



Die Vergabep Praxis

Nummer 7

>>> PRAXIS-BERICHT..... 2

Vertiefte Angebotsprüfung und
Preisangemessenheit Unterpreiskriterium:
Teure Vergabep Praxis öffentlicher
Auftraggeber 2

>>> RECHTSPRECHUNG 4

BVA: Vorarbeiten,
Subunternehmerverfügbarkeitserklärung,
Gleichzeitige Verständigung von Bietern..... 4

BVA: Keine Ausscheidung wegen
fehlendem unterzeichneten
Angebotsformular und
Korrekturlackverwendung im Angebot..... 6

BVA: Auslegung von
Referenzanforderungen..... 6

BVA: Mittelwertmethode ASFINAG – Keine
Präklusion unbekannter Kostenschätzung 7

BVA: Referenzen mit Hilfe von
Subunternehmern, Pauschalnachlass..... 7

UVS VlbG: Widerrufgrund Überschreitung
der Kostenschätzung 8

UVS VlbG: Keine
Mängelbehebungsmöglichkeit bei
bewusstem Verstoß gegen die
Ausschreibungsbestimmungen 8

UVS OÖ: Subjektive Zuschlagskriterien..... 8

UVS OÖ: Mündliche im
Verhandlungsprotokoll festgehaltene
Ausscheidensentscheidung ist nicht
fristauslösend; unterlassene Präsentation
kann nicht nachgeholt werden..... 9

VwGH: Präklusion – keine Wurzelängel..... 9

SA GA: Ausschreibungsfreie Vergabe nicht
reservierter Postdienste ist rechtswidrig..... 9

>>> PRAXIS-NEWS 10

Entwurf B-VG Novelle -
Bundesverwaltungsgericht ersetzt
Bundesvergabeamt..... 10

Neue Geschäftsverteilung BVA 10

Neue Geschäftsordnung des BVA..... 10

>>> PRAXIS-SEMINARE..... 11

Sehr geehrte Leserinnen und Leser!

Zweck des Vergaberechts ist es unter anderem, eine technisch und wirtschaftlich optimale Beschaffung durch die öffentliche Hand zu gewährleisten. Im Gegensatz zu privaten Auftraggebern sind dabei öffentlichen Auftraggebern gewisse Schranken auferlegt. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen. Dieser Grundsatz wird im BVergG 2006 dahingehend konkretisiert, dass öffentliche Auftraggeber die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise zu prüfen haben. Gegebenenfalls ist auch eine so genannte vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen. Diese Prüfpflicht wird in der Praxis oft als Belastung empfunden, zumal sie eine entsprechende Erfahrung der verantwortlichen Vergabestelle voraussetzt. Mitunter führen diese gesetzlichen Vorgaben auch zu sehr eigenartigen Vergabepraktiken. In einigen Fällen ist etwa zu beobachten, dass öffentliche Auftraggeber Bieter automatisch ausschließen, wenn diese unter einem bestimmten mathematisch ermittelten – aber zum Zeitpunkt der Angebotslegung weder den Bietern noch dem Auftraggeber bekannten – Grenzwert anbieten („Unterpreiskriterium“). Begründet wird diese Vorgangsweise mitunter damit, dass billige Angebote ausgeschieden werden, um Nachtragsforderungen zu vermeiden. Der EuGH hat sich in der Vergangenheit bereits mehrfach mit solchen Prüfmethode befassen und diese klar abgelehnt. Öffentliche Auftraggeber müssen daher stets im Einzelfall die Preisangemessenheit prüfen und haben dabei die von den Bietern einzuholenden Aufklärungen zu berücksichtigen, um die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu beurteilen. Dessen ungeachtet finden die vom EuGH eindeutig als rechtswidrig qualifizierten mathematischen Prüfmethode in der Praxis immer noch Anwendung. Ein prominentes österreichisches Beispiel dafür ist die ASFINAG. Diese sieht regelmäßig in ihren Ausschreibungsunterlagen eine Angebotsausscheidung vor, wenn ein Angebot günstiger ist, als der Mittelwert aller Angebote (exkl teuerstes und billigstes Angebot und jedenfalls inkl Kostenschätzung der ASFINAG) abzüglich eines bestimmten – je nach Ausschreibung variierenden – Prozentsatzes (Toleranzgrenze). In unserem Praxisbericht wird diese Ausschreibungspraxis und deren wirtschaftlichen Konsequenzen für die öffentliche Hand und damit letztlich den Steuerzahler eingehend dargestellt.

Eine interessante Lektüre wünscht das Team der

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

Vertiefte Angebotsprüfung und Preisangemessenheit Unterpreiskriterium: Teure Vergabep Praxis öffentlicher Auftraggeber

Das BVergG 2006 normiert in seinem § 19 Abs 1 den Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen. Inhaltlich ausgestaltet wird dieser Grundsatz vor allem durch die in § 125 BVergG 2006 vorgesehene Angemessenheitsprüfung der Preise. Grob gesagt erfolgt dabei die Preisprüfung in zwei Schritten. Zunächst hat der Auftraggeber die Preise ausgehend von vergleichbaren Erfahrungswerten (etwa auf Grund bereits durchgeführter gleichartiger Beschaffungen), von sonst vorliegenden Unterlagen (zB Preiskataloge) und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen zu prüfen. Soweit sich dabei objektiv keine Auffälligkeiten ergeben, kann die Preisprüfung an dieser Stelle eingestellt werden. In bestimmten Fällen muss der Auftraggeber aber eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen. Diese Prüfpflicht besteht gemäß § 125 Abs 3 BVergG 2006 dann, wenn ein Angebot ein im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlichen Gesamtpreis aufweist, oder ein Angebot zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweist, oder begründet Zweifel an der Preisangemessenheit bestehen.

Gegenstand der Prüfung ist die Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Für vergleichsweise geringe Gesamtpreise oder niedrige Einheitspreise kann es in der Praxis unterschiedlichste Erklärungen geben:

- Häufig wird auf Synergieeffekte verwiesen, die von der Rechtsprechung grundsätzlich als plausible Erklärung anerkannt sind (BVA 27.3.2000, F-4/99-19). Freilich müssen derartige Synergieeffekte auch plausibel sein und sie sollten nicht von allen Bietern gleichermaßen nutzbar sein (vgl BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34).
- Beliebt ist auch der Verweis auf besonders günstige Einkaufsbedingungen. Vor allem deshalb, weil nach der Rechtsprechung die Preiskalkulation des Vorlieferanten nicht Prüfungsgegenstand ist (BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8).
- Auch sonstige für einen bestimmten Bieter besonders günstige Bedingungen können eine taugliche Erklärung liefern. Etwa ein besonderer Wissensstand über den der Bieter auf Grund seiner bisherigen Tätigkeit beim Auftraggeber verfügt (BVA 29.7.2004, 09F-26/01-31).
- Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit nicht zwangsläufig eine Vollkostendeckung voraussetzt (BVA 8.10.1997, N-18/97-17, Stmk VKS

5.12.2000, S-12-2000/19, BVA 29.7.2004, 09F-26/01-31).

- Mitunter wird von der Rechtsprechung auch „die Erhöhung eines Marktanteiles und die Erlangung eines bedeutenden Referenzauftrages“ als plausible Erklärung für vergleichsweise geringe Angebotspreise akzeptiert (BVA 16.6.2003, 9N-49/03-8).

