



# WIRTSCHAFTS RECHT

**AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE  
ENTSCHEIDUNGEN  
TEIL IX**

**STAND: DEZEMBER 2018**

# Inhalt

Ausstellen von Bescheinigungen durch Banken; EuGH .....	2
Eignung eines erforderlichen Subunternehmers; EuGH .....	4
Heranziehung von Subunternehmern; VwGH .....	5
Umfang von Gewerbeberechtigungen; LVwG Wien .....	6
Widerspruch zu Festlegungen in der Ausschreibung; BVwG .....	8
Abgrenzung Gesellschafter vs Subunternehmer; BVwG .....	10
Ablauf und Umfang der vertieften Angebotsprüfung; BVwG .....	12
Ausfüllen von Bieterlücken; LVwG NÖ .....	14
Nachvollziehbare Dokumentation; BVwG .....	16
Präklusion von Ausschreibungsfestlegungen; LVwG Burgenland .....	18
Prüfung von Ausscheidensgründen; VwGH .....	20
Umfang der Akteneinsicht; VwGH.....	22
Zusammenrechnungspflicht mehrerer Ausschreibungen; LVwG NÖ .....	24
Ausschluss eines Bieters; EuGH .....	26
Berufliche Vertretungen als öffentlicher Auftraggeber? VwGH .....	27
Nachreichung von Eignungsnachweisen; BVwG.....	29
Nachreichung von Strafregisterbescheinigungen; BVwG .....	31

## Ausstellen von Bescheinigungen durch Banken; EuGH

EuGH vom 13.07.2017, GZ: C-76/16, Ingsteel

### **Leitsatz:**

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit kann der AG die Vorlage einer Bescheinigung durch eine Bank in der Ausschreibung verlangen.

### **Sachverhalt:**

Ein öffentlicher AG forderte zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit die Vorlage einer Bankerklärung. Die Bank sollte sich in dieser Erklärung verpflichten, dem Bieter ein Darlehen in Höhe von mindestens EUR 3 Mio zu gewähren und die Verfügbarkeit dieses Betrags für die gesamte Dauer der Ausführung des Auftrags zu garantieren.

Ein Bieter legte nicht genau die geforderte Bescheinigung vor, sondern stattdessen eine von einer Bank ausgestellte Erklärung mit Informationen über seine finanzielle Situation und eine Bescheinigung über die Eröffnung eines Kontokorrentkredits über einen Betrag von mehr als EUR 5 Mio. Dazu legte er eine „ehrenwörtliche“ Erklärung vor, dass seinem Konto im Auftragsfall mindestens EUR 3 Mio für die gesamte Auftragsdauer gutgeschrieben würden.

### **EuGH-Entscheidungssätze:**

Der EuGH sprach zunächst aus, dass eine Bankerklärung in der oben dargestellten Form mit den Vorgaben der Vergabe-RL zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit vereinbar ist.

In diesem Zusammenhang erinnerte er an seine Judikatur, wonach dem AG verhältnismäßig viel Freiraum bei der Bestimmung der Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und der beizubringenden Nachweise zukomme. Dies im Gegensatz zur technischen Leistungsfähigkeit, wo weit eingeschränktere Möglichkeiten seitens des AG für das Aufstellen seiner Anforderungen gelten.

Zur Frage, ob die vom Bieter vorgelegten (anderen) Nachweise aus berechtigtem Grund vorgelegt werden konnten, ist dem EuGH zufolge in einem ersten Schritt zu prüfen, ob dem abgelehnten Bieter die Beibringung der vom AG geforderten Nachweise objektiv unmöglich war. Das wäre ua dann der Fall, wenn der Bieter die geforderten Nachweise nicht erhalten konnte, weil keine Bank imstande war, ihm eine derart formulierte Bescheinigung zu erteilen.

Nur wenn eine solche objektive Unmöglichkeit feststeht, ist nach Ansicht des EuGH in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die vom Bieter vorgelegte „ehrenwörtliche“ Erklärung ein geeignetes Dokument darstellt, um die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

Diese Prüfung hat der EuGH allerdings dem nationalen Gericht auferlegt.

**Schlussfolgerung:**

Im Ergebnis konnte somit zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit die Vorlage der oben dargestellten Bankerklärung vom Auftraggeber gefordert werden.

Wird dem Bieter eine solche Erklärung allerdings von keiner Bank ausgestellt, liegt ein berechtigter Grund für die Vorlage anderer Nachweise vor.

Ob eine „ehrenwörtliche“ Erklärung ein tauglicher (anderer) Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ist, muss aber im Einzelfall geprüft werden.

## **Eignung eines erforderlichen Subunternehmers; EuGH**

EuGH vom 14.09.2017, GZ: C-223/16, Casertana Construzioni

### **Leitsatz:**

In diesem Erkenntnis hat sich der EuGH mit der Frage der Konsequenzen des fehlenden Vorliegens der Eignung von erforderlichen Subunternehmern - also Subunternehmern, die der Bieter zum Nachweis seiner Eignung benötigt - auseinandergesetzt.

### **Sachverhalt:**

Konkret ging es um einen Bieter, der einen Subunternehmer beigezogen hatte, auf dessen Kapazitäten er sich stützte. Im Verlauf des Vergabeverfahrens wollte der Bieter den Subunternehmer austauschen, weil dessen für die Eignung erforderliche Qualifikation verloren gegangen war.

### **EuGH-Entscheidungssätze:**

Der EuGH stellte klar, dass die Möglichkeit des Austauschs des Drittunternehmens, das eine erforderliche Qualifikation verloren hat, eine wesentliche Änderung des Angebots und der Identität des Bieters darstellen würde.

Eine solche Änderung des Angebots würde nämlich den AG dazu zwingen, neue Überprüfungen vorzunehmen, und dem Bieter - der versuchen könnte, sein Angebot zu optimieren, um sich im Vergabeverfahren besser gegen seine Mitbewerber durchzusetzen - einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.

### **Schlussfolgerung**

Im Ergebnis deckt sich somit die Rechtsmeinung des EuGH mit jener des VwGH.

Demnach darf ein Bieter erforderliche Subunternehmer, welche die erforderliche Qualifikationen verlieren, nicht ersetzen. In derartigen Fällen ist der Bieter zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen.

## Heranziehung von Subunternehmern; VwGH

VwGH vom 29.06.2017, GZ: Ra 2017/04/0055

### **Leitsatz:**

Seit der BVergG-Novelle 2015 sind grundsätzlich alle Subunternehmer im Angebot anzugeben. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber umfangreiche Erläuterungen zu seinem Verständnis bei der Auslegung des Gesetzes gegeben.

Wesentliches Thema sind dabei die im Bundesvergabegesetz nicht ausdrücklich enthaltene Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern sowie die unterschiedlichen Konsequenzen, wenn die Eignung eines Subunternehmers nicht nachgewiesen werden kann.

