



# WIRTSCHAFTS RECHT

## AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN TEIL XIV

APRIL 2024

## Inhalt

Abgrenzung Hilfs- und Subunternehmer; VwGH .....	3
Mindestanzahl der Bieter im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung; EuGH .....	5
Mangelnder Rechtsschutz wegen fehlender Informationen; EuGH .....	7
Ausschluss von verbundenen Unternehmen; VwGH .....	9
Wurzelmängel in Ausschreibungen; VwGH .....	11
Nachweis einer beruflichen Verfehlung; VwGH .....	13
Falsche Bezeichnung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung; VfGH .....	15
Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen; VwGH .....	17
Herausgabepflicht von Ausschreibungsunterlagen; OGH .....	20
Gebühren bei der Bekämpfung mehrerer Losentscheidungen; VfGH .....	21
Vorarbeiten-Problematik; LVwG NÖ .....	23
Vergaben im Gesundheitsbereich; VwGH .....	25
Beauftragung von COVID-19-Testungen; VwGH .....	27
Antragslegitimation einer 3.-gereihten Bieterin; VwGH .....	29
Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen; EuGH .....	31
Wie können Wettbewerbe enden?; VwGH .....	33
Preisprüfung besonderer Dienstleistungen; VwGH .....	35
Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle; VwGH .....	37
Rechtzeitigkeit von Nachprüfungsanträgen; VwGH .....	39
Ausnahmetatbestand “Öffentlich - Öffentliche Kooperation”; VwGH .....	41
Schlechterfüllung bei früheren Aufträgen; VwGH .....	44
Nachträgliche Rückzahlung von EU-Fördermitteln; EuGH .....	46
Kosten des Sachverständigen im Gerichtsverfahren; VwGH .....	48
Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsleistungen; VwGH .....	50

# ABGRENZUNG HILFS- UND SUBUNTERNEHMER; VwGH

VwGH vom 25.01.2022, GZ: Ro 2018/04/0017

## **Leitsatz:**

Im Rahmen der Angebotslegung sind Unternehmer häufig veranlasst, Hilfs- und/oder Subunternehmer heranzuziehen. Die Unterscheidung ist von großer Relevanz, weil die fehlende Benennung von Subunternehmern zum Ausscheiden des Angebots führt. Der VwGH gibt Anhaltspunkte, die bei der Zuordnung helfen.

## **Rechtlicher Kontext:**

Nach § 2 Z 34 sind Subunternehmer (SU) Unternehmer, die Teile des an den AN erteilten Auftrags ausführen. Den Gesetzesmaterialien zufolge liegt dann eine Ausführung von Teilen des Auftrags vor, wenn Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrags vertraglich übernehmen und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführen.

Keine SU sind hingegen Zulieferer, unabhängig ob die von ihnen gelieferten Produkte nach Maß angefertigt werden.

Auch Unternehmer, die SU erst in die Lage versetzen, einen Leistungsteil des Auftrags überhaupt erbringen zu können (z.B. Wartung von Maschinen, Vermietung von Maschinen und Geräten an SU oder die Überlassung von Arbeitskräften an SU) zählen selbst nicht als SU. Bei diesen Tätigkeiten handelt es sich um reine Hilfstätigkeiten von SU.

## **Sachverhalt:**

Das Land Vorarlberg führte ein offenes Verfahren im OSB zur Vergabe von „Winterdienstleistungen (Räumen und Streuen)“ auf den Vorarlberger Landesstraßen durch. Im Streit um das Ausscheiden des Angebots einer Bieterin ging es im Wesentlichen um die Qualifikation einzelner Leistungen als Sub- oder Hilfsleistungen.

Konkret war fraglich, ob die Beistellung und Wartung zweier Geräte (Schneepflug und Streugerät) als bloße Hilfsleistung zu qualifizieren war, obwohl diese Leistungen im Leistungsverzeichnis als Teilleistungen angeführt und auszupreisen waren.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Nach Ansicht des VwGH könnte die Beistellung von Geräten zwar grundsätzlich eine Hilfsleistungen sein. Allerdings ergibt die gebotene Bedachtnahme auf das Leistungsverzeichnis, dass die AG die Beistellungsleistungen als eigene Teilleistungen definiert hatte, die gesondert nachgefragt wurden und auszupreisen waren.

Unter diesen Umständen waren die Beistellungsleistungen nach Ansicht des VwGH keine bloßen Hilfsleistungen.

**Schlussfolgerung:**

Der VwGH liefert wertvolle Erkenntnisse zur Abgrenzung der Begriffe Sub- und Hilfsunternehmer. Für die Beurteilung genügt keine abstrakte Prüfung, ob es sich um für die Leistungserbringung erforderliche Lieferungen handelt.

Vielmehr ist zu berücksichtigen, ob der AG die fragliche Tätigkeit im LV ausdrücklich als Teil der ausgeschriebenen Leistung anführt oder sogar auspreisen lässt (diesfalls liegt eine SU-leistung vor).

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zur-abgrenzung-von-hilfs-und-subunternehmerinnen/>

VwGH: Abgrenzung Hilfs- und Subunternehmer:innen - 05.07.2022

# MINDESTANZAHL DER BIETER IM VERHANDLUNGSVERFAHREN OHNE VORHERIGE BEKANNTMACHUNG; EuGH

EuGH vom 16.06.2022, GZ: Rs C-376/21

## **Leitsatz:**

In einem offenen Verfahren langte nur ein (auszuscheidendes) Angebot ein. Die AG widerrief das Verfahren und vergab den Auftrag im Zuge eines Verhandlungsverfahrens o. v. B. mit nur einem (allerdings anderen) Unternehmer. Hätte sie weitere Unternehmer einladen müssen? Der EuGH kommt zu einem überraschenden Ergebnis.

## **Rechtlicher Kontext:**

Gemäß § 36 Abs 1 Z 1 kann ein AG bei der Vergabe von Lieferaufträgen auf das Verhandlungsverfahren o. v. B. zurückgreifen, wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine oder keine geeigneten Angebote abgegeben worden sind (vgl. auch die Parallelbestimmungen in §§ 35, 37 für Dienstleistungs- und Bauaufträge).

Er darf in einem solchen Verhandlungsverfahren o. v. B. die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend ändern und hat geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe aufzufordern. Er kann auch andere Unternehmer als jene auffordern, die bereits im Vorverfahren ein (etwa zu teures) Angebot gelegt hatten. Hierbei darf die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nicht unter drei liegen, außer die Leistung kann nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden oder es liegen „äußerst dringliche zwingende Gründe“ vor.

Eine solche Mindestanzahl an aufzufordernden Unternehmern samt „Rechtfertigungsgründen“ bei Unterschreitung ist der äquivalenten unionsrechtlichen Bestimmung aber fremd.

## **Sachverhalt:**

Eine AG führte ein Vergabeverfahren für die Beschaffung von „Geräten zur Metallverarbeitung“ durch. Es langte bloß ein einziges Angebot ein, das die AG jedoch aufgrund der Höhe des Angebotspreises (doppelte Höhe des geschätzten Auftragswertes) für nicht den Auftragsbedingungen entsprechend hielt.

Die AG widerrief daher das Verfahren und leitete ein Verhandlungsverfahren o. v. B. über denselben Auftragsgegenstand ein. Im Rahmen dieses Verfahrens forderte sie nur eine einzige Unternehmerin zur Abgabe eines Angebotes auf.

Der EuGH hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die AG mit dieser Beschränkung auf nur einen einzigen Bieter gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und des freien Wettbewerbs verstieß.

### **EuGH-Entscheidungssätze:**

Laut EuGH war die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens o. v. B. im Sinne der europäischen Vergaberechtsbestimmungen (RL 2014/24) gerechtfertigt, weil das einzig eingelangte Angebot aufgrund des weitaus das Budget überschreitenden Angebotspreises als ungeeignet anzusehen ist, und die Auftragsbedingungen gegenüber dem vorangegangenen Verfahren nicht abgeändert wurden.

Dass nur ein Wirtschaftsteilnehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, sei mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit eines Vergabeverfahrens vereinbar.

Gegenständlich sind nämlich das vorherige offene Verfahren und das anschließende Verhandlungsverfahren o. v. B. als untrennbares Ganzes anzusehen. Möglicherweise interessierte Wirtschaftsteilnehmer hätten bereits im vorherigen Verfahren die Gelegenheit zur Teilnahme gehabt.

### **Schlussfolgerung:**

Die RL 2014/24/EU gibt nicht explizit vor, wie viele Unternehmer in einem Verhandlungsverfahren o. v. B. einzuladen sind; AG haben aber stets die Grundsätze des Vergabeverfahrens zu beachten. Für den Ausgangsfall sah es der EuGH als mit diesen Grundsätzen vereinbar an, dass der AG nur einen einzigen Unternehmer einlud.

Österreichische öffentliche AG sollten aber weiter vorsichtig sein. Das BVergG ist in diesem Punkt nach seinem Wortlaut (zulässigerweise) strenger als die Richtlinienvorgabe und gibt eine Mindestanzahl von 3 einzuladenden Unternehmern vor.

In Fällen wie jenen des Ausgangsverfahrens, wo bereits im vorgelagerten bekannt gemachten Verfahren nur ein Angebot eingelangt war, könnte aber eine Reduktion dieser nationalen Vorgabe im Einzelfall argumentierbar sein.

Die Mindestanzahl von drei einzuladenden Unternehmern könnte nach einer solchen Argumentation unterschritten werden, wenn dies im Einzelfall mit den unionsrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, weil der österreichische Gesetzgeber einen solchen Fall offenbar nicht vor Augen hatte.

### **Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/eugh-mindestanzahl-der-bieter-im-verhandlungsverfahren-ohne-vorherige-bekanntmachung/>

EuGH: Mindestanzahl der Bieter:innen im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung - 13.09.2022

# MANGELNDER RECHTSSCHUTZ WEGEN FEHLENDER INFORMATIONEN; EuGH

EuGH vom 14.07.2022, GZ: Rs C-274/21 und C 275/21

## **Leitsatz:**

Eine Bieterin vermutete, dass die AG über die Höchstgrenzen der RV hinaus Abrufe getätigt hatte. Sie wusste keine Details und konnte deshalb im Nachprüfungsantrag die gesetzlich geforderten Angaben zu Sachverhalt, Auftragswert und Pauschalgebühren nicht machen.

Das BVwG sah ein Spannungsverhältnis zum gebotenen „effektiven Rechtsschutz“ und rief den EuGH an.

## **Rechtlicher Kontext:**

Gemäß §§ 344 Abs 1 und 350 Abs 1 BVergG haben Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung u.a. das betreffende Vergabeverfahren sowie den AG zu benennen und den maßgeblichen Sachverhalt darzustellen.

Nachprüfungswerber haben außerdem nach Maßgabe des § 340 Abs 1 BVergG eine Pauschalgebühr zu entrichten. Die Höhe dieser Gebühr hängt wiederum vom angefochtenen Sachverhalt ab (insb. Auftragsart und Auftragswert).

Beziffert der ASt die Pauschalgebühr in seinem Antrag nicht und entrichtet diese auch nicht, ist der Antrag unzulässig und vom Gericht zurückzuweisen.

## **Sachverhalt:**

Dem Vorabentscheidungsverfahren des EuGH liegt ein österreichischer Rechtsstreit zugrunde. Ein Finanzberatungsunternehmer stellte einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Er hatte aus den Medien erfahren, dass eine zentrale Beschaffungsstelle Antigentests im Wert von 3 Mio. EUR bestellt hatte. Der Unternehmer war der Ansicht, die zentrale Beschaffungsstelle hätte damit das Abrufvolumen ihrer RV wesentlich überschritten. Die Käufe wären somit im Wege einer unzulässigen Direktvergabe oder eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens o. v. B. erfolgt.

Zum Zeitpunkt der Einbringung seines Nachprüfungsantrags wusste der ASt weder den genauen Wert des vergebenen Auftrags, noch gegen welche und wie viele Entscheidungen der AG er seine Anträge zu richten hatte. Seine Anträge enthielten daher nicht alle der nach dem Wortlaut des BVergG geforderten Inhalte, was er mit der Intransparenz des von der AG gewählten Verhandlungsverfahrens o. v. B. begründete.

Das BVwG wandte sich schließlich an den EuGH und ersuchte um Vorabentscheidung zur Frage, ob die Anträge aufgrund ihrer Formalmängel unter Bedachtnahme auf das

Recht eines wirksamen Rechtsbehelfs und die sonstigen unionsrechtlichen Vorschriften zurückzuweisen sind.