All diese Beispiele machen deutlich, dass die Prüfung der Preisangemessenheit und eine allfällige vertiefte Angebotsprüfung jedenfalls eine Einzelfallbetrachtung erfordern. Ob ein so genannter zur Ausscheidung führender „Unterpreis“ vorliegt, muss daher immer für jeden Bieter getrennt und unter Miteinbeziehung der vom Bieter zu verlangenden Aufklärung beurteilt werden.

Es ist daher insbesondere unzulässig von vornherein einen bestimmten Grenzwert als Beurteilungsmaßstab festzulegen, weil dieser die besonderen Umstände einzelner Bieter nicht berücksichtigt. Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat in diesem Zusammenhang bereits mehrfach klargestellt, dass mathematische Ausschlusskriterien dieser Art jedenfalls unzulässig sind (EuGH 22.6.1989, Rs 103/88; EuGH 18.6.1991, C-295/89; EuGH 27.11.2001, C-285/99 und C-286/99).

In der Praxis schrecken öffentliche Auftraggeber mitunter vor einer eingehenden Preisprüfung nach den vergaberrechtlichen Vorgaben zurück. Dies hat gerade in der jüngeren Vergangenheit zu Ausschreibungen geführt, die sich über die Rechtsprechung des EuGH und auch jene der nationalen Vergabekontrollbehörden hinwegsetzen. Es werden – weitgehend willkürlich – Grenzwerte festgelegt und Angebote, die unter diesen Grenzwerten liegen im Ergebnis automatisch ausgeschieden. Die besondere Problematik besteht dabei darin, dass die jeweiligen Grenzwerte von den Auftraggebern gar nicht in der Ausschreibung offen gelegt werden, sondern frühestens bei der Angebotsöffnung oder noch später bekannt gegeben werden. Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass diese rechtswidrige Praxis insofern kostengünstig ist, weil sich die Auftraggeber damit eine aufwendige Prüfung der Preisangemessenheit ersparen. Tatsächlich lässt sich aus Fällen der jüngeren Vergangenheit aber das Gegenteil belegen. Konkret waren und sind folgende Auftragsvergaben eines der größten österreichischen öffentlichen Auftraggeber, der ASFINAG, Gegenstand von Vergabekontrollverfahren beim BVA:

- Bereits im September 2006 hat die ASFINAG ein Vergabeverfahren über Planungsleistungen für die



S37 als nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe war folgende Bestimmung betreffend „Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise“ enthalten:

*„Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:
Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:*

1. Die Angemessenheit der Preise im Sinne des § 125 BVergG 2006 wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden.“

Bei der Angebotsöffnung Anfang 2007 wurden die Preise und die Kostenschätzung der ASFINAG folgendermaßen verlesen:

Bieter A	EUR	748.627,05
Bieter B	EUR	954.552,00
Bieter C	EUR	998.351,75
Bieter D	EUR	1.004.994,25
Kostenschätzung AG	EUR	1.300.000,00

Der Bieter A wurde ausgeschieden, weil er die in der Ausschreibung festgelegte Grenze marginal unterschritten hat (30,96% statt 30% unter dem Mittelwert).

Diese Ausscheidens-Entscheidung wurde zwar beim BVA bekämpft. Da aber die Ausschreibung und damit die darin enthaltene (objektiv rechtswidrige) Mittelwertmethode mittlerweile bestandfest geworden war, konnte vom Antragsteller nur mehr die nachträglich bekannt gegebene – weit überhöhte – Kostenschätzung der ASFINAG angegriffen werden (würde man diese bei der Mittelwertbildung außer Acht lassen, so wäre der Bieter A deutlich über dem Grenzwert und damit auch nicht auszuschneiden gewesen). Das BVA hat in diesem Zusammenhang einen Sachverständigen bestellt. Obwohl die Kostenschätzung der ASFINAG sogar weit über dem teuersten Angebot lag, hat der Sachverständige diese Kostenschätzung der ASFINAG bestätigt. Das hat dazu geführt, dass der Nachprüfungsantrag abgewiesen wurde (BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67).

Zum Zug gekommen ist daher letztlich Bieter B (EUR 954.552,00), obwohl der antragstellende Bieter A (EUR 748.627,05) um über EUR 200.000,-- günstiger angeboten hat. Anzumerken ist, dass Bieter A kein „Neuling“ ist, sondern eines der renommiertesten Ziviltechnikerbüros für die ausgeschriebenen Leistungen, das in der Vergangenheit schon zahlreiche Aufträge für die ASFINAG abgewickelt hat.

- Im Juni 2007 hat die ASFINAG ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Planungsleistungen für die S1 eingeleitet. Auch zu diesem Verfahren findet sich in den Ausschrei-

bungsunterlagen ein unbekämpft gebliebenes mathematisches Ausschlusskriterium, das im Wesentlichen der bereits oben zitierten Mittelwertmethode entspricht. Auch in diesem Fall wurden die Preise gemeinsam mit einem Teil der Kostenschätzung der ASFINAG folgendermaßen verlesen:

Bieter A	EUR	1.496.940,00
Bieter B	EUR	1.788.635,50
Kostenschätzung AG	EUR	1.871.000,00

Als Besonderheit kommt in diesem Fall hinzu, dass der Toleranzbereich mit 25% statt 30% festgelegt wurde, ohne dass es eine Begründung zur Differenzierung im Vergleich zur S37 gegeben hat. Weiters wurden die Preise der Bieter in Grundleistung und optionale Leistung aufgeteilt. Für die Mittelwertberechnung sind nach der Ausschreibung mehrere Kombinationen dieser Preisbestandteile vorgesehen. Allerdings hat die ASFINAG bei der Angebotsverlesung nur einen Wert bekannt gegeben. Die für die Kombinationsbildung relevanten Preisbestandteile (für Grundleistung und optionale Leistung) wurden erst eine Woche später bekannt gegeben, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der ASFINAG die Bieter und ihre Preise bereits bekannt waren.

Auch in diesem Fall wurde ein Bieter, nämlich Bieter A ausgeschieden, weil er bei 2 von 4 Kombinationen unter dem Toleranzbereich lag. Diese Ausscheidensentscheidung ist aktuell Gegenstand eines Vergabekontrollverfahrens. Sollte auch in diesem Vergabekontrollverfahren die Ausscheidensentscheidung der ASFINAG bestätigt und das Verfahren nicht widerrufen werden, müsste der Auftrag zwangsläufig an Bieter B vergeben werden. Die Mehrkosten würden dann rund EUR 300.000,-- betragen.

- Im August 2007 hat die ASFINAG ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Planungsleistungen für den Pfändertunnel eingeleitet. Der Toleranzbereich wurde bei diesem Verfahren mit 35% (statt 30% bzw 25%) festgelegt.

Dieses Vergabeverfahren ist derzeit ebenfalls Gegenstand einer Überprüfung durch das Bundesvergabeamt, wobei in diesem Fall der Antrag gegen die Ausschreibung selbst gerichtet ist.

