



# AUSGEWÄHLTE VERGABERECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

STAND: DEZEMBER 2010

# INHALT

BERICHTIGUNG VON OFFENSICHTLICHEN ANGEBOTSMÄNGELN .....	3
BESTANDSFEST GEWORDENE AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN .....	6
BINDUNG AN DIE BESTANDSFEST GEWORDENE AUSSCHREIBUNG .....	8
ZEITPUNKT DES VORLIEGENS DER EIGNUNG .....	10
WETTBEWERBSVERSTOß WEGEN MEHRFACHBETEILIGUNG .....	12
DER BIETER KANN AUF DIE VERLESUNG NICHT VERZICHTEN .....	14
VERPFLICHTENDE NENNUNG AUCH NICHT EIGNUNGSRELEVANTER SUBUNTERNEHMER .....	16
UMFANG SONSTIGER RECHTE VON GEWERBETREIBENDEN .....	19
VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG NUR BEI VORLIEGEN EINES GRUNDES .....	21
ZEITPUNKT DES VORLIEGENS WIRTSCHAFTLICHER LEISTUNGSFÄHIGKEIT .....	23
WIDERRUFSENTSCHEIDUNG IST BEREITS MIT BEKANNTGABE ZU BEGRÜNDEN .....	25

## BERICHTIGUNG VON OFFENSICHTLICHEN ANGEBOTSMÄNGELN

Vergabekontrollsenat (VKS) Wien vom 2.04.2009, VKS-2353/09

Die Angabe eines Stückpreises statt eines Gesamtpreises kann unter Umständen ein behebbarer Mangel sein.

### Leitsätze:

§ 118, § 126 Abs 1 BVergG 2006

Das Missverständnis muss offenkundig sein.

Das Missverständnis muss noch während der Angebotsöffnung - mündlich - berichtigt werden.

Zusätzlich muss der Auftraggeber schriftlich Aufklärung verlangen und der Bieter den Mangel schriftlich beheben.

Eine „Nachkalkulation“ des Angebots muss ausgeschlossen sein.

Die Bestimmungen über die Berichtigung von Rechenfehlern können nicht herangezogen werden.

### Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) führte ein beschleunigtes nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Auftrags zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten im Oberschwellenbereich durch. Insgesamt haben 3 Bieter, darunter die Antragstellerin (ASt) Angebote abgegeben.

Bei der Angebotsöffnung am 12.01.2009 wurden verlesen:

- Der Preis im Angebot der ASt mit netto € 18.500,- zuzügl. USt. Trotz ausdrücklicher Frage, ob es Anmerkungen von Seiten der Anwesenden - darunter auch ein Vertreter der ASt - gebe, erfolgten keinerlei Anmerkungen der Bietervertreter.
- Der Preis des 2. Angebots mit netto € 528.843,48 zuzügl. USt.

Erst nach Verlesung des 2. Angebots merkte der Vertreter der ASt an, dass es sich beim verlesenen Angebotspreis um den Preis für lediglich ein Narkosegerät handelt. Dieser Preis sei mit der Stückzahl 18 zu multiplizieren, um den Gesamtpreis zu erhalten.

Die Angebotsöffnungskommission nahm dies in Anwesenheit aller sonstigen Bieter zur Kenntnis und fragte ausdrücklich, ob irgendwelche Einwände bestünden. Seitens der anderen Bieter wurden keine Einwände geltend gemacht. Der berichtigte Angebotspreis der ASt wurde zu Protokoll genommen.

Am 26.01.2009 bat der AG die ASt mit E-Mail um Stellungnahme u. Klarstellung zu dieser Thematik. In ihrem Antwortschreiben am gleichen Tag wies die ASt darauf hin, dass sie der Meinung gewesen sei, der AG habe in seiner Ausschreibung den Netto-Stückpreis gefordert.

Am 4.03.2009 gab der AG der ASt die Entscheidung ihres Ausscheidens mit folgender Begründung bekannt:

In der Ausschreibung war unmissverständlich verlangt, dass die Bieter einen Pauschalpreis für 18 Stück Narkosegeräte anzubieten haben. Schon aus diesem Grund widerspreche die Angabe des Stückpreises für 1 Narkosegerät den Ausschreibungsvorgaben. Dieser Mangel sei

unbehebbar. Somit sei beim Angebot der ASt von einem Pauschalpreis von € 18.500,- (netto) auszugehen. Ein derart niedriger Gesamtpreis sei jedoch nicht plausibel zusammengesetzt.

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtete sich der rechtzeitig eingebrachte Antrag der ASt.

Die ASt argumentierte damit, dass sie die Ausschreibung so verstanden habe, dass lediglich ein Stückpreis anzugeben sei u. der AG selbst den Stückpreis mit 18 multipliziere. Während der Angebotsöffnung habe die ASt dieses Missverständnis nach Verlesung des 2. Angebots erkannt u. aufgeklärt und sei diese Aufklärung ohne Einwände zur Kenntnis genommen worden.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

In seinem Erkenntnis betont der VKS Wien, dass es sowohl den anwesenden Bietervertretern, als auch der Angebotsöffnungskommission klar sein musste, dass der von der ASt angebotene Preis lediglich ein Stückpreis und daher mit 18 zu multiplizieren sei.

Auf diese Offenkundigkeit des Missverständnisses legt der VKS großen Wert. Dies lässt den Schluss zu, dass diese Offenkundigkeit entscheidungserheblich ist und folglich ein nicht offenkundiges Missverständnis eher nicht verbesserungsfähig wäre.

Für den VKS ist ebenfalls von Bedeutung, dass der Irrtum der ASt im Zuge der Angebotsöffnung aufgeklärt wurde. Die Bieter sollen nämlich dem Ergebnis der Angebotsöffnung vertrauen können.

Der VKS folgt damit der bestehenden Judikatur des BVA. Daher sind missverständliche Angebote vom Bieter noch während der Angebotsöffnung zu berichtigen, andernfalls sich der Bieter seine verlesene Erklärung zurechnen lassen muss.

Diese mündliche Aufklärung ist aber dem VKS zu Folge nicht genug. Es ist zusätzlich erforderlich, dass nach § 126 Abs 1 BVergG vorgegangen und vom Bieter eine schriftliche Stellungnahme verlangt wird. Die Tatsache, dass der AG von der ASt die Aufklärung desselben Missverständnisses später auch noch schriftlich verlangt u. erhalten hat, ist also nicht etwa „verzichtbarer Luxus“, sondern eine absolute Notwendigkeit.

Der VKS weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass § 126 Abs 1 die Einholung einer „verbindlichen schriftlichen Aufklärung“ des Bieters erfordert.

#### **Praxistipp:**

Das Missverständnis muss bei der Angebotsöffnung sowohl für die anwesenden Bietervertreter, als auch für die Angebotsöffnungskommission offenkundig sein, um im Sinne dieser Entscheidung als behebbar in Betracht zu kommen.

Missverständliche Angebote sind vom Bieter noch während der Angebotsöffnung zu berichtigen, andernfalls sich der Bieter seine verlesene Erklärung zurechnen lassen muss.