**EuGH-Entscheidungssätze:**

Laut EuGH lässt es sich nicht bestreiten, dass der ASt in einer derartigen Situation (ohne Auftragsbekanntmachung) nicht in der Lage ist, die Art des Verfahrens, die anfechtbaren Entscheidungen sowie die Höhe des Auftrags zu ermitteln. Eine nationale Regelung, die in einer solchen Situation den Rechtssuchenden verpflichtet, in seinem Antrag derartige Informationen anzugeben, sei daher nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.

Müsste der ASt diese Informationen vorab angeben, würde dies die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen. Ebenso verhält es sich nach Ansicht des EuGH mit der zu entrichtenden Pauschalgebühr. Denn auch eine nationale Regelung, die den ASt zur Zahlung einer Pauschalgebühr in unbekannter Höhe verpflichtet, ist mit dem Unionsrecht nicht vereinbar.

**Schlussfolgerung:**

Die §§ 340 Abs 1, 344 Abs 1 und 350 Abs 1 BVergG sind somit bei Bekämpfung von Verfahren o. v. B. insofern unionsrechtswidrig, als ASt nicht veröffentlichte und ihnen daher nicht bekannte Informationen anzugeben haben.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/eugh-ruegt-oesterreichischen-rechtsschutz-bvergg-teilweise-unionsrechtswidrig/>

EuGH: EuGH rügt österreichischen Rechtsschutz: BVergG teilweise unionsrechtswidrig - 11.10.2022

# AUSSCHLUSS VON VERBUNDENEN UNTERNEHMEN; VwGH

VwGH vom 13.07.2022, GZ: Ra 2021/04/0093

## **Leitsatz:**

Sowohl die Muttergesellschaft als auch deren Tochtergesellschaft legten ein eigenes Angebot. Dieser Umstand per se ist vergaberechtlich noch nicht problematisch. Im Anlassfall lagen allerdings Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen vor.

Der VwGH zeigt auf, welche Prüfmaßstäbe AG einhalten müssen.

## **Rechtlicher Kontext:**

Bieter AG können Unternehmer aus mehreren Gründen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen. Einer dieser Gründe sind Abreden zwischen Unternehmern, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen (§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG).

AG müssen sich zum Nachweis einer derartigen Abrede nicht auf unmittelbare Beweise stützen. Bereits das Vorliegen von Indizien, die objektiv und übereinstimmend sind (VwGH vom 10.10.2016, Ra 2016/04/0104), liefern einen „hinreichend plausiblen Anhaltspunkt“, Unternehmer wegen wettbewerbswidriger Absprachen auszuschließen.

## **Sachverhalt:**

Am Verhandlungsverfahren m. v. B. beteiligten sich (ua) zwei miteinander verbundene Unternehmen. Auch die allein vertretungsbefugten GF der Unternehmen verbindet etwas: Sie sind verheiratet. Im Verfahren legten sowohl die Muttergesellschaft als auch die Tochtergesellschaft jeweils ein eigenständiges Angebot. Während der Ehegatte das Angebot für die Muttergesellschaft ausarbeitete, erstellte die Ehegattin das Angebot der Tochtergesellschaft.

Zum Problem wurde die elektronische Signatur des Ehegatten, die auf beiden Angeboten vorzufinden war. Auch die Verhandlungen für beide Unternehmen wurden nur vom Ehegatten geführt. Die AG hegte Zweifel an der „eigenständigen und unabhängigen“ Angebotserstellung und schied beide Angebote aus.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH hielt zunächst fest, dass die getrennte Angebotsabgabe von zwei miteinander verbundenen Unternehmen unproblematisch ist, solange sie eigenständig und unabhängig erstellt und abgegeben werden. Erst bei objektiven Anhaltspunkten, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des Angebots aufkommen lassen, müssen AG alle relevanten Umstände prüfen (EuGH vom 17.05.2018, C-531/16).

Dieser Prüfpflicht werden AG aber nicht nur durch das Sammeln „unmittelbarer Beweise“ gerecht. Vielmehr können auch Indizien für das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Absprache herangezogen werden, solange sie objektiv und

übereinstimmend sind (VwGH v. 10.10.2016, Ra 2016/04/0104). Dieser Ansatz findet auch im Gesetzeswortlaut Deckung (§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG), wonach „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ ausreichen.

Im konkreten Fall waren die einheitliche elektronische Signatur beider Angebote und die (alleinige) Verhandlungsführung durch den Ehegatten objektive und übereinstimmende Indizien, die für das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Abrede sprachen. Die AG zweifelte zu Recht an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Angebote. Die Vorgehensweise der AG und die Entscheidung des BVwG wurden damit bestätigt.

**Schlussfolgerung:**

Das BVergG stellt gar nicht darauf ab, ob tatsächlich Abreden getroffen wurden. Objektive Gesichtspunkte, die eine wettbewerbswidrige Abrede indizieren, reichen als Ausscheidensgrund für AG bereits aus.

Das ist in erster Linie vorteilhaft für AG, weil ihnen damit eine effektive Verfahrensführung ermöglicht wird. Sie müssen sich nicht mit dem Sammeln von Beweisen befassen.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zu-verbundenen-unternehmen-als-getrennte-bieter-in-einem-vergabeverfahren/>

VwGH: VwGH zu verbundenen Unternehmen als getrennte Bieter:innen in einem Vergabeverfahren - 11.10.2022

# WURZELMÄNGEL IN AUSSCHREIBUNGEN; VwGH

VwGH vom 23.06.2022, GZ: Ra 2019/04/0076-9

## **Leitsatz:**

Wurzelmängel sind Mängel in der Ausschreibung, die so gravierend sind, dass sie nicht bestandfest werden, obwohl die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist. Im konkreten Fall waren nach Ansicht des LVwG die unangefochtenen Zuschlagskriterien dermaßen rechtswidrig, dass eine Bestbieterermittlung nicht möglich war.

Der VwGH klärt auf, wann Wurzelmängel vorliegen können.

## **Rechtlicher Kontext:**

Nach dem Rechtsschutzsystem des BVergG 2018 (konkret § 343 Abs 3) sind Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung fristgerecht anzufechten, da sie ansonsten bestandfest werden (Präklusion der Geltendmachung von Rechtswidrigkeiten).

In der Vergangenheit werteten Verwaltungsgerichte dennoch immer wieder Mängel als so gravierend, dass sie das Präklusionsprinzip durchbrechen und auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist noch aufgegriffen werden können. Als Bezeichnung dafür hat sich der Begriff *Wurzelmängel* etabliert.

Der VwGH (22.12.2020, Ra 2019/04/0091) gibt sich diesbezüglich allerdings sehr restriktiv und erkennt Wurzelmängel nur dann an, wenn die Anwendbarkeit des BVergG an sich und die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden betroffen sind. Tauchen in der Praxis Wurzelmängel auf, ist somit stets mit Spannung abzuwarten, inwieweit der VwGH diese anerkennt.

## **Sachverhalt:**

Ein Verkehrsverbund führte als AG ein Verhandlungsverfahren m. v. B. im OSB zur Vergabe von Personenbeförderungsdienstleistungen durch. In den Zuschlagskriterien fehlten Festlegungen zur punktemäßigen Bewertung der Subkriterien. Zudem gab der AG zu einem Subkriterium den Bewertungskatalog (mit den wesentlichen Aspekten für die Bewertung) nicht den Bietern bekannt, sondern hinterlegte diese Informationen bei einem Notar.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden nicht angefochten. Erst nachdem der AG die Zuschlagskriterien im Rahmen eines Short Listings anwendete, bekämpfte eine ausgeschiedene Bieterin diese. Der AG stützte sich auf die Präklusionsfolgen.

## **Entscheidungssätze:**

Das LVwG stellte im Wesentlichen fest, für Bieter sei nicht ersichtlich, wie die Punktevergabe auf Basis der Zuschlagskriterien im Einzelnen erfolgen solle. Es wäre den Bietern daher nicht möglich gewesen, ein Angebot entsprechend den Anforderungen in der Ausschreibung zu gestalten.

Diese Rechtswidrigkeiten waren nach Ansicht des LVwG so gravierend, dass eine Bestbieterermittlung nicht möglich wäre und deshalb ein Wurzelmangel vorliege.

#### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH blieb seiner bisherigen Linie treu, wonach Wurzelmängel nur in äußerst seltenen Fällen nicht bestandfest werden können (VwGH v. 14.10.2015, 2013/04/0097). Er verwies auf seine bisherige Judikatur, derzufolge Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind und im Zweifel daher gesetzeskonform zu lesen sind.

Im konkreten Fall war der VwGH der Ansicht, dass sich die Zuschlags- und Bewertungskriterien nachvollziehbar den Ausschreibungsunterlagen entnehmen ließen. Dem VwGH zufolge führt die notarielle Hinterlegung der wesentlichen Aspekte für die Bewertung - auch wenn diese Aufzählung den Bietern gegenüber nicht vorab offengelegt wurden - zu keiner Intransparenz des Bewertungsschemas bzw. der Angebotsbewertung selbst.

#### **Schlussfolgerung:**

Der VwGH bekräftigt mit seiner Entscheidung wieder einmal, wie wichtig Rechtssicherheit im Vergabeverfahren ist. Bieter müssen Ausschreibungsunterlagen genau prüfen und innerhalb der dafür vorgesehenen Frist anfechten.

Erfolgt dies nicht, werden die Ausschreibungsunterlagen bestandfest und können in weitere Folge nicht mehr angefochten werden.

#### **Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zu-wurzelmaengeln-in-ausschreibungen/>

VwGH: VwGh zu Wurzelmängeln in Ausschreibungen - 13.09.2022

# NACHWEIS EINER BERUFLICHEN VERFEHLUNG; VwGH

VwGH vom 28.06.2022, GZ: Ra 2021/04/0067 - 0069

## **Leitsatz:**

Der AG erfuhr aus den Medien von einer Verurteilung einer Bieterin seines Vergabeverfahrens wegen Wettbewerbsverstößen sowie arbeits- und sozialrechtlicher Verstöße.

Auch wenn die Urteile noch nicht rechtskräftig waren, nahm der AG sie zum Anlass, die Bieterin wegen schwerer beruflicher Verfehlungen auszuschließen. Dabei wurde ihm die Nachweispflicht der schweren beruflichen Verfehlung zum Verhängnis.

## **Rechtlicher Kontext:**

Gemäß § 78 Abs 1 Z 5 BvergG muss ein AG einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere berufliche Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen hat.

Der AG hat dabei die Verfehlung auf geeignete Weise nachzuweisen. Der VwGH befasst sich in diesem konkreten Fall damit, worauf es für einen geeigneten Nachweis ankommt, wenn eine derartige Verurteilung vorliegt, aber noch nicht rechtskräftig ist.

## **Sachverhalt:**

Der AG führte für die Vergabe von Verkehrsdienstleistungen ein Verhandlungsverfahren m. v. B. im OSB durch. Mit dem Hinweis auf schwere berufliche Verfehlungen hat er eine Bergergemeinschaft nicht zur zweiten Stufe zugelassen.

Er hatte nämlich aus den Medien erfahren, dass gegen eines ihrer Mitglieder sowohl von der Wettbewerbsbehörde ein Bußgeld in der Höhe von 1,1 Mio. EUR als auch vom Arbeitsinspektorat aufgrund von mehreren Vergehen wegen Nichteinhaltungen von Ruhepausen für Buslenker, Geldstrafen verhängt worden seien.

Eigene Ermittlungen stellten er ebenso wenig an wie eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt. Tatsächlich waren zum Zeitpunkt der Nichtzulassung die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde noch nicht rechtskräftig und die Geldstrafe des Arbeitsinspektorats bereits aufgehoben.

Die Bergergemeinschaft focht daraufhin ihre Nichtzulassung beim LVwG Vorarlberg erfolgreich an.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH bestätigte die Entscheidung des LVwG Vorarlberg, wonach sich der AG näher mit dem Verhalten der Bewerberin befassen und Feststellungen hierzu treffen hätten müssen.

Zum Nachweis einer schweren beruflichen Verfehlung bedarf es zwar nicht zwingend eines rechtskräftigen Urteils (siehe EuGH, GZ: C465/11, *Forposta*). Die Beweislast für den Nachweis einer schweren beruflichen Verfehlung liegt allerdings beim AG und dieser muss konkrete Feststellungen über das die Verfehlung begründende Verhalten treffen.

Es ist dabei eine auf den Einzelfall bezogene Betrachtung sowie objektive Begründung des Verhaltens vorzunehmen und der erforderliche Nachweis muss streng objektivierbar sein.