In dieser Erkenntnis hat sich der VwGH diesbezüglich den Erläuterungen angeschlossen:

### **Entscheidungssätze:**

Zu den Subunternehmerbegriffen:

- Der Begriff des „erforderlichen“ Subunternehmers kann sich auf § 108 Abs I Z 2 BVergG 2006 stützen und bezeichnet jene Subunternehmer, die der Bieter zum Nachweis seiner Eignung benötigt.
- Ein nicht erforderlicher Subunternehmer liegt nach dieser Gesetzssystematik dann vor, wenn sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung nicht auf dessen Kapazitäten stützen muss, sondern selbst die erforderliche Eignung besitzt, den Auftrag aber dennoch (aus anderen Gründen) an einen Subunternehmer weitergeben will.

Zur unterschiedlichen Behandlung:

- Die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern oder deren fehlende Eignung hat das Ausscheiden des betroffenen Angebots wegen fehlender Eignung des Bieters zur Folge.
- Die Zulässigkeit der Weitergabe von Leistungen an nicht erforderliche Subunternehmer ist zwar auch zu prüfen, jedoch führt das Misslingen des Nachweises ihrer Eignung nicht zum Ausscheiden des Angebots des Bieters, weil der Bieter selbst die erforderliche Eignung besitzt.
- Der öffentliche AG muss vielmehr in diesem Fall die Weitergabe von Leistungen an diesen Subunternehmer ablehnen.

## Umfang von Gewerbeberechtigungen; LVwG Wien

LVwG Wien vom 16.05.2017, GZ: 123/077/5551/2017

### **Leitsatz:**

Die Beurteilung des Umfanges einer Gewerbeberechtigung als Nachweis der Befugnis eines Bieters ist vom öffentlichen Auftraggeber sorgfältig und sachkundig sowie unter Berücksichtigung mehrerer Umstände vorzunehmen.

### **Sachverhalt:**

Ausgeschrieben wurden HKLS-Arbeiten an einer Wohnhausanlage in Wien. Das Leistungsverzeichnis enthielt ua verschiedene Rohrverlegungsarbeiten sowie damit im Zusammenhang stehende Zusatzarbeiten, Wärme- und Kälte- und Branddämmung.

Die ASt verfügte ua über aufrechte Befugnisse für die Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik und der Heizungstechnik, letztere verbunden mit Lüftungstechnik.

Mit der Begründung, die Befugnisse der ASt für die Erbringung der Zusatzarbeiten seien nicht ausreichen, da diese grundsätzlich dem Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung vorbehalten sind, wurde das Angebot der ASt mangels Befugnis ausgeschieden.

Das von der ASt angerufene LVWG hatte sich nun mit der Frage zu beschäftigen, ob die Zusatzarbeiten in den Berechtigungsumfang der Gewerbe der Heizungstechnik, der Sanitärtechnik und allenfalls der Lüftungstechnik fallen.

### **Entscheidungssätze:**

Zunächst ging das LVWG auf § 29 GewO („Umfang der Gewerbeberechtigung“) ein und führte aus, *„dass für die gewerberechtliche Einstufung der in Rede stehenden Tätigkeiten zunächst der Gewerbewortlaut im Zusammenhang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften heranzuziehen ist“*.

Nachdem im gegenständlichen Fall weder dem Gewerbewortlaut noch den einschlägigen Rechtsvorschriften eine eindeutige Aussage zu den in Rede stehenden Tätigkeiten entnommen werden konnte, wurde § 29 Satz 2 GewO geprüft, wonach im Zweifelsfall *„die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen sind“*.

Hiezu führte das LVWG aus, dass mit den beteiligten gewerblichen Kreisen die betroffenen Fachorganisationen der Wirtschaftskammer gemeint sind und die Landesinnung Wien der Sanitär-, Heizungs- und Lüftungstechniker einen wesentlichen Teil der beteiligten gewerblichen Kreise darstellt.

Diese vertrat nach einem von der ASt vorgelegten Schreiben die Meinung, dass die in Rede stehenden Zusatztätigkeiten dem „Kernbereich“ der Gas- und Sanitärtechnik, der Heizungstechnik und der Lüftungstechnik zuzuordnen sind.

Zu den Einstufungskriterien der *„den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, der verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen“* führte das LVwG aus, dass im vorliegenden Fall die in Rede stehenden Dämmarbeiten mit bloßen Händen ohne Werkzeuge erfolgen und grundsätzlich von jeder Hilfskraft ohne Vorkenntnisse fachgerecht ausgeführt werden können.

Es liege somit eine einfache Tätigkeit iSd § 31 Abs 1 Satz 1 GewO vor.

**Schlussfolgerung:**

Zusammengefasst kam das LVwG zu dem Ergebnis, dass die Zusatztätigkeiten gem. § 29 GewO den Gewerben der Heizungstechnik, der Gas- und Sanitärtechnik und der Lüftungstechnik zuzuordnen sind und die ASt somit ausreichend befugt war, diese Leistungen zu erbringen.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde daher stattgegeben.

## Widerspruch zu Festlegungen in der Ausschreibung; BVwG

BVwG vom 30.06.2017, GZ: W123 2158450-1

### Leitsatz:

Mängel sind dann als unbehebbar zu qualifizieren, wenn deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann.

### Sachverhalt:

Die öffentliche AG hat die Lieferleistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung im OSB ausgeschrieben. In den bestandsfesten Ausschreibungsfestlegungen war u.a. festgelegt, dass im Rahmen der finalen Angebotslegung Alternativ- sowie Abänderungsangebote unzulässig sind und alle Muss-Kriterien im Leistungsverzeichnis vom Bieter erfüllt werden müssen.

Im auszufüllenden Formblatt („Preisblatt - Gesamtkosten“) war der Hinweis enthalten, dass alle „grün hinterlegten Preispositionen“ auszufüllen sind; nicht hingegen die „grau schraffierten Preispositionen“. Die AG hat zu den Positionen 11 bis 15 jeweils die Bewertungsmenge mit 100 festgelegt. Die Bewertungsmenge wurde in einer Spalte vorgegeben, die nicht grün hinterlegt war.

Die ASt hat mit ihrem Angebot in der Position 11 die Bewertungsmenge mit 120 und in den Positionen 12 bis 15 jeweils die Bewertungsmenge mit 16 eingesetzt. Das Angebot der ASt wurde daraufhin von der AG ausgeschieden.

Die ASt bekämpfte die Ausscheidensentscheidung und stellte zugleich einen „Antrag auf Feststellung einer möglichen Einflussnahme“, mit dem sie die verwaltungsgerichtliche Überprüfung begehrte, wonach eine Anzahl von mehr als drei Mitarbeitern der AG an einer Veranstaltung eines im Vergabeverfahren teilnehmenden Bieters teilgenommen habe.