Zusätzlich sind missverständliche Angebote gem. § 126 BVergG in schriftlicher Form zu berichtigen.

Die Berichtigung muss rechnerisch zwingend sein. Es darf also keine Nachkalkulation erfolgen.

Bei fehlerfreien Rechenvorgängen kommen die Regelungen zur Berichtigung von Rechenfehlern nicht zur Anwendung, sodass eine Korrektur von Stückpreis auf Gesamtpreis nicht nach den Regelungen zur Berichtigung von Rechenfehlern zu erfolgen hat.

Für die Praxis erscheint es daher wichtig, für Fälle dieser Art das Erfordernis der doppelten Aufklärung - zunächst im Zuge der Angebotsöffnung mündlich und anschließend gem. § 126 Abs 1 auch schriftlich - zu beachten, um Formfehler zu vermeiden.

Schließlich weist der VKS noch darauf hin, dass die Berichtigung rechnerisch zwingend sein und damit eine „Nachkalkulation“ des Angebotspreises ausgeschlossen sein muss. Aus diesem Grund können daher auch die Bestimmungen über die Berichtigung von Rechenfehlern nicht herangezogen werden.

## BESTANDSFEST GEWORDENE AUSSCHREIBUNGSBEDINGUNGEN

Verwaltungsgerichtshof (VwGH) vom 27.05.2009, ZI: 2008/04/0041

### Leitsatz:

Einmal mehr hat der VwGH in nunmehr bereits ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass bestandsfest gewordene Ausschreibungsbedingungen im Nachprüfungsverfahren zwingend zu beachten sind.

### Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) hatte in der Ausschreibung als Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein KSV-Ranking zwischen 100 und 350 gefordert. Diese Bedingung war mangels Anfechtung innerhalb der Frist gem. § 321 Abs 2 BVergG bestandsfest geworden.

Obwohl die Antragstellerin (ASt) ein Ranking von 354 hatte, schied sie der AG nicht aus, da dieser Wert seiner Meinung nach „grenzwertig“ sei.

Im Zuge der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung brachte die ASt beim Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) Tirol einen Nachprüfungsantrag ein.

Im Zuge der Prüfung der Zulässigkeit dieses Nachprüfungsantrags zog der UVS Tirol den Schluss, dass der AG das Angebot der ASt nicht ausgeschieden, sondern anerkannt habe u. diese daher mit ihrem Nachprüfungsantrag zum Verfahren zulassen sei.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Der VwGH hob diesen Bescheid des UVS Tirol aufgrund einer Beschwerde des AG mit folgender Begründung auf:

Der Beschwerdeführer (AG) brachte vor, dass der Nachprüfungsantrag der ASt an den UVS Tirol unzulässig sei, weil deren KSV-Ranking bei 354 liege u. somit den von der bestandsfest gewordenen Ausschreibung als Mindestkriterium geforderten Wert von 100 - 350 nicht erfülle.

Die belangte Behörde (UVS) führte aus, dass die ASt zum Verfahren zuzulassen gewesen sei, weil sie nach Aufforderung rechtzeitig ein vollständiges Angebot gelegt habe, das von der Beschwerdeführerin als AG auch anerkannt worden sei.

Der UVS vertrat damit die Ansicht, dass ein vom AG nicht herangezogener Grund für das Ausscheiden des Angebotes der ASt nicht zur Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags führen könne.

Diese Ansicht widerspricht jedoch der ständigen Judikatur des VwGH, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt ist, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags zu beurteilen, ob das Angebot der ASt auszuschneiden gewesen wäre (siehe Erk. vom 18.03.09, ZI. 2007/04/0095).

In diesem Erkenntnis hat der VwGH klargestellt, dass die Nachprüfungsbehörde gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - das ist auch der AG, der den betreffenden Bieter nicht ausgeschieden hat - zu einer solchen Prüfung verpflichtet ist und diese Verpflichtung darin besteht, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags einen von ihr auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens erkannten - aber vom AG nicht aufgegriffenen - Ausschließungsgrund heranzuziehen.

Schon aufgrund dieser Verkennung der Rechtslage belastet die belangte Behörde UVS ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

Zum weiteren Vorbringen der ASt, wonach es sich bei der zunächst fehlenden, danach aber rechtzeitig von ihr nachgereichten KSV-Auskunft, um einen behebbaren Mangel handle, führt der VwGH folgendes aus:

Aufgrund des Vorliegens eines nicht entsprechenden KSV-Rankings zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

- wird dieser Mangel zu einem unbehebaren Mangel,
- welcher zwingend zum Ausscheiden des Angebots zu führen hat,
- da der AG an seinen eigenen Ausschreibung gebunden ist und
- diese mangels Anfechtung bestandsfest geworden ist.

# **BINDUNG AN DIE BESTANDSFEST GEWORDENE AUSSCHREIBUNG**

VwGH vom 20.05.2010, ZI: 2007/04/0072

Grundlage der Prüfung der technischen Spezifikationen

## **Leitsätze:**

§ 19, § 321, § 322 Abs 2 Z 2 BVerfGG 2006

Die Ausschreibung wird - selbst wenn sie rechtswidrig sein sollte - mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest und daher ist auch der Auftraggeber (AG) an seine darin getroffenen Festlegungen gebunden.

Einmal mehr wird durch dieses Erkenntnis verdeutlicht, dass auch AG an ihre bestandsfesten Festlegungen gebunden sind, daher in ihrer Dispositionsfreiheit eingeschränkt werden u. daher besonderes Augenmerk auf deren Ausgestaltung legen sollten.

Insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz resultiert die Verpflichtung des AG, an den einmal getroffenen Festlegungen im weiteren Vergabeverfahren festzuhalten (siehe auch EuGH vom 22.06.1993, VwGH vom 27.09.2000, ZI: 2000/04/0050).

## **Sachverhalt:**

Im Beschwerdefall führte die AG im Sektorenbereich ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung betreffend die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Allwetterjacken und Allwetterhosen durch.

Dabei sollten im Wege eines eingerichteten Prüfsystems zunächst geeignete Unternehmer für die Vergabe der Lieferung ermittelt werden. Dabei wurde in der öffentlichen Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen festgelegt, dass in Stufe 2 geprüft werde, ob die Allwetterjacken und Allwetterhosen den technischen Spezifikationen der AG entsprechen und waren für die entsprechenden positiven Produktprüfungen (Baumusterprüfung) Nachweise (Zertifikate) vorzulegen.

Nach Durchführung der Prüfung im Rahmen dieses Prüfsystems wurden drei Unternehmen, darunter die Beschwerdeführerin (Bf) eingeladen.

Nach durchgeführter Verhandlung wurde das Angebot der Bf an 3. Stelle. gereiht

Gegen die Zuschlagsentscheidung der AG zugunsten des an 1. Stelle gereihten Unternehmens richtete die Bf einen Nachprüfungsantrag an die belangte Behörde.