Dass sich der AG im konkreten Fall nur auf die nicht rechtskräftigen Verurteilungen verlassen hatte, ohne Nachforschungen zu betreiben und objektivierbare Feststellungen zu treffen, reichte somit nicht aus.

**Schlussfolgerung:**

Eine nicht rechtskräftige Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde oder eines Arbeitsinspektorats, mag sie auch noch so schwerwiegend erscheinen, kann zwar ein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer schweren Verfehlung sein.

Sie darf aber nicht zu einem automatischen Ausschluss eines Unternehmers führen. Es obliegt vielmehr dem AG, das Vorliegen einer schweren beruflichen Verfehlung objektivierbar nachzuweisen.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zum-nicht-geeigneten-nachweis-schwerer-beruflicher-verfehlungen/>

VwGH: VwGH zum Nachweis einer beruflichen Verfehlung - 13.09.2022

# FALSCH BEZEICHNETE GESONDERT ANFECHTBARE ENTSCHEIDUNG; VfGH

VfGH vom 01.03.2022, GZ: E 1531/2021

## **Leitsatz:**

Ein Vergabeverfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung endet nicht mit einem „Zuschlag“, sondern mit dem „Abschluss der RV“.

Ein Bieter übersah dies in seinem Nachprüfungsantrag und focht die „Zuschlagsentscheidung“ an. Ist dieser Nachprüfungsantrag zurückzuweisen oder handelt es sich lediglich um eine unschädliche Fehlbezeichnung?

## **Rechtlicher Kontext:**

§ 344 Abs 1 BVergG normiert die inhaltlichen Anforderungen eines Nachprüfungsantrages. Gemäß Z 1 sind im Nachprüfungsantrag jedenfalls das betreffende Vergabeverfahren sowie die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung zu bezeichnen.

Nach den erläuternden Bestimmungen soll bei der Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, „kein übertrieben strenger Maßstab angelegt werden“.

## **Sachverhalt:**

Das BM für Inneres führte ein offenes Verfahren im OSB zum Abschluss einer RV über die Lieferung von Videonachfahreinrichtungen für die Bundespolizei durch. Nach Bewertung der eingelangten Angebote informierte die AG die Bieter, mit welchem Unternehmer sie den Abschluss der RV beabsichtige.

Ein nicht zum Zug gekommener Bieter brachte beim BVwG einen Nachprüfungsantrag ein und begehrte die „Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung“.

## **Entscheidungssätze:**

Das BVwG wies das Begehren zurück. Bei der Entscheidung des AG, eine RV mit einem bestimmten Unternehmer abzuschließen, handelt es sich um keine Zuschlagsentscheidung. Die gesondert anfechtbare Entscheidung war also nicht korrekt bezeichnet worden.

In weiterer Folge wandte sich die ASt an den VfGH.

## **VfGH-Entscheidungssätze:**

Dieser hob den angefochtenen Beschluss des BVwG zur Gänze auf. Die im Antrag verwendete Formulierung sei vor dem Hintergrund des konkreten Stadiums des ggst. Vergabeverfahrens zu sehen.

In einem Verfahren zum Abschluss einer RV ist davon auszugehen, dass für alle Parteien klar ist, dass durch die Entscheidung des AG keine Zuschlagsentscheidung erfolgt ist.

Das BVwG hat laut VfGH den Inhalt des § 344 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 1 BVergG grob verkannt. Bei der Auslegung, ob eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegt, darf der Maßstab an die im Antrag gewählte Formulierung daher nicht zu eng gezogen werden.

**Schlussfolgerung:**

Wenn allen Parteien und auch dem Gericht klar sein muss, welche Entscheidung bekämpft wird, bleibt der Nachprüfungsantrag auch dann zulässig, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung vom Nachprüfungserber falsch bezeichnet wurde.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vfgh-zur-grundsatz-falsa-demonstratio-non-nocet-im-nachpruefungsverfahren/>

VfGH: VfGH zum Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ im Nachprüfungsverfahren - 12.05.2022

# BESTANDSFESTIGKEIT VON AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN; VwGH

VwGH vom 07.02.2022, GZ: Ra 2018/04/0140

## **Leitsatz:**

Der VwGH war einmal mehr mit der vergaberechtlichen Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen und Fragenbeantwortungen befasst

## **Sachverhalt:**

Die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund führte ein offenes, in Lose gegliedertes Vergabeverfahren im OSB für die Vergabe eines Lieferauftrags betreffend Beatmungsgeräte mit Transportfahrgestell nach dem Bestbieterprinzip durch.

Die ASt wurde zunächst im Los 1 als Bestbieterin festgestellt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung wurde allerdings von der zweitgereihten Bieterin ein Nachprüfungsantrag eingebracht.

Als Folge dessen wurde die Zuschlagsentscheidung von der AG zurückgenommen und die ASt in einem Aufklärungssuchen aufgefordert, klarzustellen, wie durch das angebotene Produkt die Mindestanforderung der „proportionalen Druckunterstützung“ konkret erfüllt wird.

Aufgrund des Aufklärungsschreibens der ASt hat die AG ein Gutachten erstellen lassen, worin festgestellt wurde, dass das Aufklärungssuchen der ASt in mehreren Punkten nicht zutreffend und die Mindestanforderung „proportionale Druckunterstützung“ durch das von ihr angebotene Produkt nicht erfüllt wäre.

Daher wurde das Angebot der ASt ausgeschieden. Diese Entscheidung bekämpfte sie mit einem Nachprüfungsantrag beim LVwG Wien. In diesem Nachprüfungsverfahren stützte sich die ASt auf die Festlegung in einer Fragenbeantwortung, wonach mit der von ihr angebotenen Funktion „IntelliSync+“ die geforderte Mindestanforderung der „proportionalen Druckunterstützung“ erfüllt wird.

## **Entscheidungssätze:**

Das LVwG Wien erkannte zwar einen Widerspruch in den Festlegungen der AG. Zum einen werde inhaltlich festgelegt, was unter einer „proportionalen Druckunterstützung“ zu verstehen sei, zum anderen sei festgelegt, dass durch bestimmte, beispielhaft angeführte Funktionen wie u.a. „IntelliSync+“ die Anforderung der „proportionalen Druckunterstützung“ als erfüllt gelte.

Zusätzlich sei jedoch festgelegt, dass die Bieter nachzuweisen hätten, auf welche Weise sie die inhaltlichen Anforderungen an die „proportionale Druckunterstützung“ erfüllten.

Dies werfe die Frage auf, was gelte, wenn ein Bieter die Anforderung „proportionale Druckunterstützung“ zwar inhaltlich nicht erfülle und folglich den geforderten

Nachweis gar nicht erbringen könne, auf der anderen Seite aber ein System angeboten habe, bei dem die Anforderung der „proportionalen Druckunterstützung“ aufgrund der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen als erfüllt gelten sollte.

Nach Ansicht des LVwG Wien habe aber die ASt weder die verlangte Aufklärung gegeben, noch erfülle das von ihr angebotene Produkt in inhaltlicher Hinsicht die Anforderung der verlangten „proportionalen Druckunterstützung“ im Sinn einer augmentierenden Atemhilfe.

Das von der ASt angebotene Produkt sei daher wegen der nicht erfüllten „proportionalen Druckunterstützung“ nicht ausschreibungskonform.

Die Festlegung der AG, wonach beispielsweise durch die Funktion „IntelliSync+“ das Erfordernis der „proportionalen Druckunterstützung“ als erfüllt gelte, ändere nach Ansicht des LVwG Wien nichts daran, dass das angebotene Produkt über die in inhaltlicher Hinsicht verlangte augmentierende Atemhilfe verfügen müsse, anderenfalls es ausschreibungswidrig sei.

Aus diesen Gründen hat das LVwG Wien den Nachprüfungsantrag der ASt als unbegründet abgewiesen, weshalb diese dagegen eine Revision beim VwGH eingebracht hat.

#### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH ist dem Vorbringen der Revisionswerberin gefolgt und hat die Entscheidung des LVwG Wien aufgehoben.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH stellt die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stets eine Einzelfallentscheidung dar.

Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Mangel aufweist, ist vergaberechtlich am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen (VwGH v. 18.9.2019, GZ: Ra 2018/04/0007).

Die AG hat in der Fragenbeantwortung vom 14.07.2017 den Begriff „proportionale Druckunterstützung“ genauer definiert und zu einer detaillierten funktionalen Beschreibung aufgefordert, mit der nachzuweisen ist, wie die Mindestanforderung mit dem angebotenen Produkt umgesetzt wird.

In einer weiteren Fragenbeantwortung vom 19.07.2017 erklärte die AG, dass die Mindestanforderung u.a. mit der Funktion „IntelliSync+“ erfüllt wird. Diese Fragenbeantwortung wurde bestandsfest. Daher darf ein Angebot, das über diese Funktion verfügt, nicht mit der Begründung ausgeschieden werden, die Mindestanforderung der „proportionalen Druckunterstützung“ wäre nicht erfüllt.

**Schlussfolgerung:**

Mit diesem Erkenntnis festigt der VwGH seine ständige Rspr. zur vergaberechtlichen Bestandskraft. Festlegungen der AG in Ausschreibungsunterlagen und Fragenbeantwortungen können nach eingetretener Bestandsfestigkeit nicht mehr geändert werden.

Darüber hinaus besteht eine strenge Bindung der AG an diese bestandsfesten Festlegungen. Daher dürfen Bieter jedenfalls davon ausgehen, dass die AG diese Festlegungen im Vergabeverfahren auch tatsächlich anwendet.

**Quelle:**

*Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17*

*Blog zum Vergaberecht: <https://www.ester mann-pock.at/2022/06/20/vwgh-bestandsfestigkeit-von-ausschreibungsunterlagen/>*

*VwGH: Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen*

# HERAUSGABEPFLICHT VON AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN; OGH

OGH vom 23.02.2022, GZ: 3 Ob 19/22y

## **Leitsatz:**

Die Ausschreibungsunterlagen eines Vergabeverfahrens sind gem. § 89 und BVergG bis zum Ablauf der Teilnahmeantrags- bzw Angebotsfrist auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen.

Ob nach Ablauf dieser Frist weiterhin eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen besteht, hat nun der OGH geklärt.

## **Sachverhalt:**

Eine AG führte ein Vergabeverfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages durch. Ein Unternehmer wurde erst nach Abschluss des Verfahrens auf das Vergabeverfahren aufmerksam und forderte die Ausschreibungsunterlagen von der AG an.

Da das Vergabeverfahren zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen und der Unternehmer kein Teilnehmer davon war, verweigerte die AG die Übermittlung der gegenständlichen Unterlagen. In Folge dessen brachte der Unternehmer eine zivilrechtliche Klage auf Herausgabe der Ausschreibungsunterlagen ein.

## **OGH-Entscheidungssätze:**

Der Wortlaut von § 89 Abs 2 BVergG regelt auch den Endzeitpunkt, bis zu welchem die Ausschreibungsunterlagen jedenfalls verfügbar sein müssen. Dies ist der Ablauf der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist. Die Bereitstellung über diesen Zeitpunkt hinaus ist zwar zulässig, aber keinesfalls verpflichtend.

## **Schlussfolgerung:**

Zusammengefasst ist die Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen eines Vergabeverfahrens nach Abschluss der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist somit zwar zulässig, eine zivilrechtliche Verpflichtung, die durch Klage auf Herausgabe durchsetzbar wäre, ist jedoch nicht statuiert.

## **Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/>

VwGH: Auswahl der Teilnehmer im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung - 13.01.2022

# GEBÜHREN BEI DER BEKÄMPFUNG MEHRERER LOSENTSCHEIDUNGEN; VfGH

VfGH vom 01.03.2022, GZ: E 4194/2021-8

## **Leitsatz:**

Ein auf mehrere Lose bezogener Antrag ist nicht für jedes Los gesondert zu vergebühren, sondern nur einmal. Bemessungsgrundlage für die Gebührenhöhe ist der (geschätzte) Gesamtwert aller angefochtenen Lose.

## **Rechtlicher Kontext:**

Die Befassung des BVwG kann bei hohen Auftragswerten kostspielig sein - umso mehr, wenn der Antrag für jedes Los gesondert vergebührt wird.

Ein Nachprüfungswerber forderte daher nach einem fruchtlosen Nachprüfungsverfahren einen Großteil der Pauschalgebühr iHv 58.320 EUR zurück. Beim BVwG zunächst ohne, beim VfGH schließlich mit Erfolg.