### Entscheidungssätze:

Das BVwG wiederholte zunächst die ständige Rechtsprechung, wonach die Beurteilung der Angebote in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung und aller anderen Festlegungen des AG erfolgt. Anhand dieser ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

Ergänzend hielt das BVwG fest, dass unbehebbara Mängel dann vorliegen, wenn ihre Behebung zur Verbesserung der Wettbewerbsstellung führt. Ist ein Mangel unbehebbar, ist seine Verbesserung nicht möglich. Ist ein Mangel behebbar, muss die AG den Bieter zur Verbesserung auffordern, wobei die Nachweise für den maßgeblichen Zeitpunkt zu erbringen sind.

Bei der Aufforderung zur Aufklärung oder Verbesserung sind alle Bieter gleich zu behandeln. Eine mehrfache Aufforderung zur Verbesserung desselben Mangels bei einer eindeutigen Aufforderung ist wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung unzulässig.

Die Behauptung der ASt, wonach die Reduktion der angenommenen Bewertungsmenge einen wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil für das Projekt habe, ist laut BVwG unbeachtlich, weil es nicht im Ermessen eines Bieters stehe, Festlegungen eines AG einseitig zu verändern.

Dadurch, dass die ASt abweichende Bewertungsmengen in fünf Positionen vorgesehen hatte, hat sie gegen die (bestandsfesten) Ausschreibungsbedingungen verstoßen. Diese Veränderungen seien von wesentlichem Einfluss, da sie sich auf den Gesamtpreis auswirken. Eine Mängelbehebung ist daher nicht möglich.

**Schlussfolgerung:**

Da das Angebot der ASt aufgrund der unzulässigen Änderungen im Preisblatt zwingend auszuscheiden war, wurde der Nachprüfungsantrag abgewiesen.

Zum „Antrag auf Feststellung einer möglichen Einflussnahme“ verwies das BVwG auf § 312 Abs 1 BVergG 2006, der die Zuständigkeiten des BVwG taxativ aufgezählt.

Da dem BVwG für die begehrte Feststellung keine gesetzliche Befugnis zusteht, wurde der Antrag zurückgewiesen.

## Abgrenzung Gesellschafter vs Subunternehmer; BVwG

BVwG vom 3.05.2017, GZ: W139 2148441-2

### Leitsatz:

Führen Gesellschafter die für den Bieter übernommenen Leistungsteile in Eigenverantwortung selbstständig aus, sind sie als Subunternehmer zu sehen und im Angebot zum Nachweis der Eignung zu nennen.

### Sachverhalt:

Die ASt berief sich zum Nachweis der Eignung auf die Mittel ihrer Gesellschafter. Die AG schied ihr Angebot jedoch mit der Begründung aus, dass sich die ASt zum Nachweis der Eignung nur dann auf die Mittel der Gesellschafter berufen kann, wenn diese als Subunternehmer genannt werden.

Da die ASt dies nicht getan habe, konnte sie die geforderte Leistungsfähigkeit nicht nachweisen und war daher auszuscheiden.

Die ASt wandte im Wesentlichen ein, sie könne *„aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion in Verbindung mit den Rahmenverträgen und der konkreten Zurverfügungstellungserklärung auf die Mittel der Gesellschafter zur Abwicklung des Vertrages zurückgreifen. Es handle sich dabei nicht um Drittmittel, sondern die verpflichtende Mittelbereitstellung der Gesellschafter sei der Gesellschaft als Zuschuss zuzurechnen.“*

### Entscheidungssätze:

Das BVwG hatte nun zu beurteilen, ob die ASt die verfahrensgegenständlichen Leistungen selbst erbringt oder ob sie sich hierfür Subunternehmern bedient. Hierzu wurden vor allem der von der ASt angeführte Gesellschaftsvertrag, die Rahmenentsorgungsverträge sowie die Verpflichtungserklärung betrachtet.

Nach Ansicht des BVwG können diese vertraglichen Grundlagen unter Zugrundelegung des objektiven Erklärungswerts nur dahingehend verstanden werden, dass *„die von der ASt einem Dritten zugesicherten Entsorgungsdienstleistungen nicht durch die ASt selbst, sondern von dem betreffenden Gesellschafter erbracht werden. Dieser Gesellschafter wird - unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit - operativ tätig. Hierzu bedient sich der Gesellschafter jeweils seiner eigenen Mittel und seiner Organisation.“*

Zwar verpflichteten sich die jeweiligen Gesellschafter, die Leistungen *„unter Bereitstellung ihrer Kapazitäten zu erbringen“*, sie erhalten dafür allerdings das vom Dritten (der AG) zu leistende Entgelt (abzüglich eines Kostenbeitrags für die von der ASt selbst erbrachten Leistungen).

Damit kann - entgegen der Ansicht der ASt - die Mittelbereitstellung jedoch gerade nicht der ASt *„als eine Zuschussleistung der Gesellschafter“* zugerechnet werden. Auch dass die Gesellschafter gemäß Rahmenentsorgungsvertrag im Namen und auf Rechnung der ASt tätig werden, ändert nichts daran, dass sie die übernommenen

Leistungssteile des gegenständlichen Auftrages in Eigenverantwortung selbst ausführen würden.

Die Gesellschafter waren daher als Subunternehmer zu qualifizieren und hätten im Angebot genannt werden müssen.

**Schlussfolgerung:**

Da die ASt die Eignung nicht selbst nachweisen konnte und keine Subunternehmer zum Nachweis der Eignung namhaft gemacht hatte, war ihr Angebot auszuschneiden.

## Ablauf und Umfang der vertieften Angebotsprüfung; BVwG

BVwG vom 23.08.2017, GZ: W139 2158106-2

### **Leitsatz:**

Im Falle der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung hat der öffentliche Auftraggeber genaue Formalerfordernisse einzuhalten und die durchgeführten Prüfschritte in einer Niederschrift zu dokumentieren.

### **Sachverhalt:**

Die öffentliche AG führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung durch. Auftragsgegenstand war die Sammlung sowie die anschließende umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung des Restmülls.

Die ASt bekämpfte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung u.a. mit der Begründung, dass der Gesamtpreis der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sei.

### **Entscheidungssätze:**

Das BVwG stellt zunächst klar, dass die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht im Ermessen des AG liegt. Angebote sind einer solchen zu unterziehen, wenn sie

- einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
- zu hohe oder niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen enthalten oder
- nach der Angemessenheitsprüfung begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist. Dabei handelt es sich um eine Plausibilitätsprüfung, bei der nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur grob geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Dies erfordert eine inhaltlich begründete, auf betriebswirtschaftlichen Fakten aufbauende Erklärung.

Die Überprüfung der Preise setzt bei der (scheinbaren) Unangemessenheit eines Preises an. Hinterfragt werden muss, ob der angebotene Preis mit der der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistung in einem adäquaten Verhältnis steht. Bei der Prüfung, ob ein Unterpriß vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter kostendeckend kalkuliert hat.

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der AG vom Bieter eine verbindliche Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen. Die anschließende Prüfung der Preise hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. Nachweise zu erfolgen.

Schließlich ist über die Prüfung der Angebote eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des AG sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote ergibt sich, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann.