## **Aus den Entscheidungsgründen:**

In diesem Erkenntnis wurde die Ausschreibung (öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen) bestandskräftig, sodass weder die belangte Behörde, noch der VwGH zu prüfen hatten, ob das von der AG gewählte Prüfsystem § 129 BVergG 2002 entsprochen hat.

Die Argumentation der AG zielte darauf ab, dass sie entsprechend der von ihr festgelegten technischen Spezifikationen der ausgeschriebenen Allwetterjacke und Allwetterhose Zertifikate verlangt habe, nicht aber eine Baumusterprüfung für das zu liefernde Endprodukt.

Vereinfacht gesagt könne demnach aus der durchgeführten Überprüfung der Schutzfunktionen geschlossen werden, dass grundsätzlich auch weitere Schutzfunktionen erfüllbar seien.

Demgegenüber war aus Sicht des VwGH der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen eindeutig zu entnehmen, dass in Stufe 2 des Prüfsystems zwar keine Musterstücke vorzulegen



waren, dass aber Nachweise über die erfolgte Baumusterprüfung an derartigen Musterstücken vorzulegen waren. Da die AG keine derartige Prüfung durchgeführt hat, sondern lediglich auf die Erfüllbarkeit der Schutzfunktionen geschlossen hat, ist sie von den eigenen bestandskräftigen Festlegungen unzulässigerweise abgewichen.

**Praxistipp:**

Einmal mehr wird durch dieses Erkenntnis verdeutlicht, dass auch AG an ihre bestandsfesten Festlegungen gebunden sind, daher in ihrer Dispositionsfreiheit eingeschränkt werden und folglich besonderes Augenmerk auf deren Ausgestaltung legen sollten.

Insbesondere aus dem Gleichheitsgrundsatz resultiert die Verpflichtung des AG, an den einmal getroffenen Festlegungen im weiteren Vergabeverfahren festzuhalten (vgl. etwa EuGH vom 22.06.1993, C-243/89, Rz 37, sowie VwGH vom 27.09.2000, ZI: 2000/04/0050).

## ZEITPUNKT DES VORLIEGENS DER EIGNUNG

VwGH-Erkenntnis vom 11.11.2009, ZI: 2009/04/0203

### Leitsatz:

§§ 69, 70 BVerG 2006

Nur wenn der Auftraggeber (AG) aufgrund der vom Bieter nachgereichten Unterlagen davon ausgehen kann, dass dieser die technische Leistungsfähigkeit bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung besaß, ist ein Ausscheiden des Angebotes des Bieters rechtswidrig.

### Sachverhalt:

Die AG hat am 11.02.2009 Straßenbauarbeiten im Rahmen eines offenen Verfahrens unter Zugrundlegung des Billigstbieterprinzips ausgeschrieben und als Ende der Angebotsfrist den 12.03.2009, 10 Uhr festgelegt.

Mit Schreiben vom 21.04.2009 hat die AG das Angebot der Beschwerdeführerin (Bf) ausgeschieden und dies mit dem Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit der Bf begründet. Letztere habe im Zeitpunkt der Angebotslegung nicht über die erforderlichen Baugeräte für die ausgeschriebenen Arbeiten, vor allem die Asphaltierungsarbeiten, verfügt.

Der VwGH hatte sich daher mit der Frage auseinander zu setzen, ob die von der Antragstellerin (ASt) nachgereichten Unterlagen ausreichend waren, um die technische Leistungsfähigkeit hinreichend nachzuweisen.

Die im BVerG 2006 vorgesehene Möglichkeit zur nachträglichen Vorlage von Eignungsnachweisen soll sicherstellen, dass nur solche Bieter vom AG auszuschließen sind, deren Eignung zu dem im § 69 genannten maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich nicht gegeben war.

Konkret war strittig, ob durch die in Rede stehenden nachgereichten Unterlagen die notwendige technische Leistungsfähigkeit sowohl inhaltlich ausreichend, als auch schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegend, nachgewiesen werden konnte.

In der Ausschreibung wurde zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Erklärung gefordert, über welche Ausstattung, welche Baugeräte u. welche Ausrüstung der Bieter für die Ausführung verfügen wird.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Damit war aus Sicht des VwGH klar gestellt, dass der Bieter im maßgeblichen Zeitpunkt nicht bereits tatsächlich über die Geräte verfügen, sondern lediglich nachweisen muss, über diese Geräte tatsächlich verfügen zu können.

Will oder muss der Bieter daher auf die technischen Mittel eines Dritten zurück greifen, hat er zum einen nachzuweisen, dass diese Mittel beim Dritten tatsächlich verfügbar sind und zum anderen, dass der Dritte diese auch tatsächlich der Verfügungsgewalt des Bieters überlassen wird.

Im Beschwerdefall qualifizierte der VwGH - anders als die belangte Behörde - das Bestätigungsschreiben des Dritten, in dem von diesem ausdrücklich zugesichert wurde, dem Bieter die Maschinen im Auftragsfall zu überlassen, als ausreichend verbindliche Zusage.

Inhaltlich vermochte der Bieter damit die technische Leistungsfähigkeit hinreichend nachzuweisen.

**Praxistipp:**

In der Folge setze sich der VwGH mit § 69 Abs 1 auseinander. Demnach muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit u. Zuverlässigkeit im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Fehlt die Eignung als solche zu diesem Zeitpunkt, liegt ein unbehebbarer Mangel vor und das Angebot ist vom AG zwingend auszuschneiden.

Mangelt es zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung hingegen bloß am geboten Nachweis der an sich gegebenen Leistungsfähigkeit, so handelt es sich um einen behebbaren Mangel.

Das gefundene Ergebnis erscheint gerade vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatzes sowie daran anknüpfend der Transparenz des Vergabeverfahrens begrüßenswert und im Einklang mit der Literatur und der Gesetzessystematik.

Demnach soll durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung u.a. sichergestellt werden, dass dem Bieter keine Dispositionsmöglichkeit über das Ausscheiden seines Angebotes aus dem Grund der fehlenden Eignung mehr zukommt und die Möglichkeit zur Nachreichung von Unterlagen soll nicht die Wettbewerbssituation einzelner Bieter verbessern.

# WETTBEWERBSVERSTOß WEGEN MEHRFACHBETEILIGUNG

BVA vom 19.10.2009, N/0098-BVA/13/2009-25

## Leitsatz:

§ 19 Abs 1 BVergG 2006

Die Verpflichtung gem. § 19, Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des fairen und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen, dient u. a. dem Ziel, einen sauberen Wettbewerb zu sichern und die Bieter von vornherein von der Vergabe auszuschließen, die ihr Offert unter Bedingungen gestellt haben, die sie in eine gegenüber anderen Bietern günstigere Ausgangsposition gebracht haben.

## Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) hat zur Beschaffung der Entwicklung und Umsetzung einer 3-jährigen Marketingkampagne für biologische Produkte einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines nicht offenen Wettbewerbs im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

Sowohl die Bewerbergemeinschaft H/M/K als auch die P haben einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurden von der AG am 26.06.2009 zur Abgabe eines Grobkonzeptes eingeladen. Im Teilnahmeantrag von P wird die Werbeagentur W als Subunternehmer benannt.

