

Knackpunkte eines Vergabeprozesses Kritische Punkte im Vergabeverfahren

ANKÖ-Akademie

April 2023



Rechtsanwalt
Dr. Christian Fink

ÜBERSICHT

- Schwellenwerte
- Verfahrensarten und -abläufe
- Ausschreibung
- Teilnahmeantrag und Angebot
- Angebotsprüfung und Verfahrensabschluss
- Grundsätzliches zum Vergaberechtsschutz



SCHWELLENWERTE



SCHWELLENWERTE I

- Gesetzlich vorgegebene Auftragswerte im Hinblick auf die Wahl von Vergabeverfahren
- **Oberschwellenwerte:**
 - Bei Erreichen dieser Schwellenwerte muss ein Verfahren grundsätzlich EU-weit abgewickelt werden
 - Alle zwei Jahre erfolgt eine Anpassung mittel EU-Verordnung
- **Unterschwellenwerte:**
 - Sind unterhalb der von der EU vorgegebenen Schwellenwerte angesiedelt
 - Verfahren werden nur regional bekannt gemacht bzw können vereinfacht abgewickelt werden
 - Bis 01.07.2023 sind einzelne Werte mittels VO des BMJ vorübergehend angehoben



SCHWELLENWERTE II

- Derzeit (bis 01.01.2024) geltende Oberschwellenwerte:
 - Bauaufträge ab EUR 5.382.000,-- (exkl USt)
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge
 - Öffentliche Auftraggeber: EUR 215.000,-- (exkl USt)
 - Zentrale öffentliche Auftraggeber: EUR 140.000,-- (exkl USt)
 - Sektorenauftraggeber: EUR 431.000,-- (exkl USt)
 - Besondere Dienstleistungen: EUR 750.000,-- (exkl USt)
- Bis 01.07.2023 vorübergehend angehobene Unterschwellenwerte:
 - Direktvergabe generell bis EUR 100.000,-- (exkl USt)
 - Nicht Offenes Verfahren ohne Bekanntmachung bei Bauaufträgen bis EUR 1.000.000,-- (exkl USt)



SCHWELLENWERTE – ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

Bauftrag	Subschwellenwerte (EUR)	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 5.382.000	Offenes Verfahren oder Nicht offenes Verfahren mit EU-BK
	< 5.382.000	Offenes Verfahren oder Nicht offenes Verfahren mit BK
	< 1.000.000	Verhandlungsverfahren mit BK
	< 1.000.000	Nicht offenes Verfahren ohne BK bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 300.000	Nicht offenes Verfahren ohne BK ab 01.07.2023?
	< 100.000	Verhandlungsverfahren ohne BK bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 80.000	Verhandlungsverfahren ohne BK ab 1.1.2023?
	< 500.000	Direktvergabe mit BK
	< 100.000	Direktvergabe: bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 50.000	Direktvergabe ab 01.07.2023?



SCHWELLENWERTE - ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

Liefer- und Dienstleistungsauftrag	Subschwellenwerte (EUR)	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 215.000 (bei zentr öff AG: 140.000)	Offenes Verfahren oder Nicht offenes Verfahren mit EU-BK
	< 215.000 (bei zentr öff AG: 140.000)	Offenes Verfahren, Nicht offenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren mit BK
	< 107.500	Verhandlungsverfahren mit einem Bieter bei geistigen DL, wenn wirtschaftlicher Wettbewerb wegen Beschaffungskosten unvertretbar
	< 100.000	Nicht offenes Verfahren ohne BK bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 80.000	Nicht offenes Verfahren ohne BK ab 01.07.2023?
	< 100.000	Verhandlungsverfahren ohne BK bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 60.000	Verhandlungsverfahren ohne BK ab 01.07.2023?
	< 130.000	Direktvergabe mit BK
	< 100.000	Direktvergabe bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 50.000	Direktvergabe ab 01.07.2023?



SCHWELLENWERTE – SEKTORENAUFTRAGGEBER

Bauftrag	Subschwellenwerte (EUR)	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 5.382.000	Offenes Verfahren, Nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Wettbewerbsaufruf (EU-weit)
	< 5.382.000	alle Verfahrensarten ausgenommen Direktvergabe (soweit auf Grund von Wert/Gegenstand des Auftrages erforderlich, ist Verfahren zu wählen, das angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleistet)
	< 500.000	Direktvergabe mit BK
	< 100.000	Direktvergabe bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 75.000	Direktvergabe ab 01.07.2023?