Neben der Beurteilung, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen aufgrund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist, hat die Vergabekontrolle auch inhaltlich die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preisgestaltung zu prüfen.

Gegenständlich hat der AG einen Preisspiegel erstellt und die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin ebenso wie die ASt um Übermittlung ihrer Detailkalkulationen für sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses ersucht.

Darüber hinaus wurden vier Aufklärungsersuchen an die ASt und fünf Aufklärungsersuchen an die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin gerichtet und überdies mit der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und mit der ASt ein Aufklärungsgespräch geführt.

Die einzelnen Prüfungsschritte, Antworten der Bieter und Schlussfolgerungen des Angebotsprüfers wurden in der Niederschrift über die Angebotsprüfung dokumentiert.

**Schlussfolgerung:**

Auf Basis der der AG vorliegenden Unterlagen und bezugnehmenden Informationen durch die Bieter ergab die inhaltliche Prüfung durch das BVwG, dass die von der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin angebotenen Preise alle notwendigen Kostenanteile berücksichtigen, plausibel sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

Der Nachprüfungsantrag wurde u.a. auch deshalb abgewiesen.

## Ausfüllen von Bieterlücken; LVwG NÖ

LVwG NÖ vom 16.03.2017, GZ: LVwG-VG-3/001/2017

### **Leitsatz:**

**Das Nichtausfüllen bzw. das unzureichende Ausfüllen von Bieterlücken stellt einen unbehebbarer Mangel dar.**

### **Sachverhalt:**

Die öffentliche AG führte ein Vergabeverfahren über die Lieferung von Metallmöbel-Garderobenspenden durch. Die dem Vergabeverfahren zugrundeliegenden Kostenannahmen wurden auf ein unverbindliches Angebot der ARGE-EL Logistikzentrum aus dem Jahr 2014 gestützt.

In den Ausschreibungsunterlagen wurden zu einer Position ein Leitprodukt und eine Bieterlücke vorgesehen, sodass die Bieter die Möglichkeiten hatten, neben dem angebotenen Leitprodukt ein alternatives Produkt anzugeben.

Die ASt hat zu dieser Position als angebotenes Produkt „XY“ angegeben. Nähere Ausführungen, insbesondere zu der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten angebotenen Größe oder sonstige Ausführungseigenschaften wurden nicht angegeben.

Nach Bekanntmachung der Ausschreibung hat die AG im November 2016 ein weiteres unverbindliches Angebot bei der ARGE-EL Logistikzentrum eingeholt, wobei sich aus diesem Angebot eine Preissteigerung in Höhe von 244% ergab.

Die AG hat daraufhin das Vergabeverfahren widerrufen und dies damit begründet, dass aufgrund der exorbitanten Preissteigerung die budgetäre Deckung weggefallen sei.

Dagegen richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag der ASt.

### **Entscheidungssätze:**

Das LVwG wies darauf hin, dass die Nachprüfungsbehörde befugt und bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet ist, bei der Beurteilung, ob dem ASt durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des ASt auszuschneiden gewesen wäre.

Das LVwG hielt ferner fest, dass bei unechten Bieterlücken ein Bieter, der nicht das Leitprodukt anbieten möchte, Fabrikat und Type des gleichwertigen Produkts zu nennen hat, sodass das von ihm angebotene Produkt eindeutig und objektiv erkennbar ist und unverwechselbar feststeht. Lediglich dann, wenn ein Bieter bei der entsprechenden Position in der Bieterlücke nichts einsetzt, gilt das Leitprodukt als angeboten.

Im gegenständlichen Fall hat die ASt in der Bieterlücke nur das Wort „XY“ genannt, jedoch keinerlei Angaben über die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Größe und Ausführung gemacht. EU-weit existieren zwei selbständige Unternehmen, die in ihrer Firmenbezeichnung das Wort „XY“ führen. Für das LVwG stand somit nicht einmal fest, von welchem konkreten Unternehmen die Produkte geliefert werden sollen.

Weiters war nicht klargestellt, in welcher Größe und Ausführung diese Produkte geliefert werden würden.

Nach ständiger Judikatur liegt im Nichtausfüllen bzw. im unzureichenden Ausfüllen von Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel vor, wenn durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber den Mitbieterern eintreten würde.

Dadurch, dass die ASt im Nachhinein die Möglichkeit hätte, die geforderten Spezifikationen sowie die exakten Typen und Fabrikate festzulegen, würde man der ASt zusätzliche Zeit zur Verfügung stellen, die den anderen Bietern bei der Ausarbeitung ihres Angebots nicht gewährt wurde. Damit käme der ASt jedenfalls eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu.

**Schlussfolgerung:**

**Eine solche Ausschreibungswidrigkeit stellt daher jedenfalls einen unbehebbarer Mangel dar, der zum zwingenden Ausscheiden des Angebots der ASt führen muss, weshalb der ASt auch die Antragslegitimation fehlt.**

**Nur der Vollständigkeit halber hielt das LVwG zum Widerruf fest, dass allein nach objektiven Kriterien zu prüfen ist, ob ein den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigender Umstand vorliegt. Auch eine unzureichende oder falsche Begründung der Widerrufsentscheidung kann eine Nichtigerklärung derselben nicht rechtfertigen, wenn objektiv ein anderer Widerrufsgrund die Widerrufsentscheidung trägt. Eine massive Kostenüberschreitung berechtigt den AG jedenfalls zum Widerruf.**

**Das LVwG kam zu dem Ergebnis, dass bei rein objektiver Betrachtungsweise die Voraussetzungen für einen Widerruf der Ausschreibung vorliegen. Dem Nachprüfungsantrag wurde daher nicht stattgegeben.**

## Nachvollziehbare Dokumentation; BVwG

BVwG vom 20.04.2018, GZ: Ra W 123 2187423-1

### **Leitsatz:**

**Der öffentliche Auftraggeber hat vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den geschätzten Auftragswert der auszuschreibenden Leistung sachkundig zu ermitteln und schriftlich zu dokumentieren.**

### **Sachverhalt:**

Gegenstand des Ausgangsverfahrens war der Abschluss mehrerer Verträge im Wege von Direktvergaben betreffend einer neuen E-Vergabeplattform für die BBG (AG). Das BVwG hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Wahl der Verfahrensart (Direktvergabe) im konkreten Fall zulässig war.

### **Entscheidungssätze:**

Das BVwG wies in seiner Entscheidung zunächst darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber gem. § 13 Abs 3 BVergG 2006, der auch bei Direktvergaben anwendbar ist - vor Durchführung eines Vergabeverfahrens den geschätzten Auftragswert der auszuschreibenden Leistung sachkundig zu ermitteln hat.

Dies ist insbesondere für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus sowie für die Frage der Einordnung in den Ober- oder Unterschwellenbereich erforderlich. Weiters ist im BVergG zwar keine explizite Verpflichtung zur schriftlichen Dokumentation der sachkundigen Auftragsermittlung vorgesehen, jedoch ergibt sich diese laut BVwG aufgrund einer teleologischen Interpretation des § 13 Abs 3 BVergG.