## **Sachverhalt:**

Ein Bieter legte in einem Vergabeverfahren im OSB zum Abschluss einer RV ein Angebot für 5 ausgeschriebene Lose. Nachdem die AG mitteilte, ein Los zu widerrufen und in den anderen 4 Losen die RV jeweils mit anderen Unternehmern abzuschließen, wandte sich der Nachprüfungswerber an das BVwG.

Er stellte einen Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung und einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchen Unternehmern die RV in 4 Losen abgeschlossen werden soll, sowie auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung.

Vorsichtshalber entrichtete er für diese 4 Lose jeweils die volle Gebühr für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung. Angesichts der hohen Auftragswerte summierten sich die entrichteten Pauschalgebühren auf insgesamt 58.320 EUR.

Nachdem das BwG seine Nachprüfungsanträge in allen Losen abgewiesen hatte, forderte der Nachprüfungswerber 2/3 der entrichteten Gebühren zurück. Da es sich um ein und dasselbe Vergabeverfahren handelt, fallen die Pauschalgebühren für Nachprüfungs- und Einstweilige Verfügungsantrag jeweils nur einmal an, so seine Argumentation.

Das BVwG war anderer Meinung. Der Nachprüfungswerber wandte sich daher mit einer Beschwerde an den VfGH und machte entsprechende Grundrechtsverletzungen geltend.

### **VfGH-Entscheidungssätze:**

Der VfGH hob den Beschluss des BVwG wegen Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes auf und stellte für die Gebührenbemessung bei Anfechtung mehrerer Lose klar:

Grundsätzlich richtet sich die Gebührenhöhe bei der Anfechtung in Bezug auf ein Los nach dem (geschätzten) Wert dieses Loses. Ein auf mehrere Lose bezogener Antrag ist nicht für jedes Los gesondert zu vergebühren, sondern nur einmal. Bemessungsgrundlage für die Gebührenhöhe ist der (geschätzte) Gesamtwert aller angefochtenen Lose.

*„Voraussetzung ist allerdings, dass die Anfechtung mehrerer Lose in einem Antrag erfolgt, wie sich aus der Verwendung des Singulars (,der Antrag‘) in § 2 Abs 4 zweiter Satz BVwG-PauschGebV Vergabe ergibt. Wenn die Vergabe mehrerer Lose jeweils mit einem eigenständigen Antrag angefochten wird, wird die Pauschalgebühr für jeden eigenständigen Antrag fällig, wobei sich auch dann wieder die Höhe der Pauschalgebühr nach dem (geschätzten) Gesamtwert des angefochtenen Loses bzw der jeweils angefochtenen Lose richtet.“*

### **Schlussfolgerung:**

Für den Nachprüfungswerber richtet sich die Gebührenhöhe damit nach der Anzahl der Anträge in seinem Schriftsatz.

Die Entscheidung der AG, mit welchem Unternehmer sie die RV in den unterschiedlichen Losen abzuschließen beabsichtige, konnte er (für mehrere Lose) im Rahmen eines einzigen Antrags bekämpfen. Für diesen Antrag muss er ungeachtet der Anzahl der bekämpften Lose auch nur eine Pauschalgebühr (nach Maßgabe des Gesamtwerts dieser Lose) entrichten. Für die Bekämpfung der Widerrufsentscheidung in einem anderen Los wird es wohl eines eigenen Antrags bedürfen.

Letztlich lässt der VfGH aber offen, ob sich auch die Bekämpfung der Widerrufsentscheidung in einem Los und die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung in einem anderen Los in „einem Antrag“ bekämpfen lassen.

### **Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vfgh-einfach-oder-mehrfachvergebuehrung-bei-gleichzeitiger-bekaempfung-mehrerer-losentscheidungen/>

VfGH: Einfach- oder Mehrfachvergebüfung bei gleichzeitiger Bekämpfung mehrerer Losentscheidungen? - 5.07.2022

# VORARBEITEN-PROBLEMATIK; LVwG NÖ

LVwG NÖ vom 03.06.2022, GZ: LVwG-VG-2/001-2022

## **Leitsatz:**

Bieter, welche Vorarbeiten geleistet haben, dürfen nicht kategorisch von der Beteiligung am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

## **Sachverhalt:**

Eine öffentliche AG beauftragte ein Unternehmen mit der Befundung zum Zustand einer Pestsäule als Grundlage für die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses im darauffolgenden Vergabeverfahren.

Nach Übermittlung der Dokumentation über die durchgeführte Bestandsaufnahme lud die AG in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im USB insgesamt acht Unternehmen zur „Erstellung eines Angebotes und Teilnahme an der Ausschreibung zur Restaurierung der Pest- und Dreifaltigkeitssäule“ ein. Darunter befand sich auch das Unternehmen, welches im Vorfeld die Befundung durchgeführt hatte.

Teil der an die Unternehmen übermittelten Verfahrensunterlagen war u.a. die erstellte Befundaufnahme. Darüber hinaus wurde eine Angebotsfrist von 4 ½ Wochen gewährt, die deutlich über der gesetzlichen Mindestangebotsfrist von 10 Tagen lag.

Die Zuschlagsentscheidung erging zugunsten jenes Unternehmens, das im Vorfeld auch die Befundung erstellt hatte. Ein sich übergangen fühlender Bieter brachte gegen diese Entscheidung einen Antrag auf Nichtigerklärung ein, und begründete diesen damit, dass die präsumtive ZE aufgrund geleisteter Vorarbeiten nicht am Verfahren hätte teilnehmen dürfen.

## **Entscheidungsätze:**

Das LVwG NÖ entschied, dass kein Fall unzulässiger Vorarbeiten vorlag und begründete dies damit, dass die AG sämtliche im Rahmen der Vorarbeiten erstellten Unterlagen als Bestandteil der Verfahrensunterlagen an alle Bieter übermittelte.

Zudem setzte sie eine verlängerte - im Vergleich zur gesetzlichen Mindestfrist mehr als verdoppelte - Angebotsfrist fest. Durch die von der AG gesetzten Maßnahmen hat sie den Informationsvorsprung der präsumtiven ZE gegenüber den anderen Bietern ausgleichen können, sodass von keiner Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen war.

**Schlussfolgerung:**

Die Vorarbeiten-Problematik ist in § 25 BVergG geregelt. Öffentliche AG sind gefordert, aktiv Maßnahmen zu setzen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (z.B. Offenlegung aller Informationen, Verlängerung der Angebotsfrist, etc.).

Ggf. ist dem Unternehmen, das Vorarbeiten erbracht hat, die Möglichkeit einzuräumen, nachzuweisen, dass seine Beteiligung den Wettbewerb nicht verzerren konnte.

**Quelle:**

*Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Bartensteingasse 2*

*WK NÖ Vergabe-Newsletter 3/2022: <https://www.wko.at/noe/wirtschaftsrecht-gewerberecht/wknoe-vergabe-newsletter>*

*LVwG NÖ: Die Vorarbeitenproblematik - 16.12.2022*

# VERGABEN IM GESUNDHEITSBEREICH; VwGH

VwGH vom 22.03.2023, GZ: Ro 2019/04/0234

## **Leitsatz:**

Gerade bei Vergaben im Gesundheitsbereich besteht eine größere Freiheit der öffentlichen AG bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes, soweit dabei das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und der Wettbewerbsgrundsatz beachtet werden.

## **Rechtlicher Kontext:**

Vergabeverfahren sind gemäß § 20 unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbs und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen.

Aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung haben öffentliche AG die auszuschreibende Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, sodass kein Bieter von vornherein einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil genießt. Je mehr eine Anforderung den Kreis der potentiellen Bieter einschränkt, desto höher sind die Anforderungen an ihre sachliche Rechtfertigung.

## **Sachverhalt:**

Die BBG führte ein offenes Verfahren im OSB zum Abschluss einer RV betreffend „Kinderimpfstoffe - Pneumokokken (13-valent)“ durch. Eine Marktteilnehmerin bekämpfte die Ausschreibung mit der Begründung, nur eine einzige Marktteilnehmerin könne einen solchen 13-valenten Impfstoff anbieten. Für eine derartige Einschränkung des Bieterkreises gebe es keine sachlichen Rechtfertigungsgründe.

Hinsichtlich der Immunisierung gegen Pneumokokken lasse der Impfplan für Kinder zwei Konjugat-Impfstoffe zu, nämlich sowohl einen 10-valenten als auch einen 13-valenten Impfstoff. Somit sei klar erkennbar, dass beide Impfstoffe gleichwertig sind.

## **Entscheidungssätze:**

Das BVwG gab der AG recht. Der 13-valente Impfstoff habe insofern einen qualitativen Mehrwert, als er gegen 13 und nicht nur gegen 10 Serotypen immunisiert.

Es erscheine daher sachlich, nicht diskriminierend bzw. nicht willkürlich (und damit vergaberechtskonform), wenn die AG als Mindestanforderung einen 13-valenten Impfstoff ausschreibe.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Auch der VwGH betonte die Freiheit der AG bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes, soweit sie die Grundsätze des Vergaberechts beachtet. Der VwGH sah es daher weder unsachlich noch diskriminierend, wenn in der

Ausschreibung als Mindestanforderung ein 13-valenter Impfstoff verlangt werde. Vielmehr würden die Kinder dadurch mit einem Impfstoff geimpft, der von den am Markt verfügbaren Produkten die größtmögliche Immunisierung bewirke.

Ebenso wie das BVwG misst auch der VwGH dem Gesundheitsschutz von Kindern einen besonders hohen Stellenwert zu. Der Impfplan wirkt nicht normativ, er soll lediglich einen Überblick über zur Verfügung stehende Impfungen geben und für diese Empfehlungen aussprechen. Dass der Impfplan auch den 10-valenten Impfstoff enthalte, stelle keine bindende Vorgabe an die AG für die Beschaffung des Impfstoffes dar.

**Schlussfolgerung:**

Der VwGH gibt dem Schutz der Gesundheit (im konkreten Fall durch Impfungen von Kindern) Vorrang vor der Steigerung des Wettbewerbs. Und das, obwohl die Mindestanforderung im konkreten Fall den zugelassenen Markt auf nur eine Anbieterin beschränkte.

Damit schafft der VwGH ein praxisrelevantes Präjudiz für Ausschreibungen im Gesundheitsbereich, insbesondere im Bereich der Arzneimittelausschreibungen.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/grundsatzentscheidung-des-vwgh-zu-vergaben-im-gesundheitsbereich-wie-einschraenkend-duerfen-mindestanforderungen-sein/>

VwGH: Grundsatzentscheidung des VwGH zu Vergaben im Gesundheitsbereich. Wie einschränkend dürfen Mindestanforderungen sein? - 22.03.2023

# BEAUFTRAGUNG VON COVID-19-TESTUNGEN; VwGH

VwGH vom 16.12.2022, GZ: Ro 2021/04/0028

## **Leitsatz:**

Aufgrund besonderer Rahmenbedingungen, die durch eine besondere Dringlichkeit bestimmt sind, besteht keine Verpflichtung eines öffentlichen AG, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Bietern durchzuführen.

## **Sachverhalt:**

Das Land Vorarlberg hat als öffentlicher AG im Februar 2021 einen Auftrag zur Erhöhung der Kapazitäten bereits bestehender COVID-19-Testungen vergeben. Aufgrund der kurzfristig erlassenen 4. COVID-19-Schutzmaßnahme-Verordnung und der COVID-19-Einreiseverordnung war es für den AG zwingend erforderlich, die bisherigen Testkapazitäten mehr als zu verdoppeln.

Aufgrund der bestehenden Dringlichkeit hat das Land Vorarlberg für diese Kapazitätserhöhung ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Abs 1 Z 4 mit jenem AN durchgeführt, der bereits das bisherige Testangebot im Land abgewickelt hat. Diese Erhöhung der Testkapazitäten wurde aber nur als kurzfristige Überbrückung bis zum Abschluss eines kurz darauf durchgeführten offenen Verfahrens mit europaweiter Bekanntmachung beauftragt.

Ein Testanbieter ging gegen dieses Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter mit einem Feststellungsantrag vor. Dieser Antrag war zum einen auf die Feststellung einer vergaberechtswidrigen Verfahrenswahl und zum anderen darauf gerichtet, dass der geschlossene Vertrag für nichtig erklärt wird.

Gemäß § 37 Abs 1 Z 4 kann ein Dienstleistungsauftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des öffentlichen AG zuzuschreiben sind - im Zusammenhang mit Ereignissen, die der AG nicht voraussehen konnte - es nicht zulassen, ein sonstiges reguläres Verfahren durchzuführen.