Interessant ist auch die wörtlich im Rahmen mehrerer Vergabekontrollverfahren vorgebrachte Begründung der ASFINAG für ihre mathematische Ausscheidensregel (von der ASFINAG „Unterpreiskriterium“ genannt):

„Unsere Erfahrung zeigt, dass viele Auftragnehmer nach Auftragsvergabe ihren billigen Angebotspreis durch Nachträge und entsprechendes Claim-Management an den tatsächlichen Aufwand anzupassen versuchen. Um solchen Vorgangsweisen gegenzusteuern, scheidet wir Angebote, die unter dem von uns gemäß den Ausschreibungsbestimmungen ermittelten Mittelwert liegen, aus.“

Diese Begründung widerspricht nicht nur den Intentionen des Gesetzgebers, sie ist auch inhaltlich nur schwer nachvollziehbar und im Ergebnis – zumindest in dieser Allgemeinheit – unzutreffend: Wer berechnete Nachtragsforderungen vermeiden will, erreicht dieses Ziel vernünftiger Weise nicht durch einen vornherein überhöhten Preis, sondern durch eine sorgfältig ausgearbeitete Leis-



tungsbeschreibung bzw ein fundiertes Leistungsverzeichnis. Mit anderen Worten: Die ASFINAG entscheidet sich offenbar grundsätzlich lieber für teurere Angebote, in der Hoffnung, dass sich ihre Auftragnehmer auf Grund des von vornherein überhöhten Preises bei Nachtragsforderungen zurückhalten und damit das Risiko einer unzureichenden Leistungsbeschreibung nicht schlagend wird.

Interessant ist auch der Umstand, dass nicht nur die Kostenschätzungen in den oben angeführten Fällen teilweise erheblich, zumindest nach oben vom teuersten Angebot abweichen und weiters, dass der Toleranzbereich scheinbar bei jeder Ausschreibung ohne ersichtlichen Grund willkürlich festgelegt wurde.

In Zahlen ausgedrückt ergibt sich allein aus den oben beschriebenen zwei Fällen für die ASFINAG ein Verlust von rund EUR 500.000,- für Planungsleistungen! Zu berücksichtigen dabei ist aber, dass die zitierte Mittelwertmethode von der ASFINAG standardmäßig bei ihren Vergabeverfahren zumindest im Dienstleistungsbereich angewendet wird. Wenn man bedenkt, dass statistisch gesehen nur ein geringer Teil der Vergabeverfahren beim BVA bekämpft wird, kann eine entsprechend hohe Dunkelziffer erwartet werden. Die ASFINAG selbst hat etwa im ersten oben genannten Vergabekontrollverfahren einen vergleichbaren dritten Fall zugestanden, bei dem das günstigste Angebot ausgeschieden wurde, weil es das günstigste war.

Aus Bietersicht führt die von der ASFINAG verwendete Methode jedenfalls zu einem Glücksspiel, weil die für den Mittelwert relevanten Parameter unbekannt sind. Gewinner ist regelmäßig jener Bieter, der am Nächsten zu dem ihm unbekanntem Grenzwert liegt.

Ausgehend von der faktischen und rechtlichen Situation würden sich folgende Lösungsmöglichkeiten anbieten:

- Ersatzlose Streichung des Unterpreiskriteriums: Damit wäre zwar dem Vergaberecht genüge getan. Diese Lösung dürfte aber – aufgrund der Beharrlichkeit, mit der die ASFINAG das „Unterpreiskriterium“ verteidigt – auf Auftraggeberseite auf Widerstand stoßen.
- Offenlegung der ASFINAG-Kostenschätzung: Diese Lösung hätte – zugegebenermaßen – den Nachteil,

dass sich die ASFINAG gegenüber den Bietern in preislicher Hinsicht selbst präjudiziert. Der Preiswettbewerb würde dadurch vermutlich (stark) eingeschränkt werden, weil sich alle Bieter an dieser Kostenschätzung orientieren dürfen.

- Einbeziehung der ASFINAG-Kostenschätzung in das Streichresultat: Vor allem das erste oben dargestellte Beispiel (S37) hat gezeigt, dass die Schätzung der ASFINAG einerseits nicht die Marktgegebenheiten widerspiegelt und andererseits einen überproportionalen Einfluss auf das Unterpreiskriterium haben kann. Die Kompromisslösung sollte daher darin bestehen, die Kostenschätzung der ASFINAG – so wie alle übrigen Angebote – dann nicht bei der Mittelwertbildung zu berücksichtigen, wenn sie am teuersten oder am billigsten ist. Es kommt nämlich auch immer wieder vor, dass die ASFINAG (zur Vermeidung vermeintlich nicht auskömmlicher Preise) nicht nur weit überhöhte Kostenschätzungen abgibt. Es gibt auch Vergabeverfahren, bei denen die Kostenschätzung der ASFINAG – zum Teil deutlich – unter den günstigen angebotenen Preisen liegt. Mit der Einbeziehung auch der ASFINAG-Kostenschätzung in die „Streichwertung“ könnten grobe Ausreißerentscheidungen eingedämmt werden. Natürlich muss auch eine solche Lösung vom „Willen“ der beteiligten Bieter getragen sein. Gemessen an der Rechtsprechung des EuGH ist nämlich auch diese Lösung eindeutig rechtswidrig.

Abschließend wollen wir darauf hinweisen, dass sich dieser Bericht zwar stark auf einen bestimmten Auftraggeber konzentriert. Ein Blick auf die Homepage des Bundesvergabeamtes macht aber deutlich, welche Bedeutung die ASFINAG für das öffentliche Auftragswesen in Österreich hat. Im Zeitraum von 1.2.2006 (In Kraft Treten des BVergG 2006) bis 25.9.2007 wurden beim BVA 170 Nachprüfungsverfahren (exkl Feststellungsverfahren) eingeleitet. Davon entfallen 49 Verfahren – also rund 29% – allein auf die ASFINAG. Anders ausgedrückt: Fast jeder dritte Nachprüfungsantrag beim BVA ist gegen die ASFINAG gerichtet. Ein positiveres Bild, das offensichtlich auf einem profunden Vergabemanagement beruht, vermitteln die ÖBB. Im gleichen Zeitraum musste sich dieses hinsichtlich Beschaffungsvolumen wohl vergleichbare Unternehmen mit nur 4 Nachprüfungsanträgen auseinandersetzen.

>>> RECHTSPRECHUNG

BVA: Vorarbeiten, Subunternehmerverfügbarkeitserklärung, Gleichzeitige Verständigung von Bietern

Ausschreibungsgegenstand war die Errichtung von Erkundungsstollen für den Brennerbasistunnel. Auftraggeberin war dabei die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE. Die Anteile dieser Gesellschaft werden zur Hälfte mittelbar vom italienischen Staat, zu 25% von der Republik Österreich und zu 25% vom Land Tirol gehalten.

Gegen die von der Auftraggeberin zu Gunsten des Billigbieters getroffene Zuschlagsentscheidung wurde ein



Nachprüfungsantrag von einem nachgereichten Bieter beim BVA eingebracht. Der Antrag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft maßgeblich an Vorarbeiten beteiligt gewesen sei. Konkret habe der Geschäftsführer eines Mitglieds dieser Bietergemeinschaft insbesondere bei einer Machbarkeitsstudie für das ausgeschriebene Projekt führend mitgewirkt. Darüber hinaus seien die Mitglieder der Bietergemeinschaft an einem europäischen Forschungsprojekt (TIS-ROCK) beteiligt gewesen, mit welchem aufbauend auf geologischen Voruntersuchungen ein Konzept für den Tunnelbohrmaschinen-Einsatz für die Bauausführung der nunmehr zu vergebenden Leistungen ausgearbeitet worden sei.

Weiters habe der für die Zuschlagserteilung vorgesehene Bieter die Leistungsteile seiner Subunternehmer nicht genau benannt. Auch die Nachweise der Verfügbarkeit seien für diese Subunternehmer nicht vorgelegt worden.

Schließlich wurde im Nachprüfungsantrag kritisiert, dass die von den Bietern gestellten Fragen inhaltlich unterschiedlich und zu verschiedenen Zeitpunkten beantwortet worden seien.