In diesem Sinn hat die Auftragswertermittlung in einer transparenten Art und Weise zu erfolgen, die es ermöglicht, die Entscheidung des AG in einem allfälligen Verfahren vor den Vergabekontrollbehörden plausibel zu rechtfertigen.

Gegenständlich war den vom AG vorgelegten Unterlagen jedoch kein Hinweis auf eine sachkundige Ermittlung des Auftragswerts zu entnehmen. Auch der in § 49 Abs 1 BVergG vorgesehene Dokumentationsaufwand über Gegenstand und Wert des Auftrags, AN und Preisangemessenheitsprüfung war den Unterlagen nicht zu entnehmen.

Aus Sicht des BVwG konnte eine entsprechend nachvollziehbare Dokumentation der Auftragswertermittlung auch nicht durch die Vorlage von zwei Angeboten nachgewiesen werden, welche im Vorfeld vom AG eingeholt wurden. Dies begründete das BVwG mit den gravierend unterschiedlichen Angebotssummen dieser beiden Angebote, aus welchen sich allein bereits eine Pflicht zur transparenten Darlegung der Ermittlung des geschätzten Auftragswerts ergeben würde.

Da dem Vergabeakt Fall daher keine nachvollziehbare Dokumentation der Auftragswertermittlung zu entnehmen war, war auch keine gerichtliche Überprüfung einer solchen möglich.

Das BVwG hielt dazu auch fest, dass ihm auch keine Befugnis zukommt, die fehlende sachkundige Ermittlung des Auftragswerts anstelle des AG nachzuholen.

**Schlussfolgerung:**

Im Ergebnis erkannte das BVwG daher, dass der Abschluss der Verträge im Wege von Direktvergaben, aufgrund der mangelnden Nachvollziehbarkeit einer sachkundigen Auftragswertermittlung, rechtswidrig war.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Verträge wurde daher stattgegeben.

## Präklusion von Ausschreibungsfestlegungen; LVwG Burgenland

LVwG Burgenland vom 3.05.2017, GZ: S VNP/06/2017/001/015

### **Leitsatz:**

Es liegt an den Bietern, gravierende Mängel in den Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig zu erkennen, dies dem AG mitzuteilen und bei Untätigkeit des öffentlichen Auftraggebers innerhalb der gesetzlichen (Präklusions-)Fristen zu bekämpfen.

### **Sachverhalt:**

Die öffentliche AG führte ein zweistufiges Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Dienstleistungen durch. Die Vergabe erfolgte in vier Losen in Form einer Rahmenvereinbarung.

Die ASt legte einen Teilnahmeantrag und (nach der Einladung zur Erstangebotsabgabe) Angebote für die Lose 1 bis 3. Zur Abgabe eines Angebots für das Los 4 wurde die ASt nicht eingeladen.

Mit der Einladung zur Erstangebotsabgabe wurden den Bietern die Erstausschreibungsunterlagen übermittelt. Am 16.03.2017 wurde der ASt die Einladung zur Abgabe der Letztangebote für die Lose 1 bis 3 sowie die „Letztangebotsunterlagen“ übermittelt. In der Einladung zur Abgabe der Letztangebote wurden die vorgenommenen Änderungen im Vergleich zu den Erstausschreibungsunterlagen hervorgehoben.

Am 20.3.2017 wurde den Bietern die 4. Fragenbeantwortung übermittelt. Die Angebotsfrist endete am 23.03.2017. Am 22.03.2017 beantragte die ASt, *„die gesamten Ausschreibungsunterlagen samt Beilagen und samt den Anfragebeantwortungen für nichtig zu erklären.“*

Die ASt brachte insbesondere vor, dass der Auftrag unkalkulierbar sei, weil *„die Ausschreibung keine Mengenangaben, Mengenstaffeln oder eine Abnahmeverpflichtung enthält“*. Aufgrund der Ausschreibung sei eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich, weil mangels Konkretisierung alle Bieter von unterschiedlichen Kalkulationsansätzen ausgehen. Es liege daher ein „Wurzelmangel“ vor.

### **Entscheidungssätze:**

Das LVwG hielt dazu fest, dass die „Erstausschreibungsunterlagen“ Bestandskraft erlangt haben und folglich nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote sind, wenn diese unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten.

Sowohl die AG als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden, wobei von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen ist.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt nämlich, dass die Bieter bei der Erstellung der Angebote an die Ausschreibung gebunden sind und davon nicht abweichen dürfen, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist iS der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich.

Den Verwaltungsgerichten ist es auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund stellte das LVwG fallbezogen klar, dass bloße Klarstellungen einer bereits bestandsfesten Regelung aus den Erstangebotsunterlagen nicht mehr anfechtbar sind, weil es sich gegenständlich um keine Neufestlegungen handelte. Dasselbe gilt für die Einarbeitung bereits bestandsfester Anfragebeantwortungen.

Die ASt brachte vor, dass die gesamte Ausschreibung an derart gravierenden Wurzelmängeln leide, das keine nachvollziehbare Bestbieterermittlung erfolgen könne und Abhilfe nur durch Widerruf der gesamten Ausschreibung bzw Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlagen geschaffen werden könne.

Dazu hielt das LVwG fest, dass bei der Präklusion nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um grundlegende Wurzelmängel oder (nur) sonstige Rechtsverstöße handelt. Die Präklusionswirkung bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden.

Dem Nachprüfungsantrag wurde daher nicht Folge gegeben.

**Schlussfolgerung:**

**Es ist Aufgabe der Bieter, gravierende „Wurzelmängel“ (z.B. die Untauglichkeit der vom AG angegebenen Zuschlagskriterien oder die Unkalkulierbarkeit des Angebots aufgrund der Ausschreibungsunterlagen) rechtzeitig zu erkennen, dem AG mitzuteilen und bei Untätigkeit des AG innerhalb der gesetzlichen Fristen anzufechten.**

**Das Verwaltungsgericht darf allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgreifen.**

## Prüfung von Ausscheidensgründen; VwGH

VwGH vom 20.12.2017, GZ: Ra 2017/04/0003

### **Leitsatz:**

**Eine Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters besteht nur dann, wenn auch alle anderen im Verfahren verbliebenen Bieter auszuscheiden sind.**

### **Sachverhalt:**

Die öffentliche AG führte ein offenes Vergabeverfahren im OSB mit dem Leistungsgegenstand der Sanierung einer näher bezeichneten Altlast durch.

Die ASt legte ebenso wie eine Bietergemeinschaft (zweitmitbeteiligte Partei) ein Angebot.

Mit Schreiben vom 29.09.2015 gab die AG bekannt, dass das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei ausgeschieden und der Zuschlag der ASt erteilt werde.

### **Entscheidungssätze:**

Das BVwG gab den Anträgen der zweitmitbeteiligten Partei auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung jeweils statt und erklärte die beiden genannten Entscheidungen der AG für nichtig.