## **Entscheidungssätze:**

Das LVwG Vorarlberg wies die Anträge des Antragstellers als unbegründet ab. Gegen dieses Erkenntnis hat der Testanbieter eine Revision beim VwGH eingebracht.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH hatte im Wesentlichen die Frage zu klären, ob der AG zu Recht den Überbrückungsauftrag nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter vergeben hat.

Im Ergebnis erkannte der VwGH, dass mit den beiden im Februar 2021 kundgemachten COVID-Verordnungen und den darin vorgesehenen Testpflichten ein

für den AG unvorhersehbares Ereignis eingetreten war. Aus diesem Ereignis ergab sich auch der - nicht dem AG zuzurechnende - äußerst dringliche und zwingende Grund, ausreichend Tests für die Bevölkerung zur Verfügung zu stellen.

Darüber hinaus bestätigte der VwGH, dass aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen Kundmachung und Inkrafttreten der Verordnungen die Einhaltung der gesetzlichen Mindestfristen - selbst die eines beschleunigten Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung - nicht möglich war.

Dabei hat der VwGH - insbesondere auch unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH - dargelegt, dass aufgrund der vorliegenden Rahmenbedingungen - die entscheidend durch die Dringlichkeit der beiden COVID-Verordnungen bestimmt sind - keine Verpflichtung bestanden hat, das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Bietern durchzuführen.

Daher hat der VwGH die Revision als unbegründet abgewiesen.

**Schlussfolgerung:**

Der VwGH schafft mit diesem Erkenntnis eine wichtige Auslegungshilfe für den Ausnahmetatbestand gemäß § 37 Abs 1 Z 4, der ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus Dringlichkeitsgründen ermöglicht.

Wie der VwGH hingewiesen hat, hat in Österreich eine klarstellende Rechtsprechung für die Wahl dieser Verfahrensart - insbesondere bei Beschaffung von Leistungen zur Bekämpfung einer Pandemie - bisher gefehlt.

Dabei war in der vergaberechtlichen Praxis insbesondere die Frage umstritten, ob das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus Dringlichkeitsgründen nur mit einem Bieter zulässig ist.

Die mit dem vorliegenden Erkenntnis auch zu dieser Frage geschaffene Rechtssicherheit ist für die Anwendung dieser Verfahrensart auch für andere Beschaffungsvorhaben zu begrüßen.

**Quelle:**

*Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17*

*Blog zum Vergaberecht: <https://www.estermann-pock.at/2023/06/12/vwgh-verfahrenswahl-bei-beauftragung-von-covid-19-testungen/>*

*VwGH: Verfahrenswahl bei Beauftragung von Covid-19-Testungen*

# ANTRAGSLEGITIMATION EINER 3.-GEREihtEN BIETERIN; VwGH

VwGH vom 09.01.2023, GZ: Ra 2021/04/0152

## **Leitsatz:**

Ein Bieter ist in einem Nachprüfungsverfahren dann antragslegitimiert, wenn er plausibel darlegen kann, dass alle ihm vorgereihten Bieter auszuschneiden oder ihm nachzureihen sind.

## **Rechtlicher Kontext:**

Gemäß § 342 Abs 1 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beantragen, sofern

- er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, und
- ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählen in einem offenen Verfahren gemäß § 2 Z 15 lit a sublit aa die Ausschreibung, sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebots, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung.

Immer wieder bringen AG gegen Nachprüfungsanträge vor, der ASt hätte keine echte Chance auf den Zuschlag, weil er nur an hinterer Stelle gereiht ist (z.B. an dritter oder vierter Stelle). Er käme daher selbst dann nicht zum Zug, wenn das Angebot des erstgereihten Bieters nicht den Zuschlag erhielte. Seit der EuGH-Judikatur *Fastweb* (EuGH 4.7.2013, C-100/12) ist Schwung in diese Judikaturlinie gekommen.

## **Sachverhalt:**

Eine öffentliche AG führte ein offenes Verfahren im OSB nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe eines Bauauftrags durch. Die Zuschlagsentscheidung der AG wurde von der unterlegenen drittgereihten Bieterin mittels Nachprüfungsantrag bekämpft.

Die Nachprüfungswerberin argumentierte, das Angebot der präsumtiven ZE wäre auszuschneiden gewesen, weil über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde und sie daher über kein KSV-Rating verfügte.

Zudem seien der zweitgereihten Bieterin in einem Zuschlagskriterium zu Unrecht zu viele Punkte zuerkannt worden. Ihr eigenes Angebot hätte deshalb vorgereiht werden müssen.

## **Entscheidungssätze:**

Sowohl die AG als auch die präsumtive ZE hielten dem entgegen, dass die unterlegene Bieterin als Drittgereichte keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlags habe und es ihr somit an der Antragslegitimation fehle. Das LVwG Kärnten gab dem Nachprüfungsantrag statt und erklärte die Zuschlagsentscheidung für nichtig.

Hinsichtlich der Antragslegitimation leitete das LVwG aus der Judikatur des EuGH ab, dass es die Reihung gar nicht zu prüfen brauche. Dagegen wendete sich die AG an den VwGH.

#### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH stellte klar, dass die Antragslegitimation ein Interesse am Vertragsabschluss und einen Schaden durch die behauptete Rechtswidrigkeit erfordere.

Aus der Judikatur des EuGH (EuGH 4.07.2013, C-100/12, *Fastweb*; 5.04.2016, C-689/13, *PFE*) konnte er deshalb - entgegen dem LVwG Kärnten - nicht ableiten, dass die Reihung der ASt generell nicht zu prüfen ist. Vielmehr lagen der EuGH-Judikatur andere Sachverhalte zugrunde, bei denen das Verfahren zu widerrufen und neu einzuleiten gewesen wäre.

Im ggst. Fall hat die Nachprüfungswerberin nach Ansicht des VwGH mit ihrem Vorbringen, wonach das Angebot der 1.-gereihten Bieterin auszuschneiden gewesen wäre und das Angebot der 2.-gereihten Bieterin schlechter bewertet hätte werden müssen, den Anforderungen an die Plausibilisierung des drohenden Schadens genüge getan.

Das Ergebnis des Erkenntnisses des LVwG Kärnten war daher nicht zu beanstanden.

#### **Schlussfolgerung:**

Das Argument, eine nachgereichte Bieterin käme für den Zuschlag ohnehin nicht in Betracht, liegt oft auf der Hand und kann je nach den Umständen des Einzelfalls stichhaltig sein. Die Gerichte erkennen konsequenterweise auch immer wieder einen drohenden Schaden bei nachgereichten Bieterinnen.

Dazu kann im Wesentlichen folgende Unterscheidung getroffen werden:

- Jeder Bieter ist nach *Fastweb* (EuGH 4.07.2013, C-100/12) und *PFE* (EuGH 5.04.2016, C-689/13) antragslegitimiert, wenn alle Angebote auszuschneiden sind und das Vergabeverfahren zu widerrufen ist.
- Nach den Urteilen *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (EuGH 21.12.2016, C-355/15) sowie *Archus und Gamas* (EuGH 11.05.2017, C-131/16) gilt dies nur für im Vergabeverfahren verbliebene Bieter. Rechtsgültig ausgeschiedene Bieterinnen können somit nicht mehr anfechten.
- Gemäß der aktuellen VwGH-Entscheidung ist ein Bieter dann antragslegitimiert, wenn er plausibilisieren kann, dass alle ihm vorgereichten Bieter auszuschneiden oder hinter ihn zu reihen sind.

#### **Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zur-antragslegitimation-einer-drittgereihten-bieterin/>

VwGH: VwGH zur Antragslegitimation einer drittgereihten Bieterin - 28.03.2023

# NICHTERFÜLLUNG ÖFFENTLICH-RECHTLICHER VERPFLICHTUNGEN; EuGH

EuGH vom 26.01.2023, GZ: Rs C-403/21

## **Leitsatz:**

Ein öffentlicher AG darf nur Nachweise fordern, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.

Verpflichtungen, die sich aus öffentlich-rechtlichen Materiengesetzen für bestimmte Tätigkeiten ergeben können, gelten nicht automatisch als Eignungskriterien.

## **Rechtlicher Kontext:**

Der EuGH hatte sich mit den Eignungsanforderungen im Vergabeverfahren auseinanderzusetzen und dabei folgende Frage zu beantworten:

Müssen Bieter nur die explizit in der Ausschreibung festgelegten Nachweise erbringen oder können sich aus öffentlich-rechtlichen Materiengesetzen darüber hinausgehende Anforderungen ergeben?

## **Sachverhalt:**

Im Rahmen eines rumänischen Vergabeverfahrens zur Errichtung einer Straße, beanspruchte ein nicht zum Zug gekommener Bieter die Zuschlagsentscheidung. Er begründete seinen Antrag im Wesentlichen damit, dass die vorgereichten Bieter maßgebliche öffentlich-rechtliche Voraussetzungen für die Auftragsausführung nicht erfüllen würden.

So hätte die öffentliche AG bei den Bietern die für die Errichtung angeblich erforderliche Zulassung durch die *Autoritatea Feroviară Română* (Rumänische Eisenbahnbehörde) gar nicht geprüft.

## **Entscheidungssätze:**

Die öffentliche AG und die erfolgreiche Bieterin machten geltend, dass die Ausschreibungsunterlagen keine derartigen Anforderungen enthielten und diese deshalb nicht verfahrensrelevant waren.

## **EuGH-Entscheidungssätze:**

Gem. Art 58 der RL 2014/24/EU (umgesetzt in § 20) müssen Bieter ihre Eignung mittels den durch die AG festgelegten Anforderungen (Eignungskriterien) nachweisen. Die AG darf nur Nachweise fordern, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.

Im Rahmen der Eignungskriterien kann die öffentliche AG laut EuGH auch Verpflichtungen aufnehmen, die sich aus öffentlich-rechtlichen Materiengesetzen für bestimmte Tätigkeiten ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die entsprechenden Tätigkeiten von geringer Bedeutung sind und im Rahmen der Ausführung eines öffentlichen Auftrags nur möglicherweise durchgeführt werden müssen.

Es stehe AG gleichermaßen frei, diese Verpflichtungen nur im Rahmen der Bedingungen für die Auftragsausführung festzulegen, sodass deren Einhaltung nur die erfolgreiche Bieterin trifft.

Unterlässt die AG bei der Festlegung der Eignungskriterien einen Verweis auf eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung (wie die Zulassung der Bieter durch eine Eisenbahnbehörde), tritt eine solche Anforderung nicht automatisch als Eignungskriterium zu den in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien hinzu.

Der EuGH begründet dies damit, dass andernfalls das weite Ermessen der öffentlichen AG bei der Festlegung der Eignungskriterien (Bedingungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren) ausgehöhlt würde.

**Schlussfolgerung:**

Inhaltlich reiht sich die Entscheidung nahtlos in die jüngere Judikatur des EuGH ein (vgl. EuGH 31.03.2022, C-195/21, *LB*; EuGH 07.09.2021, C-927/19, *Klaipėdos*).

Konsequenterweise betont der EuGH erneut, dass Pflichten für die Auftragsausführung aus öffentlich-rechtlichen Materiengesetzen nicht auch automatisch als Eignungskriterien gelten.

Solche Anforderungen müssen Bieter nur dann bereits im Vergabeverfahren erfüllen, wenn sie von den öffentlichen AG explizit genannt werden.

Öffentliche AG sollten sich daher im Vorfeld einer Vergabe detailliert mit den für die Ausführung erforderlichen (öffentlich-rechtlichen) Anforderungen auseinandersetzen und die Eignungskriterien so konkret wie möglich festlegen.

**Quelle:**

*FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50*

*Update Vergabe:* <https://www.fsm.law/fachartikel/eugh-duerfen-bieterinnen-ausgeschieden-werden-wenn-sie-oeffentlich-rechtliche-verpflichtungen-nicht-erfuellen/>

*EuGH: Dürfen Bieter:innen ausgeschlossen werden, wenn sie öffentlich-rechtliche Verpflichtungen nicht erfüllten? - 28.03.2023*

# WIE KÖNNEN WETTBEWERBE ENDEN?; VwGH

VwGH vom 23.01.2023, GZ: Ro 2019/04/0017

## **Leitsatz:**

Eine öffentliche AG verzichtete in einem Realisierungswettbewerb nach Auswahl des Siegerprojekts auf die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens. Der VwGH beschäftigte sich mit den Rechtsfolgen einer solchen Vorgehensweise und traf folgende praxisrelevante Klarstellung:

Ein Realisierungswettbewerb endet demnach entweder mit Widerruf oder mit Einleitung eines anschließenden Verhandlungsverfahrens.