SCHWELLENWERTE – SEKTORENAUFTRAGGEBER

Liefer- und Dienstleistungsauftrag	Subschwellenwerte (EUR)	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 431.000	Offenes Verfahren, Nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Wettbewerbsaufruf (EU-weit)
	< 431000	alle Verfahrensarten ausgenommen Direktvergabe (soweit auf Grund von Wert/Gegenstand des Auftrages erforderlich, ist Verfahren zu wählen, das angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleistet)
	< 200.000	Direktvergabe mit BK
	< 100.000	Direktvergabe bis 01.07.2023 (SchwellenwerteVO)
	< 75.000	Direktvergabe ab 01.07.2023?



VERFAHRENSARTEN UND -ABLÄUFE



VERFAHRENSARTEN – VERFAHRENSWAHL

- Auftragsart und Schwellenwert sind zu berücksichtigen
- Ein und derselbe Gegenstand kann zT auf verschiedene Arten ausgeschrieben werden
- Dabei sind entscheidend
 - Wirtschaftliche Überlegungen (zB Vergabe von Bauaufträgen in ein- oder zweistufigen Verfahren)
 - Die für die Ausschreibung zur Verfügung stehende Zeit
 - Das Budget, weil komplexe Verfahrensarten zwar treffsicherer, aber auch teurer in der Abwicklung sind
 - Der mit der Ausschreibung adressierte Bieterkreis
- Wechsel der Verfahrensart während des laufenden Verfahrens unzulässig



VERFAHRENSARTEN – OBERSCHWELLENBEREICH

- 8 Verfahrensarten
 - Offenes Verfahren
 - Nicht offenes Verfahren mit BK
 - Verhandlungsverfahren mit BK
 - Verhandlungsverfahren ohne BK
 - Dynamisches Beschaffungssystem
 - Elektronische Auktion
 - Rahmenvereinbarung
 - Wettbewerblicher Dialog
- Sonderstellung: Wettbewerb