Das BVA hat den Nachprüfungsantrag abgewiesen.

Zur Auftraggebereigenschaft der BBT SE führte das BVA folgendes aus:

Die Formulierung „mehrheitlich“ bzw. „überwiegend“ schadet in § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 schade nicht, weil dadurch der Auftraggeberbegriff des Art 1 Abs 9 der RL 2004/18/EG umgesetzt werde. Die Richtlinienbestimmung differenziere nicht, von welchem Mitgliedsstaat die Einflussrechte auf die Einrichtung wahrgenommen werden. Ausschlaggebend ist allein, dass diese Rechte vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden. § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 sei daher richtlinienkonform so zu interpretieren, dass damit sichergestellt werden soll, dass nur Auftraggeber im Einflussbereich der öffentlichen Hand dem Vergaberegime unterliegen. Eine andere Interpretation würde zu einer nicht akzeptablen Rechtsschutzlücke führen. Eine staatliche Beherrschung sei auch dann anzunehmen, wenn diese iSd in lit c genannten Kriterien durch Einrichtungen oder Gebietskörperschaften (mit)vermittelt wird, die anderen Mitgliedstaaten zuzurechnen sind. Da weiters gemäß der Ausschreibungsunterlage während der Abwicklung des Vergabeverfahrens die deutsche Sprache als rechtsverbindlich gilt und das Vergabeverfahren dem österreichischen Recht unterliegt und sich darüber hinaus der Sitz des Auftraggebers in Innsbruck befindet, ist die BBT SE öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

Zu den behaupteten Vorarbeiten führte das BVA unter anderem folgendes aus:

Der Begriff „Erarbeitung von Unterlagen“ in § 20 Abs 5 BVergG 2006 sei wesentlich enger zu verstehen, als der Begriff „Vorarbeiten“ in § 16 Abs 4 BVergG 1997. Der Begriff „Erarbeitung von Unterlagen“ weise „sowohl auf einen zeitlich wie auch sachlich engen Konnex zum jeweiligen Vergabeverfahren hin. Die Erstellung von Ausschreibungsplänen, von Leistungsverzeichnissen oder von Gutachten über die Bodenbeschaffenheit im Zusammenhang mit Baumaßnahmen, aber wohl auch Erkundungsarbeiten und Pilotversuche oder die Erstellung von Detailplanungen zur Vorbereitung eines Vergabever-

fahrens werden als Beteiligung an der Erarbeitung von Unterlagen zu beurteilen sein. Nicht mehr unter eine solche Beurteilung werden aber Marktstudien, allgemeine Projektentwicklungen oder andere derartige Vorstudien fallen“.

Das BVA setzte sich in weiterer Folge aber nicht mehr mit dieser Differenzierung auseinander, sondern kam zum Schluss, dass die Arbeiten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im konkreten Fall zu keinem relevanten Wissensvorsprung bzw Wettbewerbsvorteil geführt hätten. Hinsichtlich der Teilnahme am europäischen Forschungsprojekt führte das BVA überdies aus, dass „eine Mitarbeit an einem europäischen Forschungsprojekt, welches unabhängig von einem bestimmten Vergabeverfahren durchgeführt wird und in welchem der Auftraggeber auch zu keinem Zeitpunkt involviert war, keinen Ausschluss gemäß § 20 Abs 5 BVergG 2006 nach sich ziehen“ kann.

Zum behaupteten Mangel bei der Angabe der Subunternehmerleistungsteile führte das BVA folgendes aus:

„Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat Subunternehmer namhaft gemacht und unter Hinweis auf deren gewerberechtliche Befugnis nach den italienischen Vorschriften in der Rubrik Leistungsbeschreibung stichwortartige Begriffe genannt. Im Sinne einer mit den Bestimmungen des BVergG 2006 in Einklang zu bringenden Verbesserung präziserte der präsumtive Zuschlagsempfänger diese Leistungsbeschreibung in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 in Übereinstimmung mit den im Angebot genannten Befugnissen zu den Subunternehmerleistungen. Eine Änderung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers liegt bei dieser Vorgangsweise nicht vor.“

Zum Mangel des Nachweises der Verfügungsmöglichkeit über Subunternehmer verwies das BVA darauf, dass die Zuschlagsempfängerin selbst sämtliche Voraussetzungen erfülle, um den gesamten Auftrag ohne Subunternehmer durchführen zu können. Darüber hinaus wurden dem BVA im Vergabekontrollverfahren verbindliche Verfügbarkeitserklärungen der im Angebot genannten Subunternehmer vorgelegt, wobei diese Erklärungen jeweils vor dem Termin der Angebotsöffnung datiert sind.

Zum Vorwurf, zeitlich auseinander fallender Bieterinformationen führte das BVA folgendes aus: Soweit einzelnen Bietern eine Berichtigung vorweg bekannt gegeben wurde, wurde diese Berichtigung anschließend – wenn auch zeitlich etwas verzögert – allen Bietern per e-mail bekannt gegeben. Wenngleich diese Vorgangsweise grundsätzlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter widerspricht, so sei dies aufgrund des Inhalts der erfolgten Berichtigungen, insbesondere deren geringer Relevanz für die Kalkulation nicht von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens.

BVA 3.7.2007, N/0054-BVA/07/2007-60

<http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/0C9E9817-EBEB-400A-BCB5-8091AF080E68/29654/N0054BVA07200760BBa.pdf>



BVA: Keine Ausscheidung wegen fehlendem unterzeichneten Angebotsformular und Korrekturlackverwendung im Angebot

Die Auftraggeberin hat Schlosserarbeiten im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Ausschreibungsunterlagen waren vom Lieferanzeiger downloadbar. Der preislich günstigste Bieter hat ein rechtsgültig zu unterfertigendes Angebotsschreiben nicht mit seinem Angebot abgegeben, weil dieses Angebotsschreiben in den heruntergeladenen Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten gewesen sei. Er hat aber an anderer Stelle, nämlich im Leistungsverzeichnis eine rechtsgültige Unterfertigung vorgenommen, wobei das Leistungsverzeichnis eine Bestimmung enthält, wonach der Bieter sämtliche Ausschreibungsunterlagen anerkennt. In dem nicht vorgelegten Angebotsschreiben konnte auch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten werden, die im Rahmen der Zuschlagskriterien zu bewerten ist. Es hat allerdings kein Bieter eine Verlängerung angeboten.

Weiters hat der Bieter im Leistungsverzeichnis einzelne Positionen unter Verwendung von Korrekturlack geändert.

Die Auftraggeberin hat die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des preislich nachgereihten Bieters getroffen. Eine formelle Ausscheidensentscheidung wurde nicht getroffen.

Der preislich günstigste Bieter hat gegen die Zuschlagsentscheidung einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Die Auftraggeberin hat in diesem Zusammenhang argumentiert, dass dieser Bieter auszuschneiden gewesen sei, weil das Angebotsschreiben fehlte und Korrekturlack verwendet wurde. Es sei dem Bieter nur irrtümlich anstelle der Ausscheidensentscheidung die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden.