## **Rechtlicher Kontext:**

In einem Realisierungswettbewerb wird im Anschluss an die Auslobung ein Verhandlungsverfahren durchgeführt (§ 32 Abs 3). Wettbewerbe können aber - ähnlich den klassischen Vergabeverfahren - vorzeitig mittels Widerrufs beendet werden (§ 165 Abs 11).

## **Sachverhalt:**

Eine Salzburger Gemeinde führte einen geladenen Realisierungswettbewerb zur Erarbeitung von Vorentwürfen für den Umbau ihres Gemeindeamts-gebäudes durch. Nach Einlangen von insgesamt vier Wettbewerbsarbeiten wählte das Preisgericht die Arbeit der späteren Revisionswerberin als Siegerprojekt aus.

## **Entscheidungssätze:**

Die Gemeinde fasste im Anschluss aber den Beschluss, den Wettbewerb „abzubrechen“ und kein Verhandlungsverfahren durchzuführen.

Gegen diese Entscheidung brachte die spätere Revisionswerberin Anträge auf Nachprüfung und Feststellung beim LVwG Salzburg ein. Das LVwG wies sämtliche Anträge zurück, wogegen sich die Revision an den VwGH richtete.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Nach Ansicht des VwGH war die Entscheidung der Gemeinde über den „Wettbewerbsabbruch“ weder als Widerrufsentscheidung noch als Widerruf zu qualifizieren. Er interpretierte diese Entscheidung dahingehend, den Realisierungswettbewerb - ohne weitere Zulassung von Teilnehmern zu einem anschließenden Verhandlungsverfahren - faktisch beenden zu wollen.

Darin erkannte der VwGH eine Rechtswidrigkeit, weil einem Realisierungswettbewerb zwingend ein Verhandlungsverfahren zu folgen hat, sofern kein Widerruf des Auslobungsverfahrens erfolgt ist.

Ein Realisierungswettbewerb endet demnach entweder mit Widerruf oder mit Einleitung eines anschließenden Verhandlungsverfahrens.

**Schlussfolgerung:**

Die Formen der Beendigung von Wettbewerben sind im Gesetz abschließend aufgezählt. So können Wettbewerbe - bei Vorliegen der Voraussetzungen - mit Widerruf enden. Kommt es zu keinem Widerruf, hat einem Realisierungswettbewerb zwingend ein Verhandlungsverfahren zu folgen und damit einhergehend die Zulassungen bzw. Nicht-Zulassungen der Betroffenen zum Verfahren.

Ideenwettbewerbe enden hingegen mit der Entscheidung über die Vergabe der Preisgelder oder der Zahlungen. Sonstige Beendigungsformen sind nicht vorgesehen und können gegebenenfalls mit Erfolg bekämpft werden.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-wie-koennen-wettbewerbe-enden/>

VwGH: *Wie können Wettbewerbe enden?* - 18.04.2023

# PREISPRÜFUNG BESONDERER DIENSTLEISTUNGEN; VwGH

VwGH vom 21.02.2023, GZ: 2021/04/0223

## **Leitsatz:**

§ 137 BVergG liefert auch für Vergaben besonderer Dienstleistungen wichtige Anhaltspunkte für die vertiefte Angebotsprüfung. Dabei ist jedoch immer zu beachten, dass die gesetzlichen Ausnahmen der besonderen Dienstleistungen das Ziel verfolgen, öffentlichen AG mehr Spielraum in der Verfahrensgestaltung zu geben.

## **Rechtlicher Kontext:**

Gemäß § 137 müssen öffentliche AG Angebotspreise auf ihre Angemessenheit überprüfen und erforderlichenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen.

Da § 137 in der taxativen Aufzählung des § 151 (= Vergabe von besonderen DL-Aufträgen) nicht enthalten ist, sind für die Beurteilung der Preisangemessenheit von besonderen Dienstleistungen im Sinn des Anhangs XVI die allgemeinen Grundsätze der Vergabe nach § 20 heranzuziehen.

## **Sachverhalt:**

Gegenstand eine Vergabe besonderer Dienstleistungen im Sinn des Anhangs XVI. Die AG unterzog das Angebot der präsumtiven ZE keiner vertieften Angebotsprüfung, weil es bloß geringfügig über der Kostenschätzung der AG lag und nur marginal billiger als das 2.-gereihe Angebot war.

## **Entscheidungssätze:**

Das BVwG ließ die geringe Abweichung zum 2.-gereihten Angebot nicht gelten, weil dieses „in allen Losen vom Angebot der präsumtiven ZE um den gleichen Prozentsatz abweiche“.

Diesem Zufall traute das BVwG offenbar nicht, wiewohl es zugleich feststellen musste, dass es „keine Indizien für Preisabsprachen“ gab. Dennoch könne das 2.-gereihe Angebot das Unterbleiben einer vertieften Angebotsprüfung nicht rechtfertigen. Der Preisunterschied zum preislich 3.-gereihten Angebot habe außerdem über 15 % betragen, die AG hätte somit nach ständiger Judikatur vertieft prüfen müssen.

## **VwGh-Entscheidungssätze:**

Der VwGH hatte nun die Auslegung des BVwG gegen den Einwand der AG - § 137 könne nicht direkt auf die allgemeinen Grundsätze der Vergabe nach § 20 umgelegt werden - abzuwägen. Dabei betonte er, dass § 137 auch die Grundsätze der Vergabe konkretisiert und dementsprechend auch bei Vergaben besonderer Dienstleistungen die Anhaltspunkte des § 137 heranzuziehen sind.

Der AG werde aufgrund der bloß rudimentären Regeln aber ein größerer Spielraum in der Verfahrensgestaltung eingeräumt.

*„Diese Zielsetzung wäre konterkariert, würde man die Vorgaben des § 137 im Wege des § 20 Abs 1 letzter Satz vollständig auf den Bereich der Vergabe besonderer Dienstleistungen übertragen.“*

Ob bei besonderen Dienstleistungen ebenso ab einer Abweichung von 15 % eine vertiefte Angebotsprüfung nötig ist, ließ der VwGH offen. Vielmehr beanstandete er die Begründung des BVwG, warum das 2.-gereichte Angebot bei der Beurteilung unberücksichtigt bleiben müsse.

Die verdächtige Abweichung zwischen Erst- und Zweitgereihtem in allen Losen um den gleichen Prozentsatz könne sich auch aus dem Umstand ergeben, dass ein Stundensatz anzubieten war und es keinen Grund gebe, für einzelne Gebietslose unterschiedliche Preise anzubieten.

**Schlussfolgerung:**

§ 137 liefert auch für Vergaben besonderer Dienstleistungen wichtige Anhaltspunkte für die vertiefte Angebotsprüfung. Dabei ist jedoch immer zu beachten, dass die gesetzlichen Ausnahmen der besonderen Dienstleistungen das Ziel verfolgen, AG mehr Spielraum in der Verfahrensgestaltung zu geben.

AG sind daher nicht zwingend an jene prozentuellen Abweichungen gebunden, die bei der Vergabe gewöhnlicher Dienstleistungsaufträge zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichten.

Es wird vielmehr auf eine Einzelfallprüfung ankommen mit Bedachtnahme insbesondere auf den konkreten Ausschreibungsgegenstand.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-mehr-spielraum-bei-der-preispruefung-bei-besonderen-dienstleistungen/>

VwGH: Mehr Spielraum bei der Preisprüfung besonderer Dienstleistungen? - 18.04.2023

# BEAUFTRAGUNG EINER ZENTRALEN BESCHAFFUNGSSTELLE; VwGH

VwGH vom 16.12.2022, GZ: Ra 2021/04/0017-4

## **Leitsatz:**

9 Abs 1 Z 22 BVergG nimmt die Dienstleistung einer zentralen Beschaffungstätigkeit sowie Nebenbeschaffungstätigkeiten - im Rahmen einer Vollmacht oder als Vermittler - vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 aus.

Allerdings setzt das BVergG dem Umfang der vergabefreien Übertragung von Nebenbeschaffungstätigkeiten an zentrale Beschaffungsstellen Grenzen.

## **Rechtlicher Kontext:**

Eine zentrale Beschaffungstätigkeit kann gemäß § 2 Z 48 sowohl aus einer Liefer-, Dienst- als auch Bauleistung bestehen. „Beschafferin“ muss entweder eine öffentliche AG oder eine zentrale Beschaffungsstelle sein.

Zur Frage, welche Tätigkeiten konkret von der Ausnahme des „Beschaffungsauftrags“ umfasst sind, gab es bislang noch keine höchstgerichtliche Judikatur.

## **Sachverhalt:**

Eine Gemeinde schloss einen sogenannten „Beschaffungsvertrag“ mit einer gemeinnützigen Wohnungsgenossenschaft für die beabsichtigte Neuerrichtung eines Kindergartens ab. Der Vertrag enthielt die Verpflichtung der Wohnungsgenossenschaft *„zur Beschaffung sämtlicher für die schlüsselfertige Herstellung des Gebäudes notwendigen Leistungen“*.

Neben der Beschaffung für die Gemeinde sollte die Wohnungsgenossenschaft auch die technische und geschäftliche Oberleitung, einen Großteil der örtlichen Bauaufsicht (ÖBA) sowie die Qualitätskontrolle hinsichtlich der Bauausführung übernehmen.

Die Gemeinde schloss den Beschaffungsvertrag ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens ab. Sie begründete dies damit, dass die Beschafferin eine zentrale Beschaffungsstelle sei. Der abgeschlossene Beschaffungsvertrag unterliege gemäß den oben genannten Bestimmungen samt seinen Nebenleistungen nicht dem Vergaberecht.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Nach dem VwGH lässt sich die Dienstleistung der Vergabe von Bauleistungen grundsätzlich unter die Ausnahme des § 9 Abs 1 Z 22 subsumieren. Für die Anwendbarkeit dieses Ausnahmetatbestandes war damit entscheidend, ob die sonstigen übertragenen Tätigkeiten in Bezug auf die Bauausführung, „Nebenbeschäftigungstätigkeiten“ im Sinne der Ausnahme sind.

Gemäß den Erläuterungen (zu § 2 Z 24) sind dies Tätigkeiten, die vor Zuschlagserteilung (Abschluss des Beschaffungsvorgangs „Vergabe der Bauleistungen“) durchgeführt werden.

Auf die technische und geschäftliche Oberleitung sowie die ÖBA trifft dies nicht zu. Da der vergebene Auftrag bereits aus diesem Grund nach den Bestimmungen des BVergG hätte vergeben werden müssen, konnte die (grundsätzliche) Einordnung der Beschafferin als zentrale Beschaffungsstelle unterbleiben.

**Schlussfolgerung:**

Das BVergG setzt dem Umfang der vergabefreien Übertragung von Nebenbeschaffungstätigkeiten an zentrale Beschaffungsstellen insofern Grenzen, als eine zentrale Beschaffungsstelle ohne Vergabeverfahren keine Leistungen eines Ziviltechnikers übernehmen darf, die erst im Zeitraum nach Zuschlagserteilung zu erbringen sind.

Die Ausschreibung der technischen und geschäftlichen Oberleitung und der ÖBA kann somit nicht durch die Ausdehnung der Aufgaben einer Beschafferin ersetzt werden.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-vergabefreie-beauftragung-einer-zentralen-beschaffungsstelle/>

VwGH: Vergabefreie Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle - 18.04.2023

# RECHTZEITIGKEIT VON NACHPRÜFUNGSANTRÄGEN; VwGH

VwGH vom 28.02.2023, GZ: Ro 2023/04/0002

## **Leitsatz:**

Bringt eine Antragstellerin einen Antrag zu spät ein, kann sie die sogenannte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen, mit der Fristversäumnisse behoben werden können. Dies setzt allerdings voraus, dass höchstens ein Versehen minderen Grades vorliegt

## **Rechtlicher Kontext:**

Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung müssen im Regelfall bis spätestens sieben (volle) Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden (§ 343 Abs 3 BVergG).

Fällt das Fristende auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag, Karfreitag oder den 24.12., endet die Frist am nächsten Werktag (§ 33 Abs 2 AVG).

## **Sachverhalt:**

Eine Unternehmerin brachte ihren Nachprüfungsantrag am letzten Tag der Frist, allerdings wenige Sekunden nach Ende der Amtsstunden beim LVwG Salzburg als E-Mail ein. Eine Mitarbeiterin des LVwG bestätigte ihr den rechtzeitigen Eingang des Antrags.