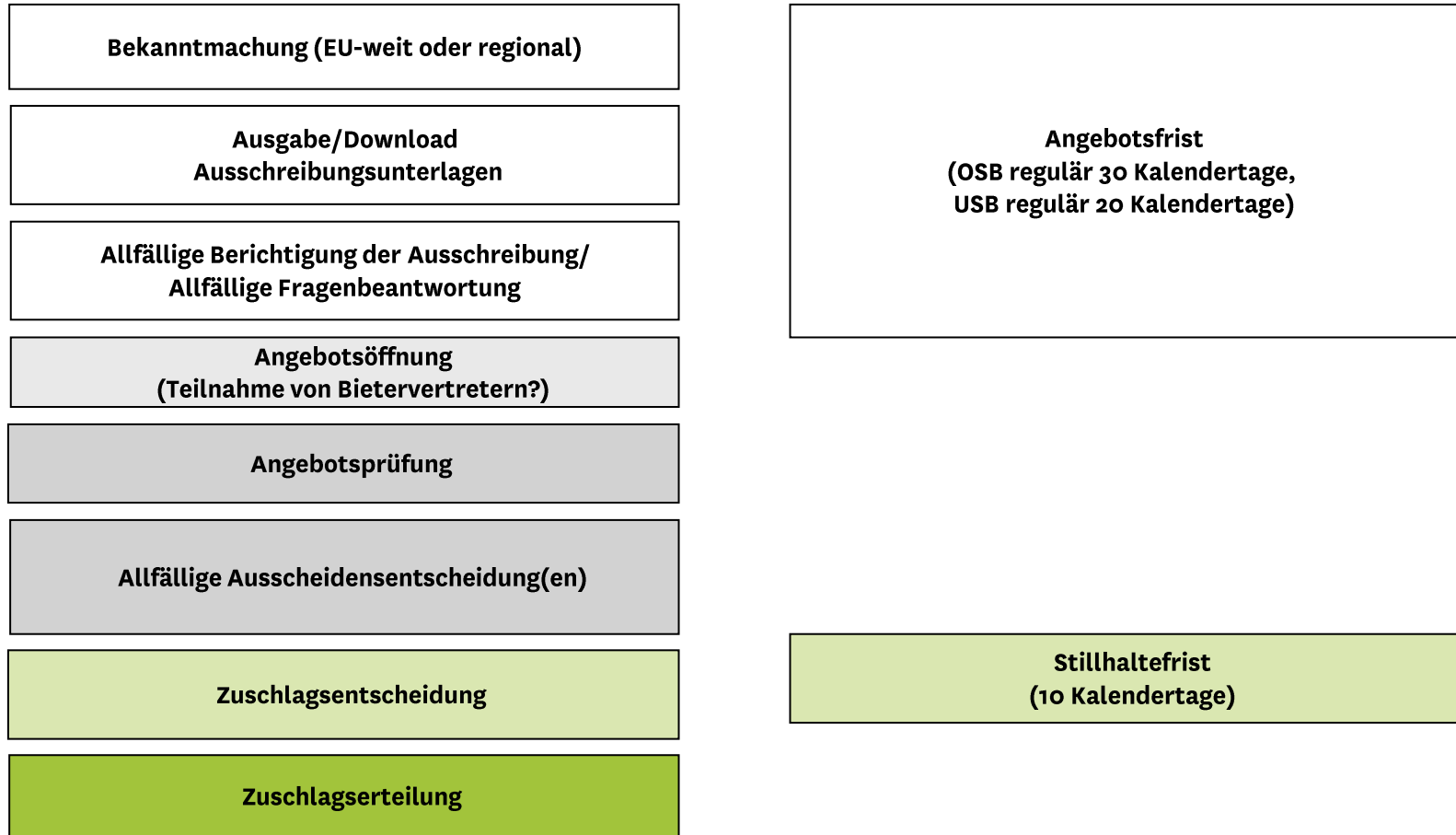


VERFAHRENSARTEN – UNTERSCHWELLEN- BEREICH

- 11 Verfahrensarten
 - Offenes Verfahren
 - Nicht offenes Verfahren mit BK
 - Nicht offenes Verfahren ohne BK
 - Verhandlungsverfahren mit BK
 - Verhandlungsverfahren ohne BK
 - Dynamisches Beschaffungssystem
 - Elektronische Auktion
 - Rahmenvereinbarung
 - Wettbewerblicher Dialog
 - Direktvergabe mit BK
 - Direktvergabe
- Sonderstellung: Wettbewerb