Die dagegen erhobene Revision der ASt wurde zurückgewiesen.

Mit neuerlicher Zuschlagsentscheidung erklärte die öffentliche Auftraggeberin ihre Absicht, den Zuschlag nunmehr der zweitmitbeteiligten Partei zu erteilen.

Der dagegen von der ASt erhobene Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass es der ASt an der Antragslegitimation mangle, weil ihr Angebot gem. § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 idgF zwingend auszuscheiden gewesen wäre, da es nicht ausschreibungskonform sei.

Zur Behauptung der ASt, dass (auch) das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei auszuscheiden sei, verwies das BVwG auf die Rechtskraft des angeführten Erkenntnisses zur Ausscheidensentscheidung der zweitmitbeteiligten Partei. Auch die Behauptung, es handele sich um Ausscheidungsgründe, welche im besagten Vorgängerverfahren nicht geprüft worden seien, führte zu keiner anderen Einschätzung.

Dagegen richtet sich die gegenständliche außerordentliche Revision.

### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH erläuterte zunächst die Rechtsprechung des EuGH zur Antragslegitimation. Demnach besteht die Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters dann, wenn auch alle anderen im Verfahren verbliebenen Bieter auszuscheiden sind. Für die Frage der Antragslegitimation ist daher von Relevanz, ob auch alle anderen Angebote auszuscheiden gewesen wären.

Gegenständlich war für den VwGH entscheidend, ob die Begründung des BVwG, wonach das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei jedenfalls nicht auszuschneiden gewesen wäre, tatsächlich tragfähig sei.

Laut VwGH sei trotz des rechtskräftigen Erkenntnisses (Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der zweitmitbeteiligten Partei) vom BVwG nicht abschließend auch über etwaige neue Ausscheidensgründe auf Seiten des Angebots der zweitmitbeteiligten Partei entschieden worden.

Eine rechtskräftige Entscheidung dahingehend, dass das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei aus keinem Grund auszuschneiden bzw. in jeder Hinsicht ausschreibungskonform war, sei daher nicht getroffen worden.

**Schlussfolgerung:**

**Da im Hinblick auf die Geltendmachung der neuen Ausscheidensgründe nicht mit einem Heranziehen der Ergebnisse aus dem genannten ersten Verfahren das Auslangen gefunden werden konnte, wurde der Revision stattgegeben.**

## Umfang der Akteneinsicht; VwGH

VwGH vom 18.08.2017, GZ: Ra 2017/04/0022

### **Leitsatz:**

**Das Interesse einer Partei an der Akteneinsicht ist immer im jeweiligen Einzelfall gegen das Interesse anderer Parteien abzuwägen.**

### **Sachverhalt:**

Die öffentliche AG führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durch. Leistungsgegenstand war die Sanierung einer näher bezeichneten Altlast. Die Auftragsvergabe sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Der von der ASt gegen die Zuschlagsentscheidung (ZE) erhobene Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Gegen diese Entscheidung erhob die ASt die außerordentliche Revision an den VwGH.

Die ASt brachte u.a. vor, dass ihr keine Einsicht in Aktenteile gewährt worden sei, hinsichtlich derer offenkundig kein Geheimhaltungsinteresse der präsumtiven ZE bestehe. Laut der ASt habe die AG auf Grund eines internen Protokolls der ZE Kenntnis davon gehabt, dass diese bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung die Absicht gehabt habe, die Leistungen nicht entsprechend den Angaben in ihrem Angebot zu erbringen.

Die ASt sei im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu wesentlichen Themen (etwa betreffend des internen Protokolls) von der Teilnahme ausgeschlossen worden und durfte nicht die Frage stellen, ob die präsumtive ZE ihr Angebot ändern wolle. Eine effektive Rechtsverfolgung sei dadurch wesentlich beeinträchtigt worden.

### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH hielt dazu zunächst fest, dass das BVwG aus dem in Rede stehenden Protokoll nicht den Schluss gezogen hat, dass die ZE nur ein Scheinangebot gelegt und nicht die Absicht gehabt habe, die angebotene Leistung in dieser Form auszuführen. Aus dem Protokoll sei auch nach Ansicht des BVwG ein fehlender Bindungswille der ZE hinsichtlich ihres Angebotes nicht abzuleiten.

Der VwGH wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die dieser Feststellung des BVwG zugrundeliegende Beweiswürdigung nur dann vom VwGH aufgegriffen werden kann, wenn das BVwG die Beweiswürdigung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise vorgenommen habe.

Der VwGH stellte schließlich klar, dass im Rahmen des § 17 Abs 3 AVG das Interesse der Partei (hier der ASt) an der Akteneinsicht gegen das Interesse anderer Parteien (hier insb der präsumtiven ZE) im Einzelfall abzuwägen ist bzw im Einzelfall zu beurteilen ist, inwieweit ein überwiegendes Interesse besteht, einem Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten.

Im vorliegenden Fall hat das BVwG eine derartige Interessenabwägung vorgenommen und ist dabei zum Ergebnis gelangt, dass eine Weitergabe von Angaben betreffend das Angebot der ZE aus Gründen des Schutzes ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht möglich sei.

**Schlussfolgerung:**

**Der VwGH kam zu dem Ergebnis, dass die Revision nicht aufgezeigt habe, weshalb diese einzelfallbezogene Interessenabwägung in unvertretbarer Weise erfolgt sei.**

**Der Revision wurde daher nicht stattgegeben.**

## Zusammenrechnungspflicht mehrerer Ausschreibungen; LVwG NÖ

LVwG NÖ vom 17.01.2018, GZ: LVwG-VG-14/002-2017

### **Leitsatz:**

Ob ein einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist in einer funktionellen Betrachtungsweise zu ermitteln, die auf einen einheitlichen Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion abstellt

### **Sachverhalt:**

Die öffentliche AG führte zeitgleich acht Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich betreffend Bodenmarkierungsarbeiten für verschiedene niederösterreichische Straßenbauabteilungen durch.

Der Nachprüfungsantrag der ASt richtete sich gegen die in einem dieser Verfahren ergangene Zuschlagsentscheidung. Die ASt beanstandete u.a. die unterbliebene Zusammenrechnung der einzelnen Vergabeverfahren und die daraus folgende Einordnung des gegenständlichen Verfahrens in den USB sowie die aus Sicht der ASt mangelnde vertiefte Angebotsprüfung.

### **Entscheidungssätze:**

Zur Einordnung in den Unterschwellenbereich führt das LVwG unter Verweis auf die Rechtsprechung des VwGH zunächst aus, dass die Einordnung des Auftrages in den USB der Präklusion unterliegt und im konkreten Fall daher bestandfest festgelegt wurde.

Zur Frage der Zusammenrechnungspflicht der genannten (acht) Vergabeverfahren prüfte das LVwG zunächst, ob diese ein einheitliches Vergabevorhaben darstellen. Ob ein einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist in einer funktionellen Betrachtungsweise zu ermitteln, die „auf den einheitlichen Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion“ abstellt.