Die Antragstellerin (ASt) hat nun zusammengefasst vorgebracht, die Agentur H habe sich am gegenständlichen Wettbewerb nicht nur als federführendes Unternehmen einer Bietergemeinschaft, sondern gleichzeitig auch als Subunternehmerin der P beworben und ein entsprechendes Grobkonzept erstellt. Diese Mehrfachbeteiligung der H stelle eine wettbewerbsverzerrende Handlung dar, welche den Grundsätzen des § 153 iVm § 19 BVergG widerspricht.

H sei daher jedenfalls in Kenntnis vom Konzept zweier Wettbewerbsteilnehmer. Damit habe die H maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt der Grobkonzepte mehrerer Unternehmer, die letztlich von der Jury beurteilt worden seien und der Entscheidung vom 28.08.2009 zu Grunde gelegen sei. Dadurch habe sich H einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen können. Somit sei die Wettbewerbsarbeit der Agentur H nicht zu berücksichtigen, sondern vielmehr auszuschneiden.

## Aus den Entscheidungsgründen:

Das BVA hatte nun zu entscheiden, ob eine Mehrfachbeteiligung in einem Vergabeverfahren als Mitglied einer Bietergemeinschaft (BIEGE) einerseits und als Subunternehmer eines anderen Bieters andererseits bei einem Wettbewerb zulässig ist oder gegen die Grundsätze des fairen und lautereren Wettbewerbs verstößt.

Eine solche Mehrfachbeteiligung ist ja nicht generell unzulässig; vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

Daher wurde besonderes Augenmerk auf die Beantwortung der Frage gelegt, ob der Mehrfachbeteiligte sein Offert unter Bedingungen erstellt hat, die ihn in eine gegenüber anderen Bietern günstigere (und damit wettbewerbsverfälschende) Ausgangsposition gebracht haben.

In der gegenständlichen Sache war dies der Fall, da der Mehrfachbeteiligte vor Abgabe der eigenen Wettbewerbsarbeit in hohem Maß Kenntnis von den bei einem derartigen Wettbewerb

wichtigen Ideen und Strategien eines anderen Wettbewerbsteilnehmers sowie in hohem Maß auch Kenntnis von einer anderen eingereichten Wettbewerbsarbeit erhalten hat.

**Praxistipp:**

Eine Mehrfachbeteiligung ist zwar nicht in jedem Fall unzulässig, bringt aber die Gefahr mit sich, dass ein anderer Bieter dies als gegen den Grundsatz des fairen u. lautereren Wettbewerbs verstößend anführt.

Daher sollte eine Mehrfachbeteiligung stets gut überlegt und insbesondere geprüft werden, ob dadurch der Mehrfachbeteiligte in eine gegenüber den anderen Bietern günstigere Ausgangsposition gebracht wird.

# DER BIETER KANN AUF DIE VERLESUNG NICHT VERZICHTEN

Vergabekontrollsenat (VKS) Wien vom 7.10.2009, VKS-7350/09

## Leitsätze:

### § 118 Abs 5 BVergG

Eine ordnungsgemäße Durchführung der Angebotsöffnung fällt ausschließlich in den Aufgabenbereich des AG.

Ein nicht ordnungsgemäß verlesenes Angebot macht alle Angebote nicht zuschlagsfähig.

Die Rügepflicht des Bieters bei der Verlesung der Angebote beschränkt sich auf faktische Umstände wie Fehler bei der Verlesung.

Die Niederschrift über die Angebotsöffnung hat Dokumentencharakter und macht vollen Beweis über das, was festgehalten bzw. nicht festgehalten wurde.

## Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags, nämlich zur Vollwartung einer Rohrpostanlage, durch. 6 Bieter haben Angebote abgegeben.

Der Zuschlag sollte nach den Kriterien

- Preis der Obergruppe 01 (Wartung), gewichtet mit 60%
- Preis der Obergruppe 02 (Ersatzteile), gewichtet mit 40%

Die Antragstellerin (ASt) bekämpfte die Zuschlagsentscheidung, da die Angebotsöffnung grob mangelhaft gewesen sei. Von der AG seien nämlich zunächst nur die Preise der OG 01 verlesen worden. Erst auf Nachfrage eines Bieters wurden auch die Preise der OG 02 verlesen; dies aber nur hinsichtlich zweier Bieter.

Laut ASt hätte der AG bei der Verlesung der Angebotspreise alle Preise (auch die für die OG 02) verlesen müssen.

Der AG hielt dem entgegen, dass die ASt trotz ausdrücklicher Nachfrage auf die Verlesung ihrer Preise der OG 02 verzichtet habe. Damit sei das Angebot der ASt als „vergaberechtlich nicht existent“ anzusehen und komme die ASt für einen Zuschlag nicht in Betracht.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte vor, dass ein Vertreter der ASt während der gesamten Angebotsöffnung anwesend war, aber keine Verlesung ihrer angebotenen Preise für die OG 02 verlangt habe.

Ist aber ein Bieter od. ein Vertreter bei der Öffnung anwesend, so habe er auf einen solchen Fehler aufmerksam zu machen. Unterlässt er dies, so sei ihm die Nichtverlesung zuzurechnen.

## Aus den Entscheidungsgründen:

Der VKS Wien gab dem Antrag statt, da eine nicht sanierbare, fehlerhafte Angebotsöffnung vorliegt; insbesondere deshalb, da die Angebotspreise der OG 02 nicht von allen Bietern verlesen wurden.

Dass der Vertreter der ASt ausdrücklich u. über Befragen auf die Verlesung der Preise verzichtet hätte, sei aus der Niederschrift nicht zu entnehmen und auch von der ASt entschieden bestritten worden.

Eine ordnungsgemäße Durchführung der Angebotsöffnung fällt ausschließlich in den Aufgabenbereich des AG, obgleich es den bei der Öffnung anwesenden Bietern offen steht, allfällige Mängel - vor allem bei der Verlesung ihres Angebots - zu rügen.

Laut VKS trifft es zwar zu, dass mangels Verlesung der Preise der OG 02 auf das Angebot der ASt nicht zugeschlagen werden kann. Diesen Umstand hat jedoch der AG - und nicht die ASt - zu vertreten, weil er auf dessen vergaberechtswidriges Verhalten im Zuge der Öffnung zurück zu führen ist.

Zutreffend verweist die ASt darauf, dass es der AG in seinem Verantwortungsbereich unterlassen hat, gewisse zwingend zu verlesende Angaben aus den Angeboten zu verlesen.

Denn: Im § 118 Abs 5 wird genau festgehalten, welche Angaben aus den Angeboten zwingend vorzulesen u. in der Niederschrift festzuhalten sind.