Konkret ging es um die Einbringung eines Nachprüfungsantrags gegen die Ausschreibung einer Salzburger AG. Die Angebotsfrist endete am 03.10.2022, weshalb der Nachprüfungsantrag spätestens am 26.09.2022 einzubringen war (der 25.09.2022 war ein Sonntag).

Laut Kundmachung des LVwG Salzburg endeten die Amtsstunden um 16:00 Uhr; später eingelangte Eingaben würden erst mit dem nächsten Werktag als eingebracht gelten.

## **Entscheidungssätze:**

Der ggst. Nachprüfungsantrag - verfasst und eingebracht durch deren Rechtsvertreterin in Form einer E-Mail - langte um 16:00:26 Uhr am Server des LVwG ein.

Die RA-Kanzlei unterließ die gleichzeitige Übermittlung des Nachprüfungsantrags per Post, weil ihr eine nichtrichterliche Mitarbeiterin des Gerichts noch am selben Tag das rechtzeitige Einlangen des Antrags telefonisch bestätigt hatte.

Das LVwG Salzburg wies den Antrag als verspätet zurück.

## **VwGh-Entscheidungssätze:**

Der VwGH bestätigte diese Entscheidung. Zugleich nahm er Bezug auf das Vorbringen der ASt, wonach aufgrund der unrichtigen telefonischen Auskunft der Mitarbeiterin des LVwG ein Versehen minderen Grades vorliege und daher die Wiedereinsetzung in

den vorherigen Stand - ein Antrag zur Behebung der Folgen einer Fristversäumnis - zulässig sei.

An rechtskundige Parteienvertreter ist aber ein strengerer Maßstab anzulegen. Die Einhaltung von Fristen erfordert vom rechtskundigen Parteienvertreter größtmögliche Sorgfalt.

**Praxistipp:**

Beachten Sie daher die korrekte Fristenberechnung, kalendrieren Sie die Fristen, bringen Sie Ihre Schriftsätze nach Möglichkeit nicht am letzten Tag der Frist ein oder nutzen Sie das sogenannte Postlaufprivileg.

Postlaufprivileg: Der Postlauf (= Dauer der Postbeförderung oder der Beförderung durch einen elektronischen Zustelldienst (E-Mail)) wird in den Fristenlauf nicht eingerechnet § 33 Abs 3 AVG.

Ein Schriftstück gilt somit dann als fristgerecht eingebracht, wenn es am letzten Tag der Frist zur Post gegeben bzw. beim elektronischen Zustelldienst eingelangt ist und an die richtige Stelle adressiert ist.

Der Tag der Postaufgabe ist grundsätzlich durch den Poststempel, das Einlangen beim elektronischen Zustelldienst auf eine „zum Nachweis geeignete Art“ nachzuweisen.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zur-rechtzeitigkeit-von-nachpruefungsantraegen/>

VwGH: Zur Rechtzeitigkeit von Nachprüfungsanträgen - 23.05.2023

# AUSNAHMETATBESTAND „ÖFFENTLICH - ÖFFENTLICHE KOOPERATION“; VwGH

VwGH vom 17.04.2022, GZ: Ro 2020/04/0045

## **Leitsatz:**

Öffentliche AG können zu ihrer Aufgabenerfüllung neben der klassischen Auftragsvergabe auch auf öffentlich-öffentliche Kooperationen zurückgreifen.

Der VwGH liefert in diesem Erk. mehrere praxisrelevante Erkenntnisse zu den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands „öffentlich-öffentliche Kooperation“.

## **Rechtlicher Kontext:**

Neben den In-House-Vergaben können seit der Grundsatzentscheidung des EuGH „*Stadtreinigung Hamburg*“ (GZ: C-480/06) unter bestimmten Voraussetzungen auch Verwaltungskooperationen vom BVergG ausgenommen sein.

Die Ausnahmebestimmung wurde in § 10 Abs 3 umgesetzt. Demnach sind Verwaltungskooperationen vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

Durch den Vertrag wird eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen AG begründet oder implementiert, die Implementierung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und die beteiligten öffentlichen AG erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

## **Sachverhalt:**

Um die Entsorgung des unbehandelten Restmülls sicherzustellen, strebten der Abfallwirtschaftsverband Mürzverband (AWV) und die Stadt Wien, MA 48 (Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark) eine öffentlich-öffentliche Kooperation an.

Der AWV sollte der MA 48 Deponien zur Zwischen- und Ablagerung für den von ihr zu entsorgenden Abfall zur Verfügung stellen, während die MA 48 die thermische Entsorgung des Restmülls des AWV übernehmen sollte.

Die Behandlung und Entsorgung von unaufbereitetem Restmüll des AWV war jahrelang von einer privaten Auftragnehmerin erfüllt worden. Diese brachte gegen den beabsichtigten Abschluss der Kooperationsvereinbarung einen Nachprüfungsantrag mit der Begründung ein, der Ausnahmetatbestand des § 10 Abs 3 würde nicht erfüllt. Es handle sich vielmehr um einen klassischen Dienstleistungsauftrag, der ausgeschrieben werden müsse.

## **Entscheidungssätze:**

Das LVwG Steiermark sah die Voraussetzungen der öffentlich-öffentlichen Kooperation als erfüllt an, sprach jedoch aus, dass eine Revision an den VwGH

zulässig ist, da keine Rechtsprechung zu grundsätzlichen Auslegungsfragen der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 3 durch den VwGH vorliegt.

#### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Unstrittig war, dass es sich bei der Abfallentsorgung um die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe handelt. Dem VwGH blieb die Prüfung mehrerer anderer Tatbestandselemente einer öffentlich-öffentlichen Kooperation:

„Echte Zusammenarbeit“ oder „verdeckter Auftrag“?

- Nach dem VwGH ist das Wesensmerkmal einer öffentlich-öffentlichen Kooperation das Element der Zusammenarbeit zur Bewältigung einer den beteiligten öffentlichen AG jeweils obliegenden Aufgabe.
- Es ist dabei aber nicht erforderlich, dass alle an einer Kooperation beteiligten AG äquivalente Pflichten übernehmen. Würde hingegen lediglich einem AG eine öffentliche Aufgabe allein obliegen und er diese gegen Entgelt auf einen anderen AG übertragen, liegt keine echte Zusammenarbeit vor.
- Auch wenn im gegenständlichen Fall ein Kostenbeitrag vorgesehen war, stand nach Ansicht des VwGH das kooperative Element im Vordergrund, weil beide Partner Tätigkeiten zur Bewältigung einer kooperativen öffentlichen Aufgabe einbringen sollten.

Öffentlich-öffentliche Kooperation als ultima ratio?

- Die Revisionswerberin führte ferner ins Treffen, dass die öffentlich-öffentliche Kooperation nur zulässig wäre, wenn die jeweils obliegenden Aufgaben im Bereich der Abfallwirtschaft von den AG nicht auf anderem Wege erbracht werden können (z.B. über einen klassischen Auftrag).
- Der VwGH erteilte dieser Ansicht eine Absage und stellte klar, dass der Ausnahmetatbestimmung keine derartige Einschränkung zu entnehmen ist und AG nicht in ihrer Freiheit beschränkt werden sollen, selbst zu entscheiden, wie sie die Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben organisieren.

Beziehung von Drittleistern:

- Da für die Aufgabenerfüllung auch Transportleistungen notwendig sind und die AG solche Leistungen selbst nicht erbringen, war die Revisionswerberin der Ansicht, es müssten - unzulässigerweise - auch private Dritte an der Kooperationsvereinbarung beteiligt sein.

**Schlussfolgerung:**

Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung müssen öffentliche AG allen Interessenten die Ausschreibungsunterlagen bis zum Abschluss der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist zur Verfügung stellen.

Eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen über diesen Zeitpunkt hinaus gibt es allerdings nicht.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zu-den-tuecken-des-ausnahmetatbestandes-oeffentlich-oeffentliche-kooperationen/>

VwGH: VwGH zu den Tücken des Ausnahmetatbestands „öffentlich-öffentliche Kooperation“  
- 20.06.2023

# SCHLECHTERFÜLLUNG BEI FRÜHEREN AUFTRÄGEN; VwGH

VwGH vom 27.06.2023, GZ: Ra 2020/04/0074-6

## **Leitsatz:**

Ein Unternehmer kann den Ausschluss von der Teilnahme an einem Vergabe-verfahren durch Maßnahmen der Selbstreinigung gemäß § 83 Abs 2 BVergG vorbeugen. Die umgesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen müssen ausreichend geeignet sein, das betroffene Fehlverhalten künftig zu verhindern.

## **Rechtlicher Kontext:**

Gemäß § 78 Abs 1 Z 9 BVergG begründet die Schlechterfüllung im Rahmen eines früheren Auftrags einen Ausschlussgrund, wenn diese

- wesentliche Anforderungen des Vertragsverhältnisses betrifft sowie erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lässt und
- eine vorzeitige Auflösung des Vertrags oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich zieht.

Ein Ausschluss ist nicht mehr zulässig, wenn der Betroffene zum einen konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen trifft, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden Verfehlungen zu verhindern.

Der Betroffene muss zum anderen einen Ausgleich für den verursachten Schaden leisten, an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Verfehlungen aktiv mitwirken und entsprechende effektive Maßnahmen zur künftigen Verhinderung solcher Verfehlungen umsetzen (§ 83 Abs 2).

## **Sachverhalt:**

Eine AG führte ein Vergabeverfahren betreffend Bodenmarkierungen durch. Nach der Angebotsprüfung verständigte sie die Bieter davon, den Zuschlag der späteren Revisionswerberin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung brachte die zweitgereichte Bieterin einen Nachprüfungsantrag beim LVwG Steiermark ein und brachte vor, die Revisionswerberin habe in einem früheren Auftrag erhebliche und dauerhafte Mängel erkennen lassen, die zu einer Ersatzvornahme geführt hätten.

Dieser Umstand verwirkliche den Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 9 BVergG).

## **Entscheidungssätze:**

Das LVwG Steiermark gab dem Nachprüfungsantrag statt. Aus der Stellungnahme der damaligen AG habe sich eindeutig ergeben, dass im Zuge der von der Revisionswerberin im Rahmen einer - mit einem rumänischen Unternehmen gebildeten - ARGE erhebliche Mängel aufgetreten seien.

Diese Mängel hätten zu einer Ersatzvornahme auf Kosten der ARGE, einem Abzug einer Vertragsstrafe und einer Preisminderung geführt.

Das LVwG verneinte zudem hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen. Diese würden die Darlegung und den Nachweis konkreter und geeigneter Maßnahmen zur Verhinderung zukünftiger Verfehlungen erfordern (Personal- und Organisationsmaßnahmen, Berichts- und Kontrollsysteme etc.).

Die Revisionswerberin habe hingegen nur vage Auskünfte erteilt und das schuldhafte Verhalten der ehemaligen ARGE-Partnerin angelastet. Weiters habe die rumänische ARGE-Partnerin nicht über das laut Ausschreibung erforderliche deutschsprachige Personal verfügt, was ein erhebliches Organisationsverschulden der Revisionswerberin begründe.

#### **VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH bestätigte die Entscheidung des LVwG Steiermark.

Die von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Argumentation, künftig nicht mehr mit dem rumänischen Unternehmen arbeiten zu wollen und eigenes Organisationsverschulden nicht einzugestehen bzw. keine konkreten Maßnahmen zur Verhinderung weiteren Fehlverhaltens darzustellen, begründe keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen.

Somit wäre die Revisionswerberin auszuschneiden gewesen.

#### **Fazit:**

Ein öffentlicher AG ist bei konkreten Hinweisen auf eine Schlechterfüllung seitens eines Bieters in einem früheren Auftrag zur Prüfung dieser Umstände verpflichtet. Derartige Hinweise und Anhaltspunkte können sich etwa aus Einwänden eines Mitbewerbers in einem Nachprüfungsantrag ergeben.

Der Bieter kann aber gemäß § 83 Abs 2 einen Ausschluss durch Maßnahmen der Selbstreinigung vorbeugen. Die umgesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen müssen allerdings ausreichend geeignet sein, das betroffene Fehlverhalten künftig zu verhindern.

Der Betroffene ist zudem verpflichtet, den entstandenen Schaden auszugleichen und zur Aufklärung der Umstände der Schlechterfüllung beizutragen. Die bloße Abwälzung der Verantwortlichkeit auf die frühere ARGE-Partnerin und die Erklärung, nicht mehr mit diesem Unternehmen arbeiten zu wollen, begründen keine ausreichende Selbstreinigung.

In einem solchen Fall ist der öffentliche AG zum Ausschluss des Betroffenen verpflichtet.