Das BVA hat dem Nachprüfungsantrag statt gegeben und die von der Auftraggeberin behaupteten Ausscheidensgründe verworfen:

Die Nichtvorlage des rechtsgültig unterfertigten Angebotsschreibens sei ein behebbarer Mangel, weil das Angebot im Leistungsverzeichnis rechtsgültig unterfertigt war und damit sämtliche Ausschreibungsunterlagen anerkannt sind. Durch das Nachreichen des Angebotsschreibens und das Eintragen einer darin vorgesehenen Verlängerung der Gewährleistungsfrist könne auch keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung resultieren. Das BVA verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass kein anderer Bieter eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten hat und, dass die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit nur 2% gewichtet war. Selbst das nachträgliche Anbieten einer zusätzlichen Gewährleistungsfrist hätte die Wettbewerbsstellung des antragstellenden Bieters nicht weiter verbessern können, weil dessen Angebote sein Angebot ohnehin schon aufgrund des Preiskriteriums an erste Stelle zu reihen war.

Die von der Antragstellerin mit Hilfe von Korrekturlack vorgenommenen Korrekturen im Angebot entsprechen zwar nicht den gesetzlichen Erfordernissen, diese Korrekturen seien im vorliegenden Fall aber unerheblich. Die Antragstellerin habe nämlich nach der Angebotsöffnung keinen Zugriff mehr auf das Angebot gehabt. Außerdem habe die Auftraggeberin bestätigt, keine Korrekturen vorgenommen zu haben.

BVA 26.7.2007, N/0064-BVA/14/2007-26

<http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/C977035D-0393-450A-83EE-EF87FB203078/29662/N0064BVA14200726BBa.pdf>

BVA: Auslegung von Referenzanforderungen

Als Eignungskriterium war in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass für die Auftragsvergabe nur jene Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen auch im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren bereits durchgeführt haben. Es sind mindestens 2 Projekte mit einem Gesamtumsatz von mindestens EUR 5 Mio (exkl Ust) vorzuweisen.

Die Auftraggeberin hat das Angebot eines Bieters mangels technischer Leistungsfähigkeit ausgeschlossen. Die verfahrensgegenständlichen Bauarbeiten seien durchgeführt während des laufenden Bahnbetriebes durchzuführen. Daher habe die Auftraggeberin auch die Vorlage von Referenzprojekten im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen verlangt. Eine Nachfrage beim Referenzauftraggeber habe demgegenüber ergeben, dass die Arbeiten bei den Referenzaufträgen nicht während des laufenden Bahnbetriebs durchgeführt wurden.

Das BVA hat die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt.

Die Auftraggeberin habe ausdrücklich auf § 43 EisenbahnG verwiesen, der den Gefährdungsbereich in der Umgebung von Eisenbahnanlagen durch das typische Merkmal der Betriebsführung bzw den Verkehr der Eisenbahn definiere. In der Ausschreibung finde sich bei der maßgeblichen Position keinerlei Bezugnahme auf § 43 EisenbahnG. Einzig der Ausdruck „Gefährdungsbereich von Eisenbahnen“ könnte als Hinweis auf § 43 EisenbahnG gelesen werden. Es gehe jedoch aus der relevanten Ausschreibungsbestimmung, selbst wenn man sie im Zusammenhalt mit § 43 EisenbahnG lesen wollte, keineswegs hervor, dass die Bieter dazu verhalten wären, Referenzen über Projekte vorzulegen, die bei laufendem Bahnbetrieb durchgeführt worden wären. Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter, bei Anwendung üblicher Sorgfalt sei erkennbar, dass zum Nachweis der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen Referenzprojekte vorzulegen sind, die im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen durchgeführt wurden, nicht jedoch, dass diese Bauleistungen auch während laufendem Bahnbetrieb durchzuführen gewesen wären.

BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25

<http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/3DE5B99E-3FB4-4C86-A875-84ED9FA53FC8/29309/N0057BVA11200725BBa.pdf>



BVA: Mittelwertmethode ASFINAG – Keine Präklusion unbekannter Kostenschätzung

<http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/69694DDD-B4B1-4AB0-862F-0FC1C2AC14A4/29144/N0007BVA15200767BDi.pdf>

Die ASFINAG hat ein Vergabeverfahren über Planungsleistungen für die S37 als nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. In den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe war folgende Bestimmung betreffend „Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise“ enthalten:

„Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

1. Die Angemessenheit der Preise im Sinne des § 125 BVergG 2006 wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden.“

Bei der Angebotsöffnung wurden die Preise und die Kostenschätzung der ASFINAG folgendermaßen verlesen:

Bieter A	EUR	748.627,05
Bieter B	EUR	954.552,00
Bieter C	EUR	998.351,75
Bieter D	EUR	1.004.994,25
Kostenschätzung AG	EUR	1.300.000,00

Der Bieter A wurde ausgeschieden, weil er die in der Ausschreibung festgelegte Grenze marginal unterschritten hat (31% statt 30% unter dem Mittelwert).

Der Bieter hat die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen mit dem Argument einer unrichtigen Kostenschätzung und dem Hinweis darauf bekämpft, dass die Kostenschätzung mangels Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen nicht präkludiert ist.

Das BVA ist der Antragstellerin in rechtlicher Hinsicht gefolgt:

„Wenn jedoch der Auftraggeber vorbringt, dass die Kostenschätzung Teil der Ausschreibung sei und schon – da diese nicht fristgerecht angefochten und somit bestandsfest sei – der Nachprüfung entzogen sei, so übersieht er, dass der geschätzte Auftragswert, zumindest der Höhe nach, nicht Teil der präkludierten Ausschreibung ist. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber der Höhe nach nämlich erst im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt ist diese Festlegung des Auftraggebers nach außen in Erscheinung getreten. Die Höhe des geschätzten Auftragswertes war somit nicht Teil der (präkludierten) Ausschreibung und ist somit einer Anfechtung nicht entzogen.“

Den Antrag hat das BVA aber dennoch abgewiesen, weil der vom BVA bestellte Sachverständige der ASFINAG – trotz der auffälligen Abweichung von den Preisen der Bieter – eine ordnungsgemäße Kostenschätzung bescheinigt hat.

BVA: Referenzen mit Hilfe von Subunternehmern, Pauschalnachlass

Eine Sektorenauftraggeberin hat Bauarbeiten im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Billigstbieters wurde von einem preislich nachgereihten Bieter bekämpft. Geltend gemacht wurde, dass das Angebot des Billigstbieters aus 2 Gründen auszuschneiden sei. In diesem Zusammenhang verwies die Antragstellerin auf die in der Ausschreibung verlangten Referenzen über vergleichbare Bauleistungen im Gefährdungsbereich der Bahn. Laut Antragstellerin seien bei der gegenständlichen Ausschreibung Erbauarbeiten im Ausmaß von über EUR 2,5 Mio zu erbringen. Die Billigstbieterin verfüge zwar über Referenzen im Gefährdungsbereich der Bahn. Die Erbauarbeiten seien dabei aber nicht von der Billigstbieterin selbst, sondern von Subunternehmern erbracht worden. Diese Referenzen seien daher nicht verwertbar, weil die Billigstbieterin bei der gegenständlichen Ausschreibung keine Subunternehmer für den Erbau namhaft gemacht habe. Weiters wurde von der Antragstellerin als Ausscheidensgrund geltend gemacht, dass die Billigstbieterin einen Pauschalnachlass angeboten habe. Dieser widerspreche der Ausschreibung, weil darin ein prozentueller Nachlass verlangt sei. Die Unzulässigkeit eines Pauschalnachlasses leitete die Antragstellerin aus folgenden Ausschreibungsbestimmungen ab: *„Ein Preisnachlass unterliegt immer der Gleitung“* und *„Der Preisnachlass für eine Leistung gilt auch für Vertragsanpassungen unter Ausübung des Leistungsänderungsrechts sowie Mehr- und Minderleistungen“*.

Das BVA hat den Nachprüfungsantrag abgewiesen.

Der behauptete Ausscheidensgrund hinsichtlich Referenzen wurde schon allein deshalb verworfen, weil das BVA im Ermittlungsverfahren zum Schluss gekommen ist, dass die Billigstbieterin entgegen der Behauptung der Antragstellerin auch Erbauleistungen ohne Subunternehmereinsatz erbracht hat. Darüber hinaus ist das BVA aber auch den rechtlichen Argumenten der Antragstellerin betreffend Subunternehmereinsatz nicht gefolgt. Aus den Ausschreibungsbedingungen könne nämlich nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Referenzprojekt dann nicht zu werten ist, wenn im Rahmen dieses konkreten Referenzprojektes auch Subunternehmer beigezogen worden sind. Dies ergebe sich bereits aus dem Ausschreibungswortlaut, wonach lediglich dann der Anteil des Unternehmens an der Leistungserbringung anzugeben ist, wenn davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht worden sind. Darüber hinaus verwies das BVA darauf, dass dem Sektorenauftraggeber bei der Festlegung der konkret zu verlangenden Eignungsnachweise ein größerer Gestaltungsspielraum zukomme.

Zum angebotenen Pauschalnachlass führte das BVA aus, dass dieser zulässig ist, weil im Leistungsverzeichnis sowohl für einen prozentuellen Nachlass als auch einen pauschalen Nachlass entsprechende Positionen vorgesehen waren. Ein Pauschalnachlass stünde auch nicht im Widerspruch zu den von der Antragstellerin genannten Ausschreibungsbestimmungen.

BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67



Anmerkung: Die Frage, inwieweit Referenzen, die der Hauptauftragnehmer mit Hilfe von Subunternehmern erbracht hat, dem Hauptauftragnehmer zurechenbar sind, wurde in der Rechtsprechung bislang kaum behandelt. Lediglich der VKS Salzburg hat dazu eine deutliche Aussage getroffen. Demnach kann sich eine Bieter „Referenzprojekte [...] zurechnen lassen [...], auch wenn Teile der in diesen Aufträgen enthaltenen [Leistungen] zulässigerweise an Subauftragnehmer vergeben wurden“. (VKS 2.2.2004, SVKS/24/20)

Das BVA scheint im vorliegenden Fall einen ähnlichen Standpunkt zu vertreten. Das BVA stützte sich dabei insbesondere darauf, dass in der Ausschreibung keine Angaben über allfällige Subleistungsanteile bei Referenzen gefordert waren. In diesem Zusammenhang ist ergänzend anzumerken, dass auch das BVerG 2006 keine Angabe von Subleistungsanteilen bei Referenzen fordert, auch nicht im Fall von klassischen öffentlichen Auftraggebern. Insofern könnten die Überlegungen des BVA auch auf den klassischen Bereich übertragbar sein.

UVS VlbG: Widerrufungsgrund Überschreitung der Kostenschätzung

Nach Ansicht des UVS Vorarlberg liegt ein sachlicher Grund für einen Widerruf des Vergabeverfahrens jedenfalls dann vor, wenn die Angebote die nachvollziehbare Kostenschätzung des Auftraggebers um mehr als 50% übersteigen.

UVS VlbG 10.8.2007, 314-006/07

<http://www.ris.bka.gv.at/taweb/cgi/taweb?x=d&o=d&v=uv&d=UVSR&i=13278&p=1&q=und%2820070625%3C%3DDATUM%20und%2020070925%3E%3DDATUM%29%20und%20%28Vorarlberg%29%3ALAND%20%20und%20%28314-006/07%29%3AGZ%20%20%20%20>

UVS VlbG: Keine Mängelbehebungsmöglichkeit bei bewusstem Verstoß gegen die Ausschreibungsbestimmungen

Der Bieter hat in seinem Angebot bewusst nach der Ausschreibung geforderte Angaben nicht gemacht und eine geforderte Unterfertigung unterlassen. Er habe dies bewusst unterlassen und wollte diese Angaben nur für den Fall bekannt geben, dass sein Angebot das billigste sei. Der UVS VlbG ging daher von einem unbehebbareren Mangel aus. Der Bieter habe dadurch eine Situation herbeigeführt, die ua einer Verlängerung der Angebotsfrist für ihn gleichkommt, wodurch er sich gegenüber den Mitbietern einen Wettbewerbsvorteil verschafft hätte. Aus der Sicht des Auftraggebers wiederum ergaben sich ein erhöhter Bearbeitungsaufwand und eine Verlängerung des Vergabeverfahrens. Die Bearbeitung eines solchen Angebotes könne dem Auftraggeber schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zugemutet werden. Eine andere Beurteilung würde dem Wettbewerbsprinzip und dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen.

UVS VlbG 15.6.2007, 314-003/07

<http://www.ris.bka.gv.at/taweb/cgi/taweb?x=d&o=d&v=uv&d=UVSR&i=13237&p=2&q=und%2820070601%3C%3DDATUM%20und%20200709>

[29%3E%3DDATUM%29%20und%20%28Alle%29%3ALAND%20%20und%20%28314-003/07%29%3AGZ%20%20%20%20](http://www.ris.bka.gv.at/taweb/cgi/taweb?x=d&o=d&v=uv&d=UVSR&i=13278&p=1&q=und%2820070625%3C%3DDATUM%20und%2020070925%3E%3DDATUM%29%20und%20%28Vorarlberg%29%3ALAND%20%20und%20%28314-003/07%29%3AGZ%20%20%20%20)

UVS OÖ: Subjektive Zuschlagskriterien

Gegenstand der Ausschreibung war die Lieferung von Inkontinenzartikel. Gegen die Zuschlagsentscheidung wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht. Dieser wurde unter anderem dahingehend begründet, dass die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien nicht ausreichend konkretisiert seien, um eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung zu ermöglichen. Die in der Ausschreibung verwendeten Begriffe würden Raum für unterschiedliche Interpretationen der Subkriterien zulassen.

Der UVS OÖ hat den Nachprüfungsantrag abgewiesen.

Aus dem Bescheid lässt sich entnehmen, dass die mit 30% gewichtete Qualität der Produkte als Zuschlagskriterium festgelegt wurde. Zu diesem Kriterium waren in der Ausschreibung mehrere Subkriterien angeführt, wie zB Elastizität des Schrittbündchens, Auslaufschutz, anatomisch geformte Beinellastiken und entsprechende Saugkraft; gute Sichtbarkeit des Nässeindikatorstreifens am Produkt; Geruchsbinder für absolute Diskretion; Geräuschentwicklung bei Bewegung durch Testperson, Tragekomfort/Optik; Hautverträglichkeit (subjektives Empfinden), atmungsaktiv und hautfreundliches Außenmaterial. Die Bewertung dieser Kriterien erfolgte durch eine Kommission erfolgen, wobei in der Ausschreibung ein entsprechendes Punktevergabesystem festgelegt war. Bewertet wurde jeweils mit 0 Punkte (nicht bemustert) bis 5 Punkte (sehr gut). Die Produkte wurden jeweils für die Bewertung von der Kommission bemustert. Bei der Bemusterung haben sich die Kommissionsmitglieder einerseits handschriftlich Notizen gemacht. Andererseits wurde eine gemeinsame Begründung für die jeweiligen Bewertungen verfasst. Die Produkte wurde einzeln und persönlich überprüft durch tasten, ausprobieren und anlegen an den einzelnen Kommissionsmitgliedern.