Die rechtswidrige Nichtverlesung von verlesbaren wesentlichen Preisen, die für die Ermittlung des Zuschlagsempfängers maßgeblich sind, stellt daher einen unbehebbarer Mangel dar, der zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führen muss (siehe VwGH vom 23.05.2007, ZI: 2005/04/0214). Dies umso mehr, als der AG selbst die Summe der Positionspreise der OG 02 gebildet und auch für die Reihung der Angebote herangezogen hat.

Grundsätzlich sind im § 118 die Verpflichtungen des AG festgelegt, denen er im Zuge der Angebotsöffnung entsprechen muss; unabhängig davon, ob die Verlesung einzelner Angaben aus den Angeboten die Zustimmung der anwesenden Bieter findet, oder nicht.

Besondere Bedeutung misst der VKS Wien auch der über die Angebotsöffnung zu verfassenden Niederschrift zu. Dieser kommt Dokumentencharakter zu. Dies bedeutet, dass sich der AG - wie im konkreten Fall - nicht auf Vorgänge berufen kann, die er in der Niederschrift nicht festgehalten hat.

Auf den Verzicht der ASt auf die Verlesung von Preisen konnte er sich schon allein deswegen nicht berufen, weil er einen solchen Verzicht nicht in der Niederschrift erfasst hat.

#### **Praxistipps:**

Bei Angebotsöffnungen im offenen u. nicht offenen Verfahren ist vom AG auf die Vollständigkeit der Verlesung penibel zu achten.

Andernfalls liegt ein nicht behebbbarer Mangel vor u. es kann auch auf korrekt verlesene Angebote nicht zugeschlagen werden.

Ein etwaiger Verzicht anwesender Bieter auf eine Verlesung von Angebotsteilen ist unbeachtlich. Es ist trotzdem zu verlesen.

Ebenso wichtig ist die große Sorgfalt beim Verfassen der Niederschrift. Die Niederschrift ist ein Dokument u. macht vollen Beweis darüber, was festgehalten bzw. nicht festgehalten wurde.

## **VERPFLICHTENDE NENNUNG AUCH NICHT EIGNUNGSRELEVANTER SUBUNTERNEHMER**

Bundesvergabeamt (BVA) vom 17.11.2009, ZI: N/0108-BVA 07/ 2009.21

### **Leitsätze:**

§ 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006

Der Bieter hat sämtliche nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben beabsichtigt, bekannt zu geben und nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteils geeignet sind - außer der AG beschränkt die Eignungsprüfung auf wesentliche Leistungsteile.

Der AG hat die Eignung des Subunternehmers hinsichtlich des konkret bezeichneten Leistungsteils zu prüfen, weswegen der Subunternehmer beim offenen Verfahren bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen muss.

### **Sachverhalt:**

Der Auftraggeber (AG) hatte einen als Bauauftrag qualifizierten Auftrag im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben.

In der mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Ausschreibung (VwGH vom 25.06.2008, ZI: 2006/04/0116; 27.06.2007, ZI: 2005/04/0234) ist folgendes bemerkt:

„Der Bieter hat in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Angebots weiter zu geben beabsichtigt. In diesem Fall hat der Bieter den Nachweis zu erbringen, dass der jeweilige Subunternehmer dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt.“

Im Angebotsschreiben des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 31.08.2009 wurde der Punkt „bestimmte Teile der Leistung durch Subunternehmer ausführen zu lassen“, nicht angekreuzt, dennoch füllte er in einem - ebenfalls bestandsfest gewordenen - Formblatt „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern“ aus, dass für Versetzarbeiten die Fa. F. im Ausmaß von 20% genannt werde.

Die Spalte „Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer“ blieb leer.

In Beantwortung des Schreibens des AG, mit dem dieser um Auskunft ersuchte, ob bzw. welche Subunternehmer die Verlegearbeiten durchführen, teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger am 22.09.2009 folgendes mit:

„Für die Verlegearbeiten setzen wir die Fa. F. als Nachunternehmer ein. Wir verweisen dabei auf den ausgefüllten Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern. Für die Ausführung der Fugen, Imprägnierungen u. dgl. setzen wir ebenfalls Nachunternehmer ein. Diese werden wir ihnen rechtzeitig benennen.“

Wie der GF der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung bestätigte, könne er sich nicht mehr erinnern, weshalb in diesem Schreiben mitgeteilt worden sei, dass zusätzliche Nachunternehmer eingesetzt würden.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung wurde vom BVA aus folgenden Gründen für nichtig erklärt:



Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat mit seinem Angebot vom 31.08.2009 zunächst einen konkreten Subunternehmer die Fa. F. für den Bereich von Versetzarbeiten namhaft gemacht. Er hat weiters zum Ablauf der Angebotsfrist bekannt gegeben, dass er 80 % der Gesamtleistung selbst u. die Fa. F. 20% erbringen würde.

Im Schreiben vom 22.09.2009 änderte er jedoch nachträglich sein ursprüngliches Angebot, in dem er mitteilte, für die Ausführung der Fugen, Imprägnierungen u. dgl. ebenfalls Nachunternehmer einzusetzen zu wollen.

In diesem Schreiben vom 22.09.2009 gab der präsumtive Zuschlagsempfänger zwar an, die Subunternehmer rechtzeitig zu benennen; konkrete Namen blieb er aber schuldig.

Diese Vorgangsweise verunmöglicht jedoch die Prüfpflichten des AG nach § 123 Abs 2 Ziff 2.

Der AG hat die Eignung des Subunternehmers hinsichtlich des konkret bezeichneten Leistungsteils zu prüfen, weswegen der Subunternehmer beim offenen Verfahren bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen muss.

Die Änderung des Angebots mit Schreiben vom 22.09.2009 widerspricht aber auch den Ausschreibungsbestimmungen. Sowohl aus der Bekanntmachung, als auch aus der bestandsfest gewordenen Ausschreibung ergibt sich eindeutig, dass der AG für die Abwicklung das offene Verfahren gewählt hat.

Nach der Judikatur des EuGH ist der AG auch an die einmal festgelegte Verfahrensart gebunden (EuGH vom 25.04.1996, C-8794, Kommission/ Belgien; BVA vom 23.09.2003, 14N-78/03-18).

Die Zulässigkeit einer Angebotsänderung wird gemäß § 106 Abs 8 im offenen Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt u. ist daher unzulässig (BVA vom 26.03.2007, N/0102-BVA/ 04/2006-83). Die Bieter hätten nach den Ausschreibungsbestimmungen den Wert sämtlicher Subunternehmer in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben gehabt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger gab in seinem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern an, dass er selbst 80% der Gesamtleistung u. der Subunternehmer F. 20% erbringen werde. Er unterließ jedoch jede Angabe darüber, dass er plane, noch weitere Subunternehmer zu beschäftigen.

Der AG hätte daher das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausscheiden müssen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass dieser in der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 sein geändertes Angebot erneut revidierte u. zu seinem ursprünglichen Angebot zurückkehrte.

Es steht nämlich nicht in der Disposition des AG von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagsentscheidung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs 1 entscheidend (EuGH vom 25.04.1996).