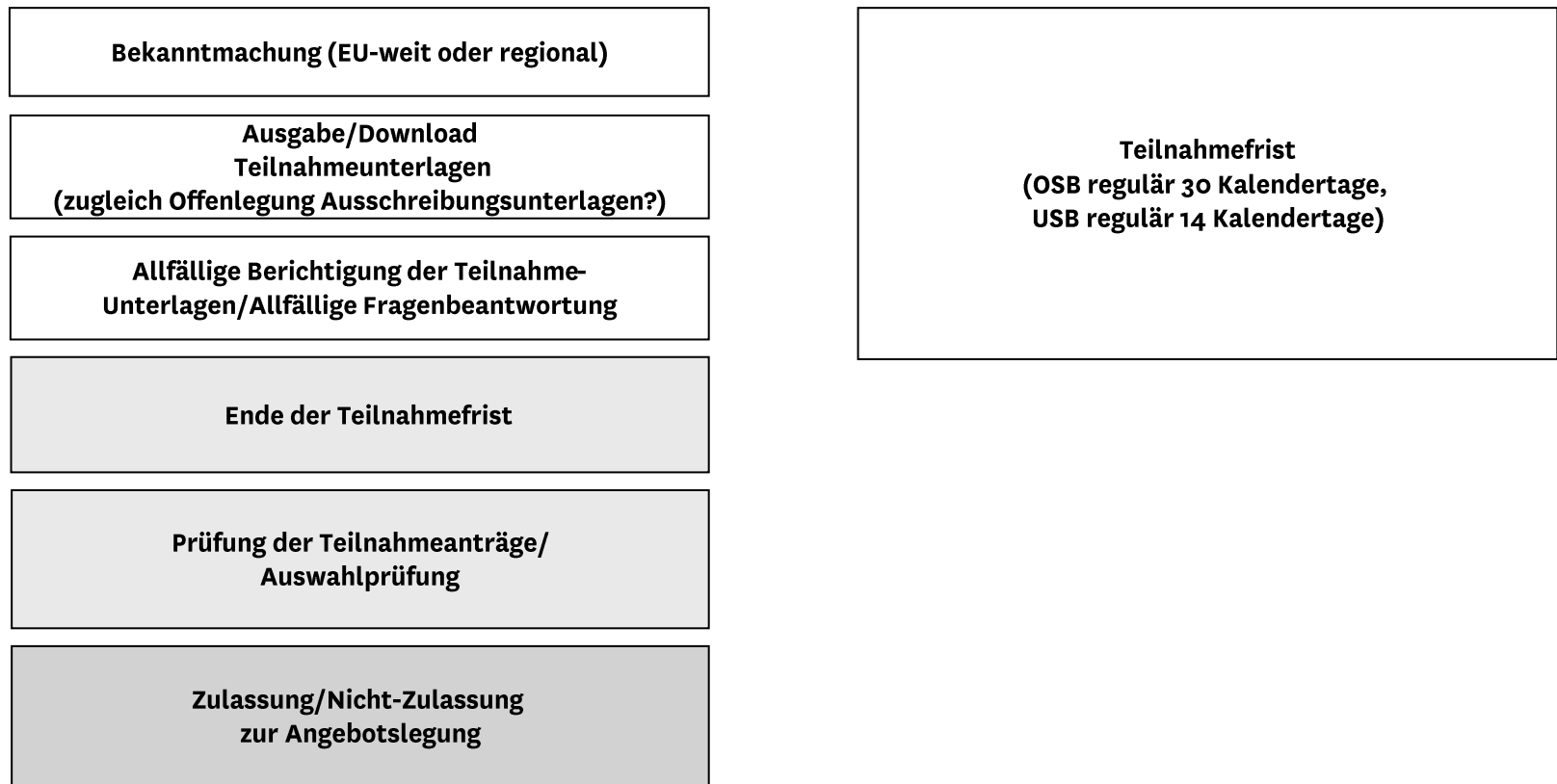


OFFENES VERFAHREN - ABLAUF



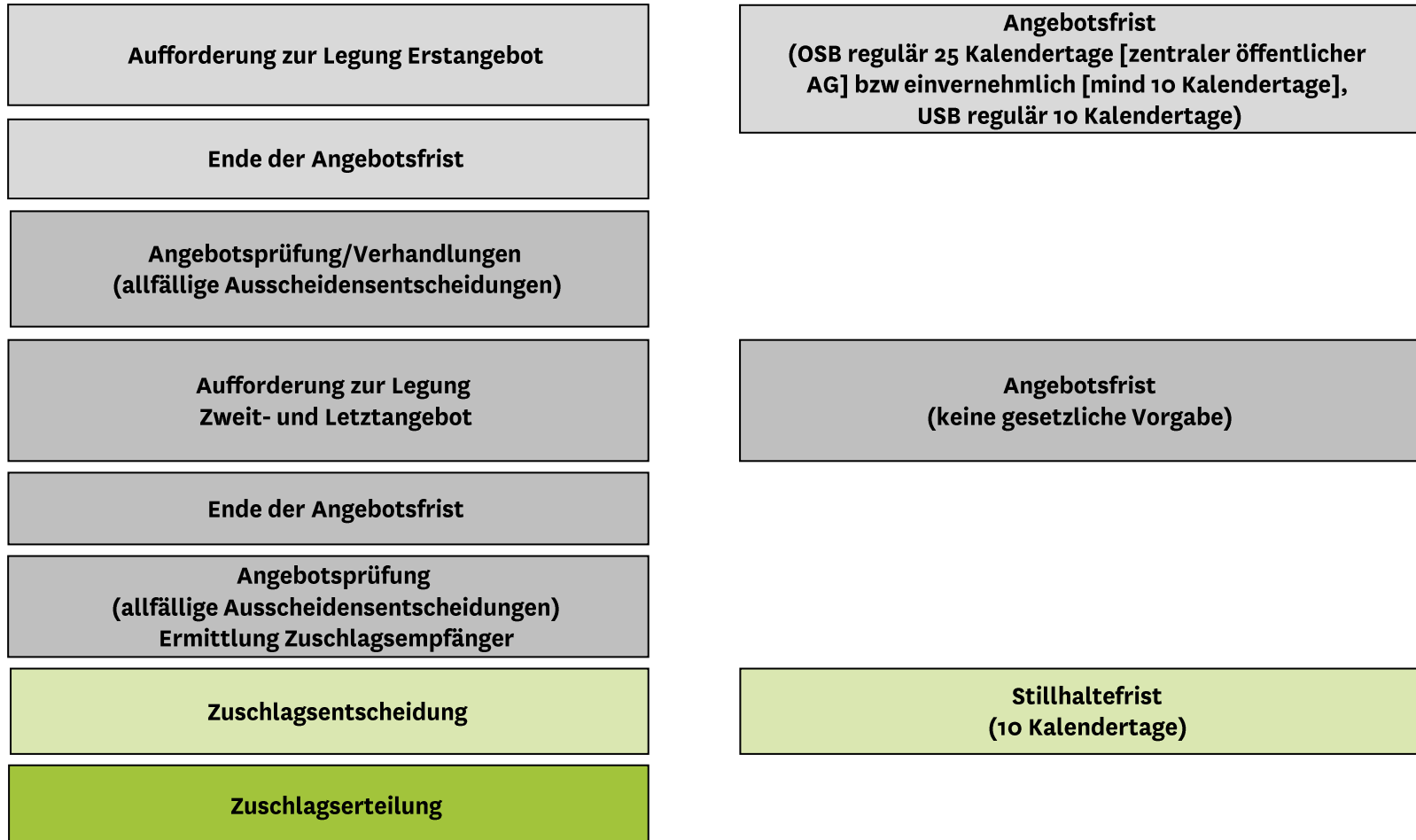
VERHANDLUNGSVERFAHREN MIT BK – ABLAUF I

1. Stufe



VERHANDLUNGSVERFAHREN MIT BK – ABLAUF II

2. Stufe



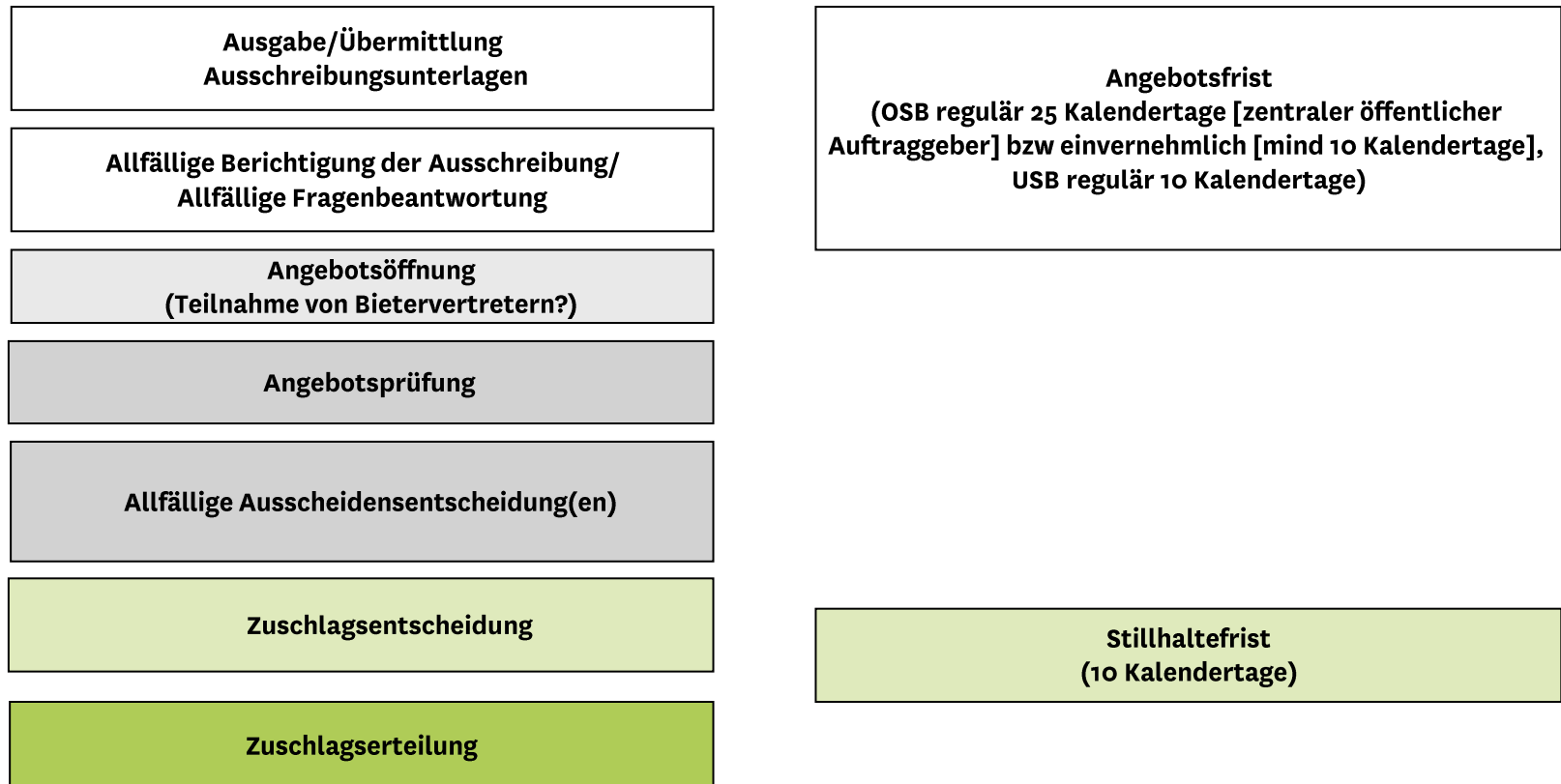
NICHT OFFENES VERFAHREN MIT BK – ABLAUF I

1. Stufe



NICHT OFFENES VERFAHREN MIT BK – ABLAUF II

2. Stufe



DIREKTVERGABE MIT BK – ABLAUF

Bekanntmachung (regional)

Möglichkeit der Einsichtnahme
in Verfahrensbestimmungen

Freie Verfahrensausgestaltung
durch Auftraggeber

Zuschlagserteilung

Mitteilung über Zuschlagserteilung

Allfällige Teilnahme- und Angebotsfristen



DIREKTVERGABE – ABLAUF

Einholung von (Vergleichs-)Angeboten

Allfällige Angebotsfrist

Allenfalls Rücksprache mit Angebotserstellern

Zuschlagserteilung

Dokumentationspflichten des AG



DIREKTVERGABE – ALLGEMEIN

- **Völlig formfreie Vergabe an einen ausgewählten Unternehmer**
 - Nur im USB
 - Bau-/Liefer- und Dienstleistungsauftrag bis EUR 100.000,-- (exkl USt) bis zum Auslaufen der SchwellenwerteVO
- **Vorteile**
 - „Freihandvergabe“ (zB Kauf eines Produktes direkt beim Händler, direkte Beauftragung eines Ziviltechnikers)
 - Einladung mehrerer Unternehmer zur Angebotsabgabe zulässig