#### **Quelle:**

*FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50*

*Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zur-schlechterfuellung-bei-frueheren-auftraegen-und-den-anforderungen-an-die-selbstreinigung/>*

*VwGH: VwGH zur Schlechterfüllung bei früheren Aufträgen und der Möglichkeit der Selbstreinigung - 5.09.2023*

# NACHTRÄGLICHE RÜCKZAHLUNG VON EU-FÖRDERMITTELN; EuGH

EuGH vom 08.06.2023, GZ: Rs C-545/21

## **Leitsatz:**

Nach § 78 BVergG kann jeder Wirtschaftsteilnehmer, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine nachweislich schwere Verfehlung begangen hat, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Bei Finanzierung eines Projektes durch EU-Fördermittel können derartige (strafrechtlich bedeutsame) Handlungen je nach Art und Schweregrad zu einer gänzlichen Rückzahlungsverpflichtung von bereits erhaltenen Zuschüssen führen.

## **Sachverhalt:**

Im Rahmen eines von der EU finanzierten Projekts vergab eine öffentliche AG einen Auftrag über die Durchführung von Straßenarbeiten an eine Bietergemeinschaft (BIEGE).

Jahre nach der Auftragsvergabe erlangte die zuständige öffentliche Behörde Kenntnis von einer strafrechtlichen Untersuchung in Zusammenhang mit Bestechung, gegen eines der Mitglieder der BIEGE. Der Vorwurf lautete, dass Mitglieder des Vergabeausschusses der AG von einem BIEGE-Mitglied Geldbeträge als Gegenleistung für Begünstigungs-handlungen während des Vergabeverfahrens angenommen hätten.

Die zuständige öffentliche Behörde forderte daraufhin die AG zur Rückzahlung der erhaltenen Beträge aus dem Förderprogramm auf. Gegen diese Entscheidung erhob die öffentliche AG Klage beim zuständigen Gericht.

## **EuGH-Entscheidungssätze:**

Nach den Grundsätzen der Bietergleichbehandlung und Transparenz müssen im Vergabeverfahren alle Bieter die gleichen Chancen haben und gleich behandelt werden. Außerdem darf keine Gefahr von Begünstigung oder Willkür seitens der AG bestehen (umgesetzt in § 20 BVergG).

Nach Ansicht des EuGH zielten die gegenständlich vorgeworfenen Bestechungshandlungen darauf ab, den Entscheidungsprozess zur Vergabe des öffentlichen Auftrags zu beeinflussen. Es könne somit nicht ausgeschlossen werden, dass die AG einen der Bieter begünstigt habe. Bereits dies widerspreche den Grundsätzen der Bietergleichbehandlung und Transparenz.

Nach § 78 BVergG kann jeder Wirtschaftsteilnehmer, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine nachweislich schwere Verfehlung begangen hat, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Laut EuGH bezieht sich eine „*schwere Verfehlung*“ eines Wirtschaftsteilnehmers üblicherweise auf jedes vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten von gewisser Schwere, das vor dem Abschluss eines Vergabeverfahrens festgestellt werden muss.

Im konkreten Fall habe die AG erst Jahre nach Abschluss des Vergabeverfahrens von möglichen Bestechungshandlungen im Zuge der Ausschreibung erfahren. Es sei ihr daher nicht möglich gewesen, die damalige Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Zur Zulässigkeit der Aufforderung zur Rückzahlung der Fördermittel sprach der EuGH aus, dass die vorgeworfenen Bestechungshandlungen einen Betrugsverdacht und damit eine schwerwiegende Unregelmäßigkeit im Sinne der anwendbaren Förderbestimmungen darstellen würden.

Derartige Unregelmäßigkeiten würden aber nicht automatisch bedeuten, dass die genehmigte Finanzierung zur Gänze einbehalten und bereits gezahlte Beträge eingezogen werden dürfen. Vielmehr sei eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen, wobei unter anderem die Art und der Schweregrad der festgestellten Unregelmäßigkeiten sowie ihre finanziellen Auswirkungen für den betreffenden Fonds zu berücksichtigen seien.

**Fazit:**

Im Ergebnis begründen Bestechungshandlungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens einen Verstoß gegen die Grundsätze der Bietergleichbehandlung und Transparenz, ohne dass diese Handlungen die Wahl des Bieters tatsächlich beeinflusst haben müssen.

Bieter, die solche Verhaltensweisen setzen, können vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn die Verfehlung vor Abschluss des Verfahrens festgestellt wird.

Nach Abschluss eines Vergabeverfahrens haben in so einem Fall auch AG selbst Konsequenzen zu befürchten:

Bei Finanzierung eines Projektes durch EU-Fördermittel können derartige (strafrechtlich bedeutsame) Handlungen je nach Art und Schweregrad zu einer gänzlichen Rückzahlungsverpflichtung von bereits erhaltenen Zuschüssen führen.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/eugh-nachtraegliche-rueckzahlung-von-eu-foerdermitteln-fuer-vergabeprojekt/>

EuGH: Nachträgliche Rückzahlung von EU-Fördermitteln für ein Vergabeprojekt - 18.07.2023

# KOSTEN DES SACHVERSTÄNDIGEN IM GERICHTSVERFAHREN; VwGH

VwGH vom 28.03.2023, GZ: Ro 2021/04/0235-5

## **Leitsatz:**

Eine AG haftet gemäß § 1313a ABGB auch für das Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen bedient (Gehilfenhaftung).

## **Rechtlicher Kontext:**

Sachverständiger im Vergabeverfahren:

- AG haben die Ausschreibungsunterlagen gemäß § 88 Abs 2 BVergG so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden können.
- Um die Vergaberechtskonformität der Ausschreibungsunterlagen sicherzustellen, ist die Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen gemäß Abs 5 nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen dafür erfüllen.
- Erforderlichenfalls sind unbefangene Sachverständige beizuziehen.

Sachverständiger im Nachprüfungsverfahren:

- Im Nachprüfungsverfahren regelt § 76 AVG die Kostentragung von Barauslagen (u.a. Gebühren für Sachverständige). Wurden die Barauslagen durch das Verschulden eines Beteiligten verursacht, sind sie gem. Abs 2 von diesem zu tragen.
- Dies gilt auch dann, wenn die Amtshandlung von Amts wegen angeordnet und ein Verschulden eines Beteiligten festgestellt wurde.

## **Sachverhalt:**

Eine öffentliche AG führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Bauauftrages durch. Ein Bieter brachte in der zweiten Stufe beim LVwG Salzburg einen Nachprüfungsantrag ein.

Er machte angebliche Rechtswidrigkeiten einzelner Positionen im Leistungsverzeichnis geltend, das ein von der AG beauftragter Sachverständiger erstellt hatte.

Der daraufhin vom LVwG beauftragte Sachverständige gelangte zum Ergebnis, dass einzelne Positionen weder erklärbar noch nachvollziehbar waren und eine seriöse Kalkulation durch die Bieter: nicht möglich war.

## **Entscheidungssätze:**

Das LVwG Salzburg hob nicht nur die Ausschreibung auf, sondern legte der AG die Tragung der Barauslagen für das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen gem. § 76 Abs 2 AVG auf.

Gegen dieses Erkenntnis des LVwG richtete sich die Revision der öffentlichen AG. Sie hatte bereits die Kosten des ersten Sachverständigen zu tragen und konnte ihr Verschulden nicht erkennen.

**VwGH-Entscheidungssätze:**

Der VwGH bestätigte den erstinstanzlichen Beschluss und hielt fest:

Die AG hat auch bei der Heranziehung Dritter für die Ausarbeitung der Ausschreibung, die gehörige Aufmerksamkeit und den gehörigen Fleiß anzuwenden. Vor allem sind die Ausschreibungsunterlagen derart auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden können.

Dabei haftet sie gemäß § 1313a ABGB auch für das Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung der Verpflichtung bedient (Gehilfenhaftung). Ausgehend davon ist ihr ein Verschulden des von ihr heran gezogenen Dritten auch im Rahmen des § 76 Abs 2 AVG zuzurechnen.

**Fazit:**

Die öffentliche AG hat somit auch die Kosten für den vom LVwG Salzburg bestellten gerichtlichen Sachverständigen zu tragen.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-kosten-des-sachverstaendigen-im-gerichtsverfahren/>

VwGH: *Kosten des Sachverständigen im Gerichtsverfahren* - 20.06.2023

# AUSNAHME FÜR FORSCHUNGS- UND ENTWICKLUNGSLEISTUNGEN; VwGH

VwGH vom 27.06.2023, GZ: Ra 2020/04/0027

## **Leitsatz:**

Für die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestands des § 36 Abs 1 Z 5 BVergG (Verhandlungsverfahren o.v.B.), reicht es nicht aus, dass eine zu beschaffende Ware zu Forschungszwecken eingesetzt wird. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Ware aufgrund ihrer Spezifikationen nicht auch von anderen Anbietern am Markt erbracht werden könnte.

## **Rechtlicher Kontext:**

Lieferaufträge können gemäß § 36 Abs 1 Z 5 in einem Verhandlungsverfahren o. v. Bekanntmachung vergeben werden, wenn die Waren ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt wurden.

Der Auftrag darf dabei nicht die Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit der Ware umfassen. Nach den Erläuterungen soll die Bestimmung dem Umstand Rechnung tragen, dass bei Forschungsarbeiten mit besonders vertraulichen Daten umgegangen wird.

## **Sachverhalt:**

Eine öffentliche AG führte ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung eines kombinierten Röntgenmessgeräts durch. Das Gerät sollte zum Zweck der Entwicklung, Lieferung und anschließenden Erprobung seiner Funktionalität hergestellt werden.

In seiner Endausführung gab es das Gerät bislang noch nicht. Die drei wesentlichen Komponenten waren jedoch am Markt verfügbar.

Kern des Auftrags war, die drei Hauptkomponenten sowie übrige Hardwarekomponenten zu einem Prototyp zusammenzustellen. Sekundärer Leistungsteil war die Entwicklung einer Software für die Steuerung und Verwaltung der mit dem Gerät gesammelten Daten. Eine Serienfertigung war vom Auftrag nicht erfasst.

Nach Bekanntgabe des vergebenen Auftrags erhob eine Mitbewerberin der ZE ein Rechtsmittel an das BVwG. Sie war der Ansicht, dass die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren o.v.B nicht vorgelegen seien, weil auch sie die Leistungen hätte erbringen können.

Allein der Forschungs- und Entwicklungszweck rechtfertige nicht die ins Treffen geführte Ausnahmebestimmung.

## **VwGH-Entscheidungssätze:**

Unter Berufung auf den EuGH (EuGH vom 26.07.2012, T-54/11) führte der VwGH aus, dass grundsätzlich nur Prototypen und limitierte Testserien vom Ausnahmetatbestand

des § 36 Abs 1 Z 5 erfasst sind. Fertig getestete und entwickelte Produkte können nicht Gegenstand eines Vergabeverfahrens o. v. Bekanntmachung sein.

Für die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestands reicht es daher nicht aus, dass die zu beschaffende Ware zu Forschungszwecken eingesetzt wird. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Ware aufgrund ihrer Spezifikationen nicht auch von anderen Anbietern am Markt erbracht werden könnte. Denn der Zweck der Ausnahmebestimmung liegt darin, vertrauliche Forschungs- und Entwicklungsdaten zu schützen, die mit dem Forschungsobjekt einhergehen.

Der Lieferauftrag bzw. die Ware muss somit selbst das Forschungsobjekt darstellen, das schützenswerte Daten enthält. Ansonsten kommt der Ausnahmetatbestand nicht zur Anwendung.

**Fazit:**

Im Ergebnis ist für die Anwendung des § 36 Abs 1 Z 5 nicht ausschlaggebend, dass die zu beschaffende Leistung für Forschungs-, Entwicklungs-, Versuchs- oder Untersuchungsleistungen eingesetzt wird.

Für eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand muss der Gegenstand der Leistung selbst den Charakter eines Forschungsobjekts mit schützenswerten Daten aufweisen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Lieferauftrag aufgrund seiner Spezifikationen nicht von anderen Anbietern am Markt erbracht werden kann.

**Quelle:**

FSM Rechtsanwälte GmbH, 1080 Wien, Lange Gasse 50

Update Vergabe: <https://www.fsm.law/fachartikel/vwgh-zum-ausnahmetatbestand-fuer-forschungs-und-entwicklungsleistungen/>

VwGH: VwGH zum Ausnahmetatbestand für Forschungs- und Entwicklungsleistungen  
- 5.09.2023