Allein deshalb, da der AG von einem Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (VwGH vom 27.09.2000, ZI: 2000/04/0050).

Wie das BVA richtig ausgeführt hat, hat der Bieter jene Auftragsteile im Angebot anzuführen, die er an (nicht erforderliche) Subunternehmer weiter geben möchte, sofern der AG nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat, dass dies nur auf vom AG als wesentlich bezeichnete Teile des Auftrags beschränkt sein soll.

Dabei muss der Bieter auch die Namen der möglicherweise von ihm in Anspruch zu nehmenden Subunternehmer bekannt geben, da nur auf diese Weise gesichert ist, dass der AG seinen Prüfpflichten in der gebotenen Form nachkommen kann.

#### **Praxistipps:**

Bei Erstellung des Angebots durch den Bieter muss bereits feststehen, ob und welche Teile des Auftrags von Subunternehmern übernommen werden sollen.

Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind („erforderliche Subunternehmer“) sind auf jeden Fall bekannt zu geben.

Aber auch nicht erforderliche Subunternehmer müssen - unter Nachweis ihrer Befugnis u. ihrer beruflichen Zuverlässigkeit - bekannt gegeben werden, selbst wenn noch nicht feststeht, dass sich der Bieter ihrer tatsächlich bedienen wird.

Darüber hinaus müssen auch alle Teile des Auftrags bekannt gegeben werden, die der Bieter in jedem Fall oder auch nur möglicherweise an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt.

Bieter müssen sich daher schon im Vorfeld genau überlegen, welche Unternehmen sie allenfalls als Subunternehmer beauftragen wollen und es ist auch angeraten, sich deren Dienste zu sichern, selbst wenn noch nicht klargestellt ist, ob sie in der Folge überhaupt den Subauftrag erhalten werden.

Überdies ist bei allen Erklärungen nach Angebotsöffnung im offenen Verfahren darauf zu achten, dass damit keine unzulässige Änderung des Angebots zum Ausdruck gebracht wird. Auf präzise Formulierungen ist daher besonderes Augenmerk zu legen.

# UMFANG SONSTIGER RECHTE VON GEWERBETREIBENDEN

VwGH vom 24.02.2010, ZI: 2006/04/0148

## Leitsätze:

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

Bei Leistungen von insgesamt 6,43% der Angebotssumme kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es sich um Leistungen im geringen Umfang im Sinne des § 32 Abs 1 Z 1 GewO handelt.

## Sachverhalt:

Eine Gemeinde hatte Erd-, Baumeister- u. Installationsarbeiten zur Herstellung einer Abwasserbeseitigungsanlage ausgeschrieben.

Das Bauvorhaben umfasste u.a. die Errichtung von Abwasserdruckleitungen, die Installation von Spülschächten u. Entlüftungsventilen, die Verlegung von Wasserleitungsrohren sowie Pflasterungen aus Natursteinen.

Die von der Gemeinde ergangene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes eines Bieters, der lediglich das Baumeistergewerbe innehat und keine Subunternehmer auf dem Gebieten der Gas- u. Sanitärtechnik od. der Pflasterer im Angebot genannt hatte, wurde von einem Bieter rechtzeitig beim UVS NÖ angefochten.

Im Verfahren holte die belangte Behörde eine Stellungnahme der WKÖ ein, wonach das Verlegen von Leitungen für Trink- u. Nutzwasser dem Gewerbe Gas- u. Sanitärtechnik vorbehalten sei, während andere Leitungen auch vom Baumeister verlegt werden dürften. Pflasterungsarbeiten seien dem Gewerbe Pflasterer vorbehalten, die Herstellung des Untergrundes jedoch als Tiefbauwerk dem Baumeistergewerbe.

Nach § 32 Abs 1 Z 1 GewO stehe jedem Gewerbetreibenden das Recht zu, „Vor- u. Vollendungsarbeiten“ auf den Gebieten anderer Gewerbe zu erbringen, soweit diese das eigene Gewerk sinnvoll ergänzen, wobei die Literatur eine Grenze von 3-10% nenne.

Die belangte Behörde holte auch eine Stellungnahme des BM für Wirtschaft u. Arbeit ein, die zum Ergebnis kommt, dass das Verlegen von Druckrohren u. die Installation von Wasserleitungsrohren sowie die Montage von sonstigen sanitärtechnischen Einrichtungen in Abwasserbeseitigungsanlagen dem Gewerbe der Sanitärtechnik zustünden.

Baumeister könnten daher die Errichtung einer Abwasserbeseitigungsanlage im Wege eines Gesamtauftrages dann übernehmen, wenn sie die sanitärtechnischen Einrichtungen der Anlage von einem zur Ausübung des Gewerbes der Gas- u. Sanitärtechnik befugten Gewerbetreibenden ausführen ließen.

Weiters fielen die Tätigkeiten der Pflasterer nicht unter die in § 99 Abs 2 GewO angeführten Arbeiten, welche der Baumeister im Rahmen seiner Bauführung selbst ausführen dürfe. Der Baumeister hat sich daher zur Ausführung von Pflastererarbeiten eines hiezu befugten Gewerbetreibenden zu bedienen.

Dem Baumeister steht - wie auch allen anderen Gewerbetreibenden - das Recht zu, in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.

Die Leistungen anderer Gewerbe überschreiten dann nicht einen geringen Umfang, wenn nicht mehr als 10% des Gesamtentgeltes auf das Verlegen von Druckrohren, die Installation von Wasserleitungsrohren, die Montage der sonstigen sanitärtechnischen Einrichtungen u. Pflastererarbeiten entfallen.

Laut Auffassung der belangten Behörde handelt es sich bei diesen umfangreichen u. in der Ausschreibung als wesentlich gekennzeichneten Positionen daher nicht um „Vorarbeiten u. Vollendungsarbeiten“, auch nicht um Leistungen im geringen Umfang, sondern um einen wesentlichen Leistungsteil der Anlage, wobei der preisliche Aspekt aus den angeführten Gründen außer Betracht bleiben kann.

Da die Beschwerdeführerin für diese Leistungen daher im Angebot keinen befugten Subunternehmer namhaft gemacht hat, war ihr Angebot auszuschneiden gewesen.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

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

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

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

#### **Praxistipps:**

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

Dementsprechend ist es irrelevant, ob Leistungen Teil von „wesentlichen Positionen“ des LV sind, oder bloß in „sonstigen Positionen“ vorkommen.

Die Begründung des UVS NÖ, dass der Bieter hier mangels eigener Befugnis Subunternehmer hätte nennen müssen, weil es sich um einen „wesentlichen Leistungsteil zur Funktion der Anlage“ handelt, ist daher unzutreffend, weil dies im Wortlaut des § 32 Abs 1 Z 1 GewO („in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe“) keine Entsprechung findet.

Laut dem VwGH ist daher auch der preisliche Aspekt immer zu berücksichtigen, weil sich nur dadurch der Umfang der Leistungen - sowohl absolut, als auch im Verhältnis zum Gesamtauftrag - feststellen lässt.

## VERTIEFTE ANGEBOTSPRÜFUNG NUR BEI VORLIEGEN EINES GRUNDES

Unabhängiger Verwaltungssenat (UVS) Stmk vom 24.09.2009, UVS 443.8-4/2009-25

### Leitsätze:

§ 84 Abs 2, § 125 Abs 1 BVerG

Im bestandsfesten Ausschreibungstext ist die Einhaltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen iSd § 84 BVerG nicht angeführt.

Die Preisangemessenheitsprüfung erfolgt in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird.

Vom AG muss lediglich hinterfragt werden, ob der angebotene Preis mit der der Ausschreibung zugrunde liegenden Leistung in einem adäquaten Verhältnis steht.

Nur wenn nach dieser Prüfung begründete Zweifel an der Preisangemessenheit bestehen, ist durch den AG eine vertiefte Angebotsprüfung nach § 125 Abs 4 BVerG vorzunehmen.

### Sachverhalt:

Das Land Steiermark schrieb im Rahmen eines offenen Verfahrens in Losen die „mithilfe bei der täglichen Unterhaltsreinigung, Grundreinigung und Reinigung der Fensterflächen in steirischen Landesberufsschulen“ aus. Es handelte sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag. Der Zuschlag sollte nach der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Als Frist für die Angebotsabgabe war der 4.05.2009.

Mit Faxnachricht vom 12.05.2009 gab die Auftraggeberin (AG) die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Billigstbieterin bekannt. Als Grund für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Ast wurde ihr ein „zu hoher Preis“ mitgeteilt.

Die Antragstellerin (AST) stand nun auf dem Standpunkt, dass die von der Billigstbieterin angebotenen Stundenpreise ungewöhnlich niedrig sind und nur unter Missachtung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen und entgegen der Ausschreibungsbestimmungen kalkuliert worden seien.

Der AG hätte daher unter Zugrundelegung der spezifischen kollektivvertraglichen Bestimmungen eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen.

Der AG hatte aber im gegenständlichen Fall im Ausschreibungstext nicht ausdrücklich die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen iSd § 84 vorgesehen.

Mangels Anfechtung dieses Ausschreibungstextes war die Ausschreibung daher bestandsfest geworden.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Die AG hatte im gegenständlichen Fall im bestandsfesten Ausschreibungstext nicht ausdrücklich die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen iSd § 84 BVerG vorgesehen und die Ausschreibung enthielt diesbezüglich auch weder eine explizite Prüfungsverpflichtung, noch einen Ausscheidenstatbestand.

Die AG verschaffte sich durch Vergleiche des von der präsidentiven Billigstbieterin angebotenen Durchschnittspreises mit ihrer eigenen Kostenschätzung und durch Gegenüberstellung des von der mitbeteiligten Partei angebotenen Bruttostundenpreises zum Mittelwert der zweit- bis viertgereihten Angebote einen Überblick der angebotenen Preise. Dabei kam die AG zu recht zu dem Schluss, dass von der präsidentiven Billigstbieterin kein unverhältnismäßig niedriger Preis angeboten worden war (die Abweichung des von der

mitbeteiligten Partei angebotenen Stundenpreises zum Erfahrungswert der AG betrug 7,76%, zum Mittelwert der zweit- bis viertgereihten Angebote 7,67% und zum Mittelwert der zweitgereihten Bieter 2,24%).

Die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung durch die AG im Sinne des § 125 Abs 3 BVergG war somit nicht erforderlich.

#### **Praxistipps:**

Wie der gegenständliche Fall zeigt, sollten Bieter die Ausschreibungsunterlagen sorgfältig studieren und für den Fall, dass wesentliche Bestimmungen im Ausschreibungstext fehlen, von der Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung Gebrauch machen.

Zur Überprüfung der angebotenen Preise auf ihre Angemessenheit im Sinne des § 125 Abs 1 empfiehlt sich die Gegenüberstellung des angebotenen Billigstpreises zum Erfahrungswert des AG, zum Angebotspreis des 2.- gereihten Bieters und zum Mittelwert der nächstgereihten Bieter.

Ergibt die Gegenüberstellung dieser Vergleichswerte, dass kein ungewöhnlich niedriger oder unangemessener Preis angeboten wurde, erübrigt sich eine vertiefte Angebotsprüfung.

# ZEITPUNKT DES VORLIEGENS WIRTSCHAFTLICHER LEISTUNGSFÄHIGKEIT

VwGH vom 24.02.2010, ZI: 2005/04/0253

## Leitsätze:

§ 52 Abs 5 Z 1, § 56 Abs 1 BVergG 2002

Das Fehlen einer Bankerklärung - des Nachweises der im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehenden finanziellen u. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - stellt einen behebbaren Mangel dar.

Mit einer nach der Angebotsöffnung datierten Bankerklärung wird ohne Hinzutreten anderer Anhaltspunkte die finanzielle u. wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für den Zeitpunkt der Angebotsöffnung allerdings nicht nachgewiesen.

## Sachverhalt:

Die Auftraggeberin (AG) hat die Vergabe eines Bauauftrages zur Errichtung einer Autobusgroßgarage im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Nach den Angebotsbestimmungen sollte der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen.

Es ging nun darum, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zwar die bei der Angebotsöffnung (am 24.06.2005) fehlende Bankerklärung in Erfüllung eines Verbesserungsauftrages nachgebracht hatte; diese Bankerklärung jedoch nach der Angebotsöffnung datierte (4.07.2005).

Der AG reichte dies aus, weshalb sie die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Bieters traf.

Der VKS Wien wies den Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ab.

## Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beschwerde richtet sich gegen die Annahme der bel. Behörde, im gegenständlichen Fall habe das für den Zuschlag in Aussicht genommene Unternehmen durch nachträgliche Vorlage der mit 4.07.2005 datierten Bankerklärung den ihrem Angebot bei Angebotsöffnung am 24.06.2005 anhaftenden Mangel behoben.

Gemäß den Bestimmungen des BVergG muss im offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Wird diese Bestimmung nicht erfüllt, und haftet daher dem Angebot ein Mangel an, so ist zu unterscheiden, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit als solche fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor), oder ob es bloß am Nachweis der - im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden - Leistungsfähigkeit mangelt (dabei handelt es sich um einen behebbaren Mangel).

Der bel. Behörde ist nicht entgegen zu treten, wenn sie im Fehlen der Bankerklärung - des Nachweises der im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehenden Leistungsfähigkeit - einen behebbaren Mangel erblickt. Dem Bieter kam daher die Möglichkeit zu, diesen Mangel innerhalb der ihm von der AG gesetzten Frist zu beheben, wovon er auch Gebrauch gemacht hat.

Konnte der AG aufgrund der nachgereichten Unterlagen davon ausgehen, dass der Bieter die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung besaß, wäre die Zuschlagsentscheidung nicht rechtswidrig.

### **Praxistipp:**

Im vorliegenden Erk hat der VwGH zunächst klargestellt, dass das Fehlen einer Bankerklärung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung einen verbesserungsfähigen Mangel darstellt.

Der VwGH hat nunmehr - im Gefolge eines die technische Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung betreffenden Erk, ZI: 2009/04/0203 - festgestellt, dass durch diese später datierte Bankerklärung die wirtschaftliche u. finanzielle Leistungsfähigkeit für den Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht nachgewiesen worden sei.

Der VwGH hielt insbes. fest, dass sich aus der Bankerklärung keinerlei Anhaltspunkte ergäben, wonach die Leistungsfähigkeit damit auch schon für einen vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung liegenden Zeitpunkt nachgewiesen werde.

Mit der Bankerklärung würde nämlich nur bestätigt, dass dem Bieter für den Fall der Auftragserteilung eine Vertragserfüllungsgarantie ausgestellt wird. Eine erfolgreiche Mängelbehebung hinsichtlich der fehlenden Vorlage einer Bankbestätigung ist somit nur dann anzunehmen, wenn diese spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung datiert.

Die Vorlage einer später datierten Bankbestätigung kann den Mangel hingegen nicht sanieren.

Dieses Erkenntnis mag zwar formalistisch wirken; es dient aber dennoch dem Gebot, im Zusammenhang mit der Frage: behebbarer oder unbehebbarer Mangel klare Abgrenzungen für AG und Bieter zu schaffen.



## WIDERRUFSENTSCHEIDUNG IST BEREITS MIT BEKANNTGABE ZU BEGRÜNDEN

Bundesvergabeamt (BVA) vom 30.04.2010; N/0022 - BVA/08/2010-68

### Leitsätze:

Der Ausschlussgrund des § 20 Abs 5 BVergG setzt eine Mitwirkung an der Erstellung der Vergabeunterlagen voraus. Dies ist bei der Erbringung bloßer Projektsteuerungsleistungen in der Planungsphase nicht der Fall.

Das BVA ist gesetzlich nicht befugt, fakultative Widerrufsgründe ersatzweise für einen Auftraggeber zu suchen und damit eine angefochtene Widerrufsentscheidung begründend zu rechtfertigen.

Der Auftraggeber hat den Nachweis der Rechtfertigung einer bestimmten Entscheidung bereits im Vergabe- und nicht erst im Nachprüfungsverfahren zu führen.

Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, bei einer Widerrufsentscheidung die Rechtserheblichkeit einer allfällig fehlerhaften Entscheidungsbegründung anders als bei einer Zuschlags- oder Ausscheidensentscheidung zu sehen.

### Sachverhalt:

Die Errichtung der S7-Fürstenfelder Schnellstraße gliedert sich mit West, Mitte und Ost in drei Abschnitte, denen eine gesonderte Beschaffung zugrunde liegt. Gegenständlich sind die Leistungen der Örtlichen Bauaufsicht für den Abschnitt West in einem nicht offenen Verfahren ausgeschrieben worden.

Bei der Antragstellerin (AS)t handelt es sich um eine Bietergemeinschaft bestehend aus zwei Ziviltechnikergesellschaften, die seit vielen Jahren für die AG bei verschiedenen Vorhaben tätig sind.

Zur Findung der Zuschlagsempfängerin hat die AG u.a. ein Hearing im Dezember 2009 durchgeführt. Bei diesem sind die Bieter mit - großteils in den Ausschreibungsunterlagen vorskizzierten - Fragen konfrontiert worden.

Im März 2010 hat die AG die Absicht bekannt gegeben, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Dazu hat die AG wie folgt ausgeführt:

„Der gem. § 139 Abs 2 Z 3 für den beabsichtigten Widerruf eines Vergabeverfahrens erforderliche sachliche Grund besteht darin, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geplante Vergabe gegen die im Rahmen eines jeden Vergabeverfahrens zu beachtenden Grundsätze des fairen und lautereren Wettbewerbs gemäß § 19 verstoßen.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Im Verfahren ist inhaltlich nunmehr zentral strittig geworden, ob die angefochtene Widerrufsentscheidung ausreichend begründet ist. Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber einem Auftraggeber den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Angebotsöffnung in den im § 139 Abs 1 BVergG genannten Fällen zwingend gebietet, während er einem AG den Widerruf des Vergabeverfahrens in den im § 139 Abs 2 genannten Fällen fakultativ ermöglicht.

Wenn der Gesetzgeber dabei im § 139 Abs 2 bloß fakultative Widerrufsgründe normiert, wegen derer widerrufen werden kann, dokumentiert dieser Umstand, dass hier ein Willensakt des AG notwendig ist, aus einem bestimmten Grund widerrufen zu wollen, den der AG zu definieren hat.

Das BVA ist gesetzlich nicht befugt, fakultative Widerrufsgründe ersatzweise für einen AG zu suchen und danach deshalb eine angefochtene Widerrufsentscheidung damit begründend zu rechtfertigen.

Das BVA hat daher die Widerrufsentscheidung wegen fehlender Begründung für nichtig erklärt.

Diese Entscheidung rundet die gefestigte Rechtsprechung der Vergabekontrolleinrichtungen ab, wonach ein AG bereits mit der Bekanntgabe einer Verfahrensentscheidung die betreffenden Gründe offenzulegen hat.

Die Bieter müssen bereits zu Beginn der Stillhalte- bzw. Anfechtungsfrist abschätzen können, ob ein allfälliger Nachprüfungsantrag Aussicht auf Erfolg hat.

Es reicht daher nicht aus, wenn ein AG erst innerhalb der Stillhalte- bzw. Anfechtungsfrist oder nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eine Begründung für seine Entscheidung nachliefert.

Dies hat umso mehr angesichts der Verkürzung der Stillhalte- und Anfechtungsfristen im OSB von 14 auf 10 Tage zu gelten.

Einer ähnlichen Sichtweise bedient sich auch der EuGH. Allerdings geht dieser davon aus, dass erst mit Vorliegen einer vollständigen Begründung die betreffende Stillhalte- bzw. Anfechtungsfrist überhaupt zu laufen beginnt (EuGH vom 28.01.2010, Rs C-406/08, Umplex).

Um daher einer nachträglichen Diskussion über das Zustandekommen eines Vertragsabschlusses oder das Eintreten der Bestandskraft einer Verfahrensentscheidung zu entgehen, ist Bietern zu raten, bei dürftigen Entscheidungsbegründungen (und bei Annahme sonstiger Rechtswidrigkeiten) innerhalb der Anfechtungsfrist eine Anfechtung vorzunehmen.

#### **Praxistipp:**

Auftraggebern ist neben der umgehenden Offenlegung der Begründung zu empfehlen, bereits vor der Entscheidungsbekanntgabe eine entsprechende (interne) Dokumentation zu erstellen.

Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Vergabekontrolle mangels Überprüfbarkeit von der Unbegründetheit der vom Auftraggeber getroffenen Entscheidung ausgeht.

Stand: Dezember 2010

Diese Broschüre ist ein Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern.

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

Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907, Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,

Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909, Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0, Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0,

Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1010,

**Hinweis!** Diese Information finden Sie auch im Internet unter <http://wko.at>. Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!