widerspruch“ gesehen werden.

Für AG besteht bei dieser Judikatur das Dilemma, ob sich die Zivilgerichte auch an diese Entscheidungsbegründung des VwGH halten und die AGB des Bieters nicht anwenden.



## GLEICHPREISIGKEIT IM BILLIGSTBIETERPRINZIP

VKS Wien vom 4.11.2010, VKS-10236/10

### **Leitsätze:**

Im Billigstbieterprinzip darf bei Gleichpreisigkeit die Länge des Zahlungsziels nicht für die Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden.

Auch ein Losentscheid darf im Billigstbieterprinzip für den Fall der Gleichpreisigkeit nicht herangezogen werden.

Sieht man für den Fall der Gleichpreisigkeit aber weitere Kriterien vor, so befindet man sich im Bestbieterprinzip.

Eine Gewichtung des Preises mit 100% und eine Berücksichtigung weiterer Zuschlagskriterien nur im Falle der Gleichpreisigkeit ist folglich mit dem Bestbieterprinzip vereinbar.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

VwGH-Erkenntnis zum Losentscheid vom 28.03.2008, Zl: 2005/04/0013:

Der VwGH hat in einem Erkenntnis betreffend dem Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von 12.000 Stück Bürodrehesseln den Losentscheid als Auswahlmodus für die nächste Stufe des Verhandlungsverfahrens als ausdrücklich für zulässig erachtet. Da der betreffenden Ausschreibung das Bestbieterprinzip zugrunde lag, kann der Schluss gezogen werden, dass ein Losentscheid im Bestbieterprinzip zulässig ist.

Die Frage der Zulässigkeit des Losentscheids im Billigstbieterprinzip wurde aber in diesem Erk nicht behandelt.

### **Praxistipp:**

Im Billigstbieterprinzip darf es außer dem Preis kein anderes Zuschlagskriterium geben. Im Billigstbieterprinzip darf daher bei Gleichpreisigkeit weder die Länge des Zahlungsziels als weiteres Zuschlagskriterium noch ein Losentscheid vorgesehen werden.

Sieht man bei Gleichpreisigkeit zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium vor, etwa die Länge des Zahlungsziels oder einen Losentscheid, so befindet man sich im Bestbieterprinzip. Man sollte daher Ausschreibungen, in denen bei Gleichpreisigkeit das längere Zahlungsziel oder das Los entscheidet, als Bestbieterprinzip deklarieren.

## GLEICHWERTIGKEIT EINES REFERENZPROJEKTES

VwGH vom 26.11.2010, Zl: 2008/04/0027

### **Leitsätze:**

Auch wenn in den Ausschreibungsunterlagen gleichwertige Referenzprojekte zugelassen wurden, müssen diese die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Ein Referenzprojekt, das die festgelegten Mindestanforderungen nicht erfüllt, kann daher nicht gleichwertig sein.

### **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurde die Lieferung von Auftausalz mit einer bestimmten Qualität. In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass die Referenzprojekte für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gleichwertig - hinsichtlich der ausschreibungsgegenständlichen Anforderungen an die Qualität des Auftausalzes - sein müssen.

Nach Ansicht eines Sachverständigen hat das gelieferte Auftausalz bei einem Referenzprojekt zwar die Anforderungen an die Qualität aus der gegenständlichen Ausschreibung nicht erfüllt, wäre aber dennoch qualitativ gleichwertig.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Der VwGH hat ausgesprochen, dass die in der Ausschreibung vorgegebenen Qualitätsanforderungen Absolutwerte sind, die jedenfalls eingehalten werden müssen, um von einer Gleichwertigkeit des Referenzprojektes ausgehen zu können.

Die Entscheidung ist nach Ansicht des VwGH vergleichbar mit den Anforderungen an Alternativangebote. Auch hier muss der AG in den Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen im Hinblick auf die Vergleichbarkeit festlegen und der AG darf nur Alternativangebote berücksichtigen, welche die angeführten Mindestanforderungen erfüllen.

### **Praxistipp:**

Bei allgemein gehaltenen Festlegungen wie „Gleichwertigkeit“ lohnt es sich, eine genauere Festlegung zu verlangen, um langwierige Auslegungsschwierigkeiten im Nachhinein zu vermeiden.

## TRENNBARKEIT GEMISCHTER VERTRÄGE

EuGH vom 22.12.2010, Rs C-215/09

### **Leitsatz:**

In einer aktuellen Entscheidung zieht der EuGH auch ein subjektives Kriterium für die Beurteilung der Trennbarkeit eines gemischten Vertrages aus vergabefreien und vergabepflichtigen Leistungen heran.

### **Sachverhalt:**

Der EuGH hatte einen gemischten Vertrag zu beurteilen, der einerseits aus vergabefreien Vertragsteilen (ein öffentlicher AG und ein privater Unternehmer gründen ein Gemeinschafts-unternehmen) und andererseits ausschreibungspflichtigen Leistungen (Erbringung von Dienstleistungen an den öffentlichen AG) bestand.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Der EuGH hat sich u.a. vor allem auf ein subjektives Kriterium gestützt, nämlich die Absicht des AG, die ausschreibungspflichtigen Dienstleistungen nach einer bestimmten Zeit neu ausschreiben zu wollen. Da diese Absicht seitens des AG bestand, entschied der EuGH, dass es sich um voneinander trennbare Vertragsteile handelt. Die ausschreibungspflichtigen Leistungen sind daher in einem eigenen Vergabeverfahren zu beschaffen.

Der EuGH stellt damit ein neues Kriterium für die Prüfung der Trennbarkeit gemischter Verträge auf und entwickelt seine bisherige Rechtsprechung weiter:

In der Rs Swoboda (EuGH 14.11.2002, C-411/00) hat der EuGH noch ausgesprochen, dass eine Pflicht zur Trennung gemischter Verträge nur dann besteht, wenn es sich um eine willkürliche Zusammenfassung von Leistungen handelt.

In der Rs Club Hotel Loutraki (EuGH 6.05.2010, C-145/08 u. C-149/08) hat der EuGH das Kriterium heraus gearbeitet, dass verschiedene Teile eines Vertrages dann als untrennbar verbunden gelten, wenn der gemischte Vertrag mit einem einzigen Partner geschlossen werden muss.

### **Praxistipp:**

Bevor ein gemischter Vertrag vergabefrei vergeben wird, ist die Trennbarkeit der Leistungen nun auch unter dem Aspekt dieses neuen subjektiven Kriteriums zu prüfen.

## ÄNDERUNG ODER WEGFALL DER EIGNUNG

VwGH - Rechtssprechung

### **Leitsatz:**

Ändert sich die Eignung eines Bieters im laufenden Vergabeverfahren oder geht sie gänzlich verloren, treffen AG und Bieter unterschiedliche Pflichten.

Die Eignung eines Bieters muss zum gesetzlich definierten Zeitpunkt (§ 69 BVergG) gegeben sein und darf danach nicht mehr verloren gehen.

### **Sachverhalt:**

Nicht selten tritt aber der Fall ein, dass sich die Eignung bzw. ein geforderter Eignungsnachweis (z.B. das Rating des KSV mit einer bestimmten Punkteanzahl) ändern oder ganz wegfallen. Wie ist damit aus Auftraggeber- bzw. Bietersicht umzugehen?

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Für AG gilt nach einer erst kürzlich ergangenen VwGH-Entscheidung, dass keine Pflicht zur ständigen Überprüfung der Eignung besteht; auch dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte für den Wegfall der Eignung gegeben sind (VwGH 25.01.2011, Zl: 2006/04/0200).

Anderes gilt nach den Erläuterungen zum BVergG, wonach im Falle konkreter Anhaltspunkte für den Wegfall der Eignung eine neuerliche Prüfpflicht des AG besteht. Da nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens die Vergabe ausschließlich an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen hat (§ 19 Abs 1), sollten gewissenhafte AG bei konkreten Anhaltspunkten neuerlich prüfen und nicht (mehr) geeignete Bieter ausscheiden.

Für Bieter gilt, dass grundsätzlich keine aktive Informationspflicht über Änderungen der Eignung besteht, sofern das nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt ist. Bieter müssen aber auf Verlangen des AG ihrer Auskunftspflicht wahrheitsgemäß nachkommen (§ 68 Abs 1 Z 7).

In vielen Fällen - insbesondere beim Wegfall der eigenen Befugnis - empfiehlt es sich als Bieter, den AG daher aktiv zu informieren. Wird nämlich der Auftrag erteilt, obwohl der Bieter die Leistung gar nicht erbringen kann oder darf, ist allenfalls mit Schadenersatzansprüchen des AG gegen den Bieter zu rechnen. Unter Umständen kann sogar ein strafrechtlicher Tatbestand (z.B. Betrug) erfüllt sein.

### **Praxistipp:**

Ehrlichkeit lohnt sich.

Verschweigt ein Bieter dem Auftraggeber eignungsrelevante Informationen, so kann dies neben vergaberechtlichen, sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Konsequenzen haben.

## KEINE NACHTRÄGLICHE VERGBESSERUNG VON FEHLPLANUNGEN

BVA vom 22.03.2011, N/0008-BVA/08/2011

### **Leitsatz:**

Hat eine Bieterin den ausgeschriebenen Schulgebäudekomplex - entgegen den Planungsvorgaben der AG - geplant, kann sie diesen Mangel nachträglich nicht mehr beheben.

### **Sachverhalt:**

Gegenstand der Ausschreibung waren Generalplanerleistungen für einen Schulgebäudekomplex. Eine Bieterin hatte - entgegen der Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen - das erste Obergeschoss des Gebäudes 2 dazu herangezogen, um in diesem Bereich (der derzeit insbesondere das Konferenzzimmer beherbergte), einen Küchenbereich einzuplanen.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Das BVA hat dazu ausgesprochen, dass das Angebot der Bieterin fehlerhaft ist und dass dieser Fehler nicht behebbar ist. Würde man der Bieterin nach Ablauf der Angebotsfrist die Möglichkeit einräumen, diesen Planungsfehler zu beheben, hätte sie im Nachhinein mehr Zeit für die Erstellung eines vergabekonformen Angebots, als dies die Konkurrenz gehabt hat. Deshalb würde sich die Wettbewerbsstellung der Bieterin hinsichtlich des Realisierungskonzeptes nachträglich in unzulässiger Weise verbessern.

### **Praxistipp:**

Hierbei handelt es sich um eine der seltenen Entscheidungen, wo die Behörde alleine aufgrund eines potentiellen zeitlichen Vorteils bereits einen unbehebbar Mangel erkennt.

In den meisten Fällen werden Mängel dann als unbehebbar qualifiziert, wenn deren Behebung zum Bietersturz führen könnte.

## VERLESUNG BESTIMMTER ANGABEN BEI DER ANGEBOTSÖFFNUNG

VwGH vom 25.02.2011, Zl: 2007/04/0003

### **Leitsätze:**

Jene Teile des Angebotes, welche die Qualitätskriterien betreffen, sind bei der Angebotsöffnung grundsätzlich nicht zu verlesen.

Ihre Verlesung ist nur dann verpflichtend, wenn diese in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt ist.

### **Sachverhalt:**

Ein Auftraggeber unterließ es, bei einer Angebotsöffnung - im Rahmen der Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrages in einem offenen Verfahren - die Angaben der Bieter zu den Qualitätskriterien vorzulesen.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Der VwGH wies die Beschwerde als unbegründet ab und stellte fest, dass die auf Qualitätskriterien bezogenen Angaben der Bieter nicht als „wesentliche Erklärungen der Bieter“ iSd § 118 Abs 5 Z 3 zu qualifizieren sind und deshalb grundsätzlich nicht vorzulesen sind.

Eine Verlesung der auf Qualitätskriterien bezogenen Angaben ist nur dann verpflichtend, wenn diese in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt ist, die Bieterangaben in Zahlen ausgedrückt sind und eine sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist (§ 118 Abs 5 Z 4).

### **Praxistipp:**

Achten Sie darauf, ob in den Ausschreibungsunterlagen die Verlesung der Angaben der Bieter zu Qualitätskriterien für die Angebotsöffnung angekündigt ist und auch tatsächlich durchgeführt wird.

Beachten Sie, dass im Falle einer entsprechenden Ankündigung nur die Zahlen ausgedrückten Bieterangaben vorzulesen sind.

Stand: Dezember 2011

Dieses Merkblatt ist ein Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern - urheberrechtlich geschützt.

Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Wirtschaftskammer Ihres Bundeslandes:

Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-0; Niederösterreich, Tel. Nr.: (01) 53466-0; Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909;

Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907; Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0; Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904;

Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0; Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111; Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0

**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.