Nach Ansicht des LVwG wiesen die gegenständlichen Leistungen zwar einen einheitlichen Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche Funktion auf, da AG jeweils das Land NÖ ist und den Straßenbauabteilungen kein eigenes Budget zugewiesen ist. Das Bestehen eines einheitlichen Charakters in Bezug auf die technische Funktion wurde hingegen verneint.

Dies begründete das LVwG damit, dass die Durchführung der jeweiligen Leistungen nicht ein gleiches bzw. gleichzeitiges technisches Vorgehen der Straßenbauabteilungen erfordert und sohin aufgrund der Art und spezifischen Ausführung des Auftrages kein (technisch) funktionaler Zusammenhang der jeweiligen Bodenmarkierungsarbeiten bestand.

Nach Ansicht des LVwG war damit ein maßgebliches Kriterium für das Vorliegen eines einheitlichen Vergabevorhabens nicht erfüllt und bestand daher keine Zusammenrechnungspflicht der einzelnen Aufträge.

Zur vertieften Angebotsprüfung hielt das LVwG fest, dass eine für den Unterschwellenbereich ausreichende vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde.

Insbesondere in Hinblick auf die formalen Anforderungen an die Dokumentation der Ergebnisse einer vertieften Angebotsprüfung gem. § 125 Abs 5 BVergG 2006 wies das LVwG darauf hin, dass diese für den Unterschwellenbereich nicht gelten; die im Akt enthaltenen Ergebnisse der Aufklärungsgespräche sowie die schriftlichen Aufforderungen zur Aufklärung und Nachreichung von K-Blättern stellten demnach eine entsprechend ausreichende Dokumentation dar.

**Schlussfolgerung:**

**Im Ergebnis war der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung damit abzuweisen.**

## Ausschluss eines Bieters; EuGH

EuGH vom 20.12.2017, GZ: C-178/16, Impresa di Construzioni

### **Leitsatz:**

**Straftaten eines ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds des Bieters, die dem öffentlichen Auftraggeber nicht mitgeteilt werden, gestatten es dem Auftraggeber, diesen Bieter von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.**

### **Sachverhalt:**

Ein Bieter wurde vom Vergabeverfahren mit der Begründung ausgeschlossen, dass er sich wegen verspäteter und unzulänglicher Angaben nicht ausreichend von den Straftaten seines ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds distanziert habe.

Unter Bezugnahme auf den Ausschlussgrund (in erheblichem Maße falsche Auskünfte bzw. keine Auskunftserteilung), führte der EuGH zudem aus, dass *„die Tatsache, dass Straftaten des ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds dem öffentlichen Auftraggeber nicht mitgeteilt werden, ebenfalls ein Gesichtspunkt sein kann, der es gestattet, einen Bieter nach dieser Bestimmung von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen“*.

Auch die Berücksichtigung des bereits im Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung stattgefundenen Fehlverhaltens des Verwaltungsratsmitglieds erachtete der EuGH als (zeitlich) nicht unverhältnismäßig, da dem Bieter der Nachweis offenstand, sich von den Taten seines Verwaltungsratsmitglieds tatsächlich und vollständig zu distanzieren.

### **Schlussfolgerung:**

**Zusammengefasst erkannte der EuGH daher, dass eine - sogar noch nicht rechtskräftige - strafrechtliche Verurteilung eines Verwaltungsratsmitglieds auch dann zu berücksichtigen ist, wenn das Verwaltungsratsmitglied bereits im Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung aus dem Amt ausgeschieden ist, und ein Unternehmen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, wenn es sich durch die fehlende Mitteilung nicht vollständig und tatsächlich von dessen Taten distanziert hat.**

## Berufliche Vertretungen als öffentlicher Auftraggeber? VwGH

VwGH vom 12.04.2018, GZ: Ra 2015/04/0054

### **Leitsatz:**

Damit die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber vorliegt, müssen die in lit a bis c des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 enthaltenen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts kumulativ erfüllt sein.

### **Sachverhalt:**

Der VwGH hatte die Frage zu beantworten, ob eine 100 %-Tochtergesellschaft der Notariatskammern und der Österreichischen Notariatskammer eine öffentliche Auftraggeberin gem. § 4 BVergG i2006 ist.

Das BVwG hatte diese Frage verneint.

### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Im Allgemeinen kann davon ausgegangen werden, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Bei den von den Notariatskammern zu erfüllenden, primär im Standesinteresse der Notare liegenden Aufgaben handelt es sich um solche, die im Allgemeininteresse liegen.

Es liegen auch keine Anhaltspunkte für eine Tätigkeit gewerblicher Art vor.

Auch die Voraussetzung bezüglich der Teilrechtsfähigkeit liegt vor.

Da die Beherrschungstatbestände des § 4 Abs 1 Z 2 lit c nicht vorliegen, kann eine Beherrschung der Notariatskammern nur im Wege einer Aufsicht hinsichtlich der Leitung vorliegen. Für diese Beurteilung ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

Die Notariatskammern unterliegen hinsichtlich ihrer Gebarung der Kontrolle des Rechnungshofs.

Der EuGH hat bereits klargestellt, dass ein Sachverhalt,

- bei dem auch die laufende Verwaltung im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit kontrolliert wird und
- zum anderen die öffentliche Hand berechtigt ist, die Betriebsräume und Anlagen dieser Einrichtung zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung einer Gebietskörperschaft zu berichten,

das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht der Leitung erfüllt.

Auch die Gebarungskontrolle des Rechnungshofs weist jene Prüfungsbefugnisse und die vom EuGH in seiner Rechtsprechung aufgestellten Erfordernisse auf.

Darüber hinaus ist in einer Gesamtbetrachtung fallbezogen auch die Aufsicht durch den BM für Justiz zu berücksichtigen, weshalb der Beherrschungstatbestand der Aufsicht über die Leitung erfüllt ist.

**Schlussfolgerung:**

Da die Notariatskammer und daher auch eine 100 %-Tochtergesellschaft somit die Voraussetzungen für eine Einrichtung des öffentlichen Rechts nach § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 erfüllen, wurde die Entscheidung des BVwG wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

## Nachreichung von Eignungsnachweisen; BVwG

BVwG vom 23.10.2017, GZ: W 138 2169587-2

### **Leitsatz:**

**Kommt ein Bieter einem Mängelbehebungsersuchen des öffentlichen Auftraggebers nur unzureichend nach, führt dies zum Ausscheiden des Angebots.**

### **Sachverhalt:**

Im Rahmen eines offenen Verfahrens wurde von einem öffentlichen AG ein Auftrag zur Lieferung von Softwareprodukten ausgeschrieben. Die Angebotsöffnung erfolgte am 3.08.2017.

Das Angebot der ASt wurde u.a. aufgrund nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises und aufgrund fehlender beruflicher Zuverlässigkeit von der AG ausgeschieden.