AUSSCHREIBUNG



AUSSCHREIBUNG - ALLGEMEIN

- **Teilnahmeunterlagen** sind die Unterlagen für die Bewerbung in zweistufigen Vergabeverfahren
- **Ausschreibungsunterlagen** sind die Unterlagen für die Angebotslegung in der zweiten Stufe in zweistufigen Verfahren bzw in der einen Verfahrensstufe bei einstufigen Vergabeverfahren



TEILNAHMEUNTERLAGEN - INHALTE

- **Eignungskriterien:**
 - Mindestvorgaben im Hinblick auf die Zuverlässigkeit, Befugnis und (wirtschaftliche und technische) Leistungsfähigkeit
 - Bei Nicht-Erfüllen wird Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt
- **Auswahlkriterien:**
 - Bewertung/Beurteilung eines „Mehr“ an Eignung (über die Mindesthürde an Eignung hinausgehend)
 - Dienen der Auswahl der Teilnehmer an der zweiten Verfahrensstufe
- Verfahrensablauf samt Angabe der Anzahl der Bewerber, die zur zweiten Verfahrensstufe zugelassen werden



AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN - INHALTE

- **Verfahrensbestimmungen:**
 - Eignungskriterien (in einstufigen Verfahren)
 - Zuschlagskriterien: Bewertung/Beurteilung der Angebote
 - Verfahrensablauf
- **Leistungsbeschreibung:**
 - Beschreibung der anzubietenden und zu erbringenden Leistung
 - Unterscheidung zwischen konstruktiver und funktionaler Leistungsbeschreibung
- **Vertragsbestimmungen:**
 - Festlegungen zu den vertraglichen Grundlagen der Leistungserbringung



EIGNUNG - ALLGEMEIN

- **Befugnis** (rechtliches Dürfen)
 - GewO, ZTG
- **Leistungsfähigkeit** (faktisches Können)
 - **Finanziell und wirtschaftlich:** ausreichend finanzielle Mittel für die Auftragserfüllung
 - **Technisch:** Personal- und Geräteausstattung zur zeitgerechten qualitativ entsprechenden Auftragserfüllung
 - Gebot der Verhältnismäßigkeit
- **Berufliche Zuverlässigkeit** (kein Ausschlussgrund)
 - Keine Insolvenz, Liquidation
 - Keine Verstöße gegen AuslBG, LSD-BG



LEISTUNGSBESCHREIBUNGEN - GEGEN- ÜBERSTELLUNG

Konstruktive Leistungsbeschreibung	Funktionale Leistungsbeschreibung
Beschreibung der Leistung durch Leistungsverzeichnis	Beschreibung der Aufgabenstellung und der Leistungs- und Funktionsanforderungen
Planung erfolgt durch Auftraggeber	Planung erfolgt auch durch Bieter
Offenes Verfahren als Regel	Verhandlungsverfahren als Regel
„Billigstbieterprinzip“ denkbar	„Bestbieterprinzip“
Kein Aufwandsersatz für Angebots- erstellung	Aufwandsersatz für besondere Aus- arbeitungen bei Angebotserstellung
Bieter hat Leistungsverzeichnis des Auftraggebers auszufüllen	Bieter hat Leistungsverzeichnis im Hinblick auf funktional beschriebene Leistungen zu erstellen



AUSSCHREIBUNG – BEREITSTELLUNG

- **Ausschreibungsunterlagen sind ausschließlich auf elektronischem Weg kostenlos und vollständig zur Verfügung zu stellen**
 - Verfahren mit BK: Bereitstellen zum „download“ mit erstmaliger Verfügbarkeit der BK
 - Verfahren ohne BK: elektronische Übermittlung oder Bereitstellen zum „download“
- **Müssen in zweistufigen Verfahren die Unterlagen der zweiten Stufe bereits mit der BK offengelegt werden?**
 - „pragmatische“ Lösung: Offenlegung „lediglich“ einer erweiterten Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien bereits mit den Teilnahmeunterlagen



AUSSCHREIBUNG – ZUSCHLAGSSYSTEM

- Zuschlag auf niedrigstes Angebot („Billigstbieterprinzip“), wenn Qualitätsstandard klar & eindeutig definiert ist
- **Zuschlag auf technisch & wirtschaftlich bestes Angebot („Bestbieterprinzip“)**
 - Ermittlung Preis-Leistung-Verhältnis anhand Kostenmodell („Lebenszyklusrechnung“) oder
 - Ermittlung Preis-Leistung-Verhältnis anhand von vorgegebenen Zuschlagskriterien



AUSSCHREIBUNG – VERPFLICHTENDES „BESTBIETERPRINZIP“

- **„Bestbieterprinzip“ ist im „klassischen“ Bereich zwingend zu wählen:**
 - Bei Dienstleistungen – insbesondere geistige Dienstleistungen -, die im Verhandlungsverfahren zu vergeben sind
 - Leistungsbeschreibung im Wesentlichen funktional erfolgt
 - **Bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens EUR 1 Million (exkl USt) beträgt**
 - Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog oder durch Innovationspartnerschaft
- **Zwingendes „Bestbieterprinzip“ im Sektorenbereich:**
 - **Bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens EUR 10 Millionen (exkl USt) beträgt**
 - Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog oder durch Innovationspartnerschaft



B E W E R B E R - / B I E T E R F R A G E N

- Sowohl zu Teilnahme- als auch Ausschreibungsunterlagen ist regelmäßig eine ausdrückliche Fragenmöglichkeit vorgesehen
- Auftraggeber können Ende der Fragenfrist vorgeben
- **Fragen sind auf Vergabeportal anonym und einzeln zu stellen**
- Fragen und Antworten stehen allen Interessierten zur Verfügung (spätestens 6 Tage vor Ende der Abgabefrist)
- **Mit Fragen können – neben tatsächlichem Klärungsbedarf – Klarstellungen für den Mitbewerb erwirkt werden**



AUSSCHREIBUNG – ANFECHTUNG

- **Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sind volle 7 Tage vor Ablauf der Teilnahme- bzw Angebotsfrist beim zuständigen Verwaltungsgericht anzufechten**
- Bei nicht fristgerechter Anfechtung erwachsen die Teilnahme- bzw Ausschreibungsunterlagen in Bestandskraft (Präklusion)
- Vor einer allfälligen Anfechtung versucht man mit Fragen den Auftraggeber zur Unterlagenadaptation zu animieren



TEILNAHMEANTRAG UND ANGEBOT



TEILNAHMEANTRAG – ALLGEMEIN

- Teilnahmeantrag ist entsprechend den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen zu erstellen
- **Mängel bzw Unvollständigkeiten bei den Angaben zur Eignung sind behebbar** (Vorsicht bei Nachweisen, die nicht rückwirkend ausgestellt werden!)
- **Mängel bzw Unvollständigkeiten bei den Angaben zu den Auswahlkriterien sind grundsätzlich nicht behebbar (zB kein Nachreichen von Auswahlreferenzen möglich)**
- Um Widersprüche zu vermeiden, sollte möglichst auf Begleitschreiben verzichtet werden
- Upload in möglichst wenigen Einzeldokumenten erleichtert Arbeit des Auftraggebers



ANGEBOT – ALLGEMEIN

- Angebot ist entsprechend den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen zu erstellen
- **Mängel bzw Unvollständigkeiten bei den Angaben zur Eignung sind behebbar** (Vorsicht bei Nachweisen, die nicht rückwirkend ausgestellt werden!)
- **Mängel bzw Unvollständigkeiten betreffend Angebotsumfang und Angebotsinhalten, die mit Zuschlagskriterien bewertet/beurteilt werden, sind nicht behebbar (zB Preisänderungen, Änderung Leistungsgegenstand)**
- Um Widersprüche zu vermeiden, sollte möglichst auf Begleitschreiben verzichtet werden
- Upload in möglichst wenigen Einzeldokumenten erleichtert Arbeit des Auftraggebers



MÄNGELBEHEBUNG

- **Behebbarer Mangel:** es handelt sich lediglich um einen „Formalmangel“, durch dessen Behebung der Bieter nachträglich nicht seine Wettbewerbsstellung verbessern kann
- **Unbehebbarer Mangel:** durch Behebung würde der Bieter nachträglich seine Wettbewerbsstellung verbessern (zB mehr Punkte bei Zuschlagskriterien, Änderung des Angebotsinhalts)
- Bei behebbaren Mangel ist Möglichkeit zur Aufklärung/Nachreichung zu geben
 - Schriftliche Aufforderung (unmissverständliche Mangelbezeichnung)
 - Ev zusätzliche Durchführung eines Aufklärungsgesprächs
 - Für jeden Mangel ist nur eine Aufklärungs-/Nachreichungsmöglichkeit zu gewähren (Bietergleichbehandlung)



ANGEBOTSÖFFNUNG

- **Formale und dokumentierte Öffnung von Angeboten (grundsätzlich) unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist**
- Bei vollelektronischer Abwicklung des Vergabeverfahrens muss Bietervertretern keine Beteiligung ermöglicht werden
- Bei offenen und nicht offenen Verfahren ist Bietern das Protokoll möglichst umgehend und unaufgefordert zur Verfügung zu stellen
- In sonstigen Verfahren erfolgt angesichts der Verhandlungsmöglichkeit keine Übermittlung des Öffnungsprotokolls



ANGEBOTSPRÜFUNG UND VERFAHRENSABSCHLUSS



ANGEBOTSPRÜFUNG - INHALT

- **Angebotsprüfung**
 - Prüfung der Formalvorgaben: Rechtzeitigkeit, Vollständigkeit, Mängelfreiheit, rechnerische Richtigkeit
 - Eignungsprüfung: Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit
 - Vertiefte Angebotsprüfung: Prüfung der betriebswirtschaftlichen Plausibilität der Preisgestaltung
- **Allfällige Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers ist binnen 10 Tagen nach Erhalt beim zuständigen Verwaltungsgericht anzufechten**



„REGULÄRE“ VERFAHRENSBEENDIGUNG

- Ermittlung des Zuschlagsempfängers
 - Anwendung der Zuschlagskriterien (Best- oder Billigstbieterprinzip)
- **Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung**
 - Zuschlagsempfänger + Vergabesumme
 - Gründe für Entscheidung
 - Ende der Stillhaltefrist
- **Stillhaltefrist**
 - 10 Tage elektronisch
- **Zuschlagsentscheidung ist binnen 10 Tage (= Stillhaltefrist) nach Erhalt beim zuständigen Verwaltungsgericht anzufechten**



WIDERRUF DES VERGABEVERFAHRENS

- Unterscheidung zwischen Widerruf vor und nach Ablauf der Angebotsfrist
- **Unterscheidung zwischen zwingende und fakultative Widerrufsgründe**
 - Widerruf bei sachlichen Gründen stets zulässig
- **OSB: Trennung zwischen Widerrufsentscheidung und Widerrufserklärung**
 - Einhaltung einer 10tägigen Stillhaltefrist
 - Widerrufsentscheidung kann binnen 10 Tagen beim zuständigen Verwaltungsgericht angefochten werden
- **USB: keine Trennung zwischen Widerrufsentscheidung und Widerrufserklärung erforderlich (unmittelbare Widerrufserklärung möglich)**



GRUNDSÄTZLICHES ZUM VERGABERECHTSCHUTZ



ZUSTÄNDIGKEIT

- Maßgeblich ist der jeweilige Auftraggeber
- **Bundesauftraggeber: Bundesverwaltungsgericht (BVwG)**
- **Landesauftraggeber und Gemeinden: jeweiliges Landesverwaltungsgericht (LVwG)**
- Rechtsmittel gegen Erkenntnisse des BVwG und der LVwG
 - Verstoß gegen Verfassungsrecht: Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH)
 - Verstoß gegen „einfaches“ Recht: Revision an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH)



NACHPRÜFUNGSVERFAHREN

- Vor Zuschlagserteilung bzw Widerrufserklärung
- **Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (abschließend aufgezählt im BVerGG)**
- **Kurze Anfechtungsfristen**
 - 10 Tage ab Erhalt
 - Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen: volle 7 Tage vor Ablauf der Abgabefrist
- Neben Antrag auf Nichtigerklärung wird üblicherweise ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt
- Mindestinhalte des Antrages
- Mit der Antragstellung ist Pauschalgebühr zu entrichten



FESTSTELLUNGSVERFAHREN - SYSTEM

- Nach Zuschlagserteilung bzw Widerrufserklärung
- **Ursprünglich nur zur Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses; zwischenzeitig auch zur Nichtigerklärung von Zuschlagserteilungen bei „Kardinalsverstößen“**
- BVergG kennt 6 zulässige Feststellungen
 - Abschließende Aufzählung
 - Mehrere Feststellungen können gleichzeitig beantragt werden
- Feststellungsantrag ist unzulässig, wenn Schaden durch Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet hätte werden können
- Antrag muss grundsätzlich binnen 6 Monaten ab Zuschlagserteilung gestellt werden



**Danke für
die Aufmerksamkeit!**



RA Dr. Christian Fink

T +43 (1) 235 0069

F +43 (1) 235 00 69 – 10

office@finkrecht.at

www.finkrecht.at

VERWENDETE ABKÜRZUNGEN

AG	Auftraggeber
AuslBG	Ausländer-Beschäftigungsgesetz
BK	Bekanntmachung
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
e	elektronisch
exkl	exklusive
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
GewO	Gewerbeordnung
LSD-BG	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz
LVwG	Landesverwaltungsgericht



VERWENDETE ABKÜRZUNGEN II

max	maximal
OSB	Oberschwellenbereich
SektorenAG	Sektorenauftraggeber
USB	Unterschwellenbereich
USt	Umsatzsteuer
VO	Verordnung
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil
ZTG	Ziviltechnikergesetz