Zu den Qualitätskriterien und der kommissionellen Bewertung führte der UVS OÖ unter anderem folgendes aus:

„Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin sind die Kriterien bzw. Subkriterien auch eindeutig festgelegt und der Bewertungsmodus nachvollziehbar. [...] Es ist daher weder eine Ungleichbehandlung der Bieter noch eine Intransparenz festzustellen. [...] Unbeschadet des Umstandes, dass die [...] Subkriterien bestandskräftig geworden sind, sind ihre Begriffe nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eindeutig und hat die Einvernahme der Zeuginnen als Mitglieder der Bewertungskommission ergeben, dass sie anhand der Betastung, Beprobung und Prüfung der Muster und der durch die Verwendung einzelner Produkte gewonnenen Erfahrungen sowie anhand der aus der Praxis gewonnenen Erfahrung bei der Anwendung der Inkontinenzprodukte eine Bewertung mit Punkten 1 bis 5 für jedes Subkriterium betreffend die Produkte eines Bieters vornehmen konnten. Die Maßstäbe bei dieser Bewertung wurden [...] einheitlich auf alle Bieter gleichermaßen angelegt. So z.B. wurde auf die Sichtbarkeit des Nässeindikatorstreifens am Produkt ausdrücklich Bedacht genommen und bei besserer Sichtbarkeit mit mehr Punkte versehen. [...] Da die Bewertungskommissionsmitglieder die Produkte auch selbst anfassen, anlegen und ausprobieren konnten, war auch eine Gesamtbeurteilung bei Geräuschentwicklung und

Tragekomfort sowie Hautverträglichkeit in Bezug auf das subjektive Empfinden nachvollziehbar bewertbar.“

UVS OÖ 18.7.2007, VwSen-550345/21/KI/Pe
http://www.uvs-ooe.gv.at/xchg/SID-3DCFCFBE-14158B43/hs.xsl/52119_DEU_HTML.htm

UVS OÖ: Mündliche im Verhandlungsprotokoll festgehaltene Ausscheidensentscheidung ist nicht fristauslösend; unterlassene Präsentation kann nicht nachgeholt werden

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens war ein im Verhandlungsverfahren ausgeschriebenes Softwaresystem. Dabei sollte das Zuschlagskriterium „Benutzerfreundlichkeit“ gemäß den Ausschreibungsunterlagen auf Basis einer in der ersten Verhandlungsrunde vom Bieter durchzuführenden Präsentation des angebotenen Systems erfolgen. Die Bieter mussten dazu ein lauffähiges Präsentationssystem mit der angebotenen Softwarelösung bereitstellen. Der Auftraggeber hat einen Bieter ausgeschieden, weil dieser das angebotene System nicht in der Verhandlungsrunde präsentieren konnte, sondern eine Vorversion. Im Verhandlungsprotokoll wurde vermerkt, dass der Bieter aus dem Verfahren auszuschließen ist. Das Verhandlungsprotokoll wurde dem Bieter zur Durchsicht gegeben und von diesem unterzeichnet. Mehr als 2 Wochen später wurde der Bieter zusätzlich elektronisch und per Telefax über die Ausscheidensentscheidung verständigt. Der Bieter hat die Ausscheidensentscheidung bekämpft.

Der UVS OÖ hat die Anfechtung als rechtzeitig qualifiziert, den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung aber dennoch abgewiesen.

Zur Rechtzeitigkeit wurde vom UVS OÖ ausgeführt, dass gemäß § 129 Abs 3 der Bieter nachweislich elektronisch oder per Telefax von der Ausscheidung zu verständigen sei. „Aus dieser Regelung ist jedenfalls abzuleiten, dass eine mündliche Mitteilung des beabsichtigten Ausscheidens ohne schriftliche Erledigung nicht das auslösende Ereignis für die Berechnung der Fristen des Nachprüfungsantrages darstellt.“

Die Ausscheidung sei aber auf Grund der unterlassenen Präsentation zurecht erfolgt. Es sei „davon auszugehen, dass sich bei der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin im Zuge der ersten Verhandlung keine Unklarheiten ergeben haben, sondern generell durch das Verhalten der Antragstellerin die Angebotsprüfung für die Auftraggeberin im Hinblick auf ein Zuschlagskriterium unmöglich gewesen ist. Aus diesem Grund war die Auftraggeberin auch nicht dazu gehalten, der Antragstellerin nochmals die Möglichkeit einzuräumen, die unterlassene Präsentation gleichsam als verbesserungsfähigen Mangel an einem anderen Termin nachzuholen. Die Antragstellerin hat kein vollständiges und fehlerhaftes Angebot, welches einer Mängelverbesserung zugänglich wäre, gelegt, sondern hat durch die unterlassene Präsentation verhindert, dass die Auftraggeberin die in Gleichbehandlung der Bieter vorgesehene Angebotsprüfung bezogen auf die Benutzerfreundlichkeit der angebotenen Software durchführen kann. Mithin widerspricht das Verhalten und somit gleichsam das Angebot der Antragstellerin eindeutig den Festlegungen in der Ausschreibung, weshalb der

Ausscheidensgrund des § 129 Abs.1 Z 7 BVergG 2006 als erfüllt zu werten ist.“

UVS OÖ 11.7.2007, VwSen-550341/10/Kü/Se
http://www.uvs-ooe.gv.at/xchg/SID-3DCFCFBE-BD0FF57E/hs.xsl/52058_DEU_HTML.htm

VwGH: Präklusion – keine Wurzelmängel

Der UVS Steiermark hat die Zuschlagsentscheidung eines Auftraggebers für nichtig erklärt, weil der Auftraggeber eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben hat, was nach dem damals geltenden BVergG 2002 im Oberschwellenbereich unzulässig war. Es sei „im Ergebnis absurd, zu ignorieren“, dass der Auftraggeber fundamentale Bestimmungen des Vergabegesetzes verletzt hat.

Der VwGH hat diese Entscheidung des UVS Steiermark aufgehoben, weil die Ausschreibung unanfechtbar geworden ist.

VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234
<http://www.ris.bka.gv.at/taweb/cgi/taweb?x=d&o=d&v=vwgh&d=VwGHT&i=68408&p=8&q=und%2820070525%3C%3DDATUM%20und%2020070925%3E%3DDATUM%29%20%20%20%20%20%20%20%20und%20%28vergabe%29>

SA GA: Ausschreibungsfreie Vergabe nicht reservierter Postdienste ist rechtswidrig

In einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH geht es um einen ausschreibungsfrei abgeschlossenen Vertrag zwischen einer spanischen Postgesellschaft und der öffentlichen Verwaltung, wobei die Anteile der Postgesellschaft zu 100% von der öffentlichen Hand gehalten werden. Mit dem streitgegenständlichen Vertrag werden der Postgesellschaft auch nicht reservierte Postdienste übertragen.

In den Schlussanträgen werden insbesondere die Voraussetzungen einer In-house-Vergabe beleuchtet und im Ergebnis verneint. Dies wird unter anderem damit begründet, dass die notwendige Kontrolle fraglich ist und die Postgesellschaft auch für Dritte tätig wird.

Die spanische Regierung hat die ausschreibungsfreie Vergabe aber auch damit versucht zu rechtfertigen, dass es, falls sie die nicht reservierten Dienste den Wettbewerbsregeln unterstellen müsse, zu einem finanziellen Ungleichgewicht käme und die Postgesellschaft nicht mehr in der Lage wäre, den ihr übertragenen Mindestuniversaldienst sicherzustellen. Dazu ist in den Schlussanträgen zu lesen, dass es der Zielsetzung der Richtlinie 97/67, den Postsektor zu liberalisieren, zuwiderlaufen würde, wenn die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, einen öffentlichen Auftrag für nicht reservierte Postdienste ohne vorherige Ausschreibung an einen einzigen Leistungserbringer zu vergeben.

SA GA Yves Bot 20.9.2007, C-220/06
http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=vergabe*&lang=de&num=79929079C19060220&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL



Entwurf B-VG Novelle - Bundesverwaltungsgericht ersetzt Bundesvergabeamt

Durch das Regierungsprogramm für die 23. Gesetzgebungsperiode wurde eine Expertengruppe eingerichtet, die (aufbauend auf den Arbeiten des Österreich-Konvents) Formulierungsvorschläge zu den im Regierungsprogramm aufgelisteten Themenbereichen für eine umfassende Staats- und Verwaltungsreform vorlegen soll. Als Zwischenergebnis dieser Arbeiten hat das Bundeskanzleramt am 23.7.2007 einen von dieser Expertengruppe erstellten Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird zur Begutachtung ausgesendet. Die Begutachtungsfrist endete am 17.9.2007.

Durch den vorliegenden Entwurf soll unter anderem eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt werden. Dabei soll es für jedes Land und für den Bund je ein Verwaltungsgericht erster Instanz geben. Den Grundstock der Verwaltungsgerichte der Länder werden die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern bilden. Das Verwaltungsgericht des Bundes soll jedenfalls die Aufgaben des unabhängigen Finanzsenates, des unabhängigen Bundesasylsenates sowie des Bundesvergabeamtes wahrnehmen. Bisher bestehende Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag sollen in die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz eingegliedert werden.

Download Gesetzestext, Materialien und Stellungnahmen:

http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908.6614640&_dad=portal&_schema=PORTAL

Neue Geschäftsverteilung BVA

Am 14.9.2007 wurde in der Vollversammlung des BVA die Geschäftsverteilung 2007/1 beschlossen, die ab 1.10.2007 in Kraft tritt. Die Anzahl der Senate hat sich

dabei auf Grund des Ausscheidens eines Senatsvorsitzenden auf 14 (statt 15) reduziert. Abweichend von der bisherigen Geschäftsverteilung wird der Senat 1 (Vorsitzender des BVA Dr. Michael Sachs) nunmehr keine Vergabekontrollverfahren mehr durchführen. Effektiv wird die operative Entscheidungsarbeit daher an 13 Senate nach dem jeweiligen Einlangenszeitpunkt der Anträge verteilt.

<http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/24E6670D-F81D-476E-8D40-D0D5DD906BD8/29828/GEschftsverteilungab1102007.pdf>

Neue Geschäftsordnung des BVA

Weiters wurde am 14.9.2007 auch eine neue Geschäftsordnung des BVA beschlossen. Darin ist nunmehr eine inhaltliche unklare Änderung der Protokollierungspflichten der Senatsvorsitzenden enthalten. Bisher mussten die Senatsvorsitzenden gemäß § 24 der GO ein Verhandlungsprotokoll und ein Beratungsprotokoll anfertigen. Nunmehr haben die Senatsvorsitzenden „zwei Protokolle (ein Verhandlungsprotokoll mit den wesentlichen Inhalten und Ergebnissen der Verhandlung) anzufertigen.“ Der Umstand, dass nunmehr im Klammersausdruck nicht ausdrücklich auch ein Beratungsprotokoll angeführt ist, dürfte aber ein Versehen darstellen. Gemäß § 305 Abs 3 BVergG 2006 ist nämlich jedenfalls auch ein Beratungsprotokoll anzufertigen. Weiters ist nunmehr in § 27a eine ausdrückliche Behaltspflicht der Unterlagen des Vergabeverfahrens festgelegt und zwar bis „Klarheit darüber besteht, ob die über die in dem jeweiligen Verfahren gestellten Anträge ergangenen Bescheide unangetroffen bleiben“.

<http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/24E6670D-F81D-476E-8D40-D0D5DD906BD8/29829/Geschftsordnung.pdf>



Vergaberecht einfach erklärt

Veranstalter: www.iir.at

Datum: 9. und 10.10.2007

Ort: NN

Vortragender: Mag. Gunter Estermann, Dr. Ralf D. Pock
<http://www.iir.at/themenbereiche/oeffentliche-verwaltung-verkehr/seminar/detail/kt258.html>

Grundlagen des Vergaberechts

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 11.10.2007, 9:00 bis 17:00 Uhr

Ort: Austria Trend Hotel Congress Rennweg 12a, 6020 Innsbruck

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock
<http://www.ars.at/pdf/VG781101.pdf>

Forum: BVerg-Gesetz & Novelle 2007

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 17.10.2007

Ort: ARS Akademie für Recht und Steuern, Schallautzerstraße 2-4, 1010 Wien

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock
<http://www.ars.at/pdf/VG781709.pdf>

Die Vergaberechtsnovelle 2007

Veranstalter: www.iir.at

Datum: 18.10.2007

Ort: Fleming's Hotel Wien-Westbahnhof, Wien

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock, Mag. Gunter Estermann
<http://www.iir.at/themenbereiche/recht/seminar/detail/k3133.html>

Eignungsprüfung & Bestbieterermittlung

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 24.10.2007, 9:00 bis 17:00 Uhr

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock
<http://www.ars.at/pdf/VG782405.pdf>

Verfahrensarten

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 6.11.2007, 9:00 bis 17:00 Uhr

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock, Mag. Gunter Estermann

Grundlagen des Vergaberechts

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 14.11.2007, 9:00 bis 17:00 Uhr

Ort: ARS Akademie für Recht und Steuern, Schallautzerstraße 2-4, 1010 Wien

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock
<http://www.ars.at/pdf/VG791401.pdf>

Rechtsschutz im Vergaberecht

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 15.11.2007, 9:00 bis 17:00 Uhr

Ort: ARS Akademie für Recht und Steuern, Schallautzerstraße 2-4, 1010 Wien

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock, Mag. Gunter Estermann

Ausschreibung von A bis Z

Veranstalter: www.iir.at

Datum: 19. und 20.11.2007

Ort: NN

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock, Mag. Gunter Estermann

Besonderheiten von IKT-Ausschreibungen

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 21.11.2007

Ort: NN

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock

Vergaberecht für Dienstleistungen

Veranstalter: www.ars.at

Datum: 22.11.2007

Ort: ARS Akademie für Recht und Steuern Schallautzerstraße 2-4, 1010 Wien

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock, Mag. Gunter Estermann

Geoconvent für räumliche Informationsnutzung

Veranstalter: Land NÖ - Geoinformation

Datum: 30. und 31.1.2008

Ort: Congress-Casino Baden

Vortragender: Dr. Ralf D. Pock

<http://www.3dgeo.at/>

IMPRESSUM

Herausgeber:

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
Heinrichsgasse 4/1
1010 Wien
Tel.: +43 1 532 31 51
Fax: +43 1 532 31 51 - 15
office@estermann-pock.at
www.estermann-pock.at
FN 288600m HG Wien

Autoren:

RA Mag. Gunter Estermann
RA Dr. Ralf D. Pock

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Die vollständige, nicht kommerzielle Weitergabe ist – bis auf Widerruf - gestattet. Alle Angaben in dieser Publikation erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Herausgeber und Autoren ist ausgeschlossen.

Kostenlose Bestellung unter:
www.estermann-pock.at/dievergabepaxis.shtml