Dieses Ausscheiden wurde von der ASt angefochten.

### **Entscheidungssätze:**

In Bezug auf die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises hielt das BVwG zunächst fest, dass es der öffentlichen Auftraggeberin nicht verboten ist, auch in anderen als den gesetzlich genannten Fällen eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. *„Es kann für einen Bieter, insbesondere den Billigstbieter, nicht überraschend sein, dass sein Angebot vertieft geprüft wird und die Preise erklärbar sein müssen.“*

Die im Zuge eines Aufklärungsersuchens abgegebene Erklärung der ASt, wonach der bekannt gegebene Einkaufswert mit einem branchenüblichen Aufschlag von 1% bzw 2% über die jeweils ausgeschriebene Abnahmemenge kalkuliert wäre, erachtete das BVwG als nicht plausibel und nachvollziehbar.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass die vorgenommene Aufklärung keiner kaufmännischen Kalkulation entspreche und es *„als bekannt vorauszusetzen ist, dass auch bei Lieferleistungen Regien, wie Miete, Beleuchtung, Werbung, Steuern, Löhne, etc. anfallen“*.

Zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit forderte die AG die ASt mit Schreiben vom 10.08.2017 auf, eine Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde nachzureichen, aus der hervorgeht, dass sich die ASt nicht in Konkurs bzw. Liquidation befindet.

Die ASt legte daraufhin eine Amtsbestätigung des Bezirksgerichts Mödling vom 11.08.2017 vor, in welcher bestätigt wurde, dass bei einer Abfrage in das elektronische Register der Justiz am 11.08.2017 kein Insolvenz- bzw. Exekutionsverfahren hinsichtlich der ASt aufschien. Zudem legte die ASt nach neuerlicher Aufforderung durch die AG eine eidesstattliche Erklärung vor, wonach

sie sich auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 3.08.2017 nicht in Konkurs befand.

**Entscheidungssätze:**

Das BVwG hielt hierzu im Wesentlichen fest, dass sich aus der von der ASt vorgelegten Amtsbestätigung des Bezirksgerichts vom 11.08.2017 nicht ergibt, dass zum relevanten Zeitpunkt am 3.08.2017 kein Ausschlussstatbestand vorlag.

*„Entgegen der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 15.03.2017, Ra 2014/04/0052) ist die AG genötigt gewesen, einen weiteren Ermittlungsaufwand zu tätigen, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu überprüfen.“*

Bei der von der ASt vorgelegten eidesstattlichen Erklärung handelt es sich nämlich um ein unzulässiges Nachweismittel.

Nach Ansicht des BVwG ist die ASt dem Mängelbehebungsersuchen der AG somit unzureichend nachgekommen und konnte ihre berufliche Zuverlässigkeit zum geforderten Zeitpunkt nicht mit den von der AG festgelegten Nachweisen belegen.

Zudem lag nach Ansicht des BVwG in der gegenständlichen Konstellation auch ein unbehebbarer Mangel vor, *„da die ASt jedenfalls über einen längeren Zeitraum verfügte, um die geforderten Nachweise beizubringen, zumal sie die erforderlichen Unterlagen erst nach dem 03.08.2017 beschaffte.“*

**Schlussfolgerung:**

Im Ergebnis erkannte das BVwG daher, dass das Angebot der ASt zu Recht ausgeschieden wurde und wies den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab.

## Nachreichung von Strafregisterbescheinigungen; BVwG

BVwG vom 4.05.2018, GZ: W 138 2188714-2

### **Leitsatz:**

Die Vorlage einer Strafregisterbescheinigung soll es dem AG ermöglichen, das Vorliegen bzw Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach § 78 Abs BVergG 2006 (rechtskräftiges Urteil wegen eines Delikts, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt) ohne weiteren Ermittlungsaufwand zu prüfen.

### **Sachverhalt:**

Im Zuge der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags mittels offenen Verfahrens wurden zum Nachweis der Eignung der Bieter von der öffentlichen AG ua die Strafregisterbescheinigungen der in der Geschäftsführung tätigen Personen gefordert.

Der ASt verwies hierzu in seinem Angebot auf die im ANKÖ hinterlegten Unterlagen. Diese wiesen jedoch zum Teil nicht die geforderte Aktualität auf, woraufhin die AG den ASt aufforderte die noch fehlenden Eignungsnachweise - ua auch fünf Strafregisterbescheinigungen - innerhalb einer Frist von acht Tagen nachzureichen.

Der ASt legte innerhalb dieser Frist vier Strafregisterbescheinigungen vor, die jedoch nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausgestellt wurden. Eine Strafregisterbescheinigung wurde überhaupt erst nach Ablauf der Mängelbehebungsfrist vorgelegt.

Die AG schied daraufhin das Angebot des ASt aus.

### **Entscheidungssätze:**

Zur Vorlage der vier nach der Angebotsöffnung datierten Strafregisterbescheinigungen führte das BVwG unter Verweis auf die diesbezügliche Rechtsprechung des VwGH aus, dass *„die Vorlage von Strafregisterbescheinigungen es dem AG ermöglichen soll, das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes nach § 78 BVergG 2006 (rechtskräftiges Urteil wegen eines Delikts, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt) ohne weiteren Ermittlungsaufwand zu prüfen und so das Vergabeverfahren rasch abzuführen.“*

Aus den nach der Angebotsöffnung ausgestellten Strafregisterbescheinigungen ergebe sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung kein Ausschlussgrund vorlag. Die AG wäre demnach genötigt gewesen, einen weiteren Ermittlungsaufwand zu tätigen, um das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu überprüfen.

Nach Ansicht des BVwG *„kann einem AG nicht zugemutet werden, dass er das Vorliegen bzw das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes selbst dadurch überprüft, dass er - unter Berücksichtigung von Tilgungsvorschriften - Strafregisterbescheinigungen unterschiedlichen Ausstellungsdatums miteinander abgleicht, um festzustellen, ob zwischen dem relevanten Datum der*

*Angebotsöffnung und dem Ausstellungsdatum der nachgereichten Strafregisterbescheinigung eine relevante Verurteilung bereits gelöscht worden sein könnte".*

Dem ASt wäre zudem ein nicht unerheblich längerer Zeitraum zur Verfügung gestanden, um sein Angebot auszuarbeiten, als den anderen Bietern, welche die Nachweise bereits vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung in der geforderten Aktualität innehatten. Dies würde eine materielle Verbesserung gegenüber den Mitbietern bedeuten, so das BVwG weiter.

**Schlussfolgerung:**

Da die vier (innerhalb der Mängelbehebungsfrist) nachträglich vorgelegten Strafregisterbescheinigungen erst nach der Angebotsöffnung ausgestellt wurden - und zudem eine Strafregisterbescheinigung überhaupt nicht innerhalb der Mängelbehebungsfrist vorgelegt wurde, erachtete das BVwG das Ausscheiden des Angebots des ASt als vergaberechtskonform und wies den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab.