



Praktische Erfahrungen aus Sicht eines Rechtsanwalts

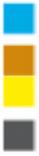
ANKÖ Akademie

Donnerstag, 01.06.2023

Dr. Matthias Öhler

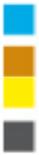
Schramm Öhler Rechtsanwälte





Das Wichtigste zuerst:

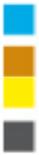
Die Präklusion (Verfristung)



Präklusion rechtswidriger Ausschreibung

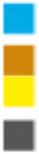
VwGH 27.6.2007

- „Allfällige *Mängel der Ausschreibung*,
- *womit ... auch (fundamentale) Rechtswidrigkeiten erfasst sind, die das gesamte Verfahren mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten,*
- *die nicht innerhalb der im Bundesvergabegesetz ... vorgesehenen Fristen angefochten werden, werden daher **unanfechtbar und sind damit als geheilt anzusehen.**“*



Beispiele für Präklusion ständige Rechtsprechung

- Rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens
- Rechtswidrige Vergabeverfahrensbestimmungen
- z.B. Bei „*Fehlen von Eignungsnachweisen*“ sofortiger Ausscheidungsgrund ohne Nachbesserungsmöglichkeit
- Rechtswidrige Leistungsbeschreibung: z.B. Ausschluss italienischer Produkte
- Rechtswidrige Zuschlagskriterien: z.B. Bewertung „Firmensitz in Wien“ (Lokalpräferenz)



Beispiel: Nicht-Abgabe eines Kurz-LV als unbehebbarer Mangel

- Ausschreibung:
 - *„das Angebots-LV [ist] als Kurz-LV auszudrucken zu unterfertigen und dem unterfertigten Angebotsschreiben zusammen mit dem Datenträger, auf dem das nichtausgepreiste Lang-LV (im PDF Format, ungekürzt) enthalten ist, beizulegen.*
 - *Ist das dem Datenträger beizulegende, ausgepreiste Kurz-LV nicht rechtsgültig gefertigt, so führt dies zur Ausscheidung des Angebotes (unbehebbarer Mangel!).“*
- Angebot mit (ausgefüllten und rechtsgültig unterfertigten) Lang-LV, aber ohne Kurz-LV



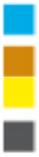
Wann muss angefochten werden? gesondert anfechtbare Entscheidungen

- Rechtsschutz nur gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinn des § 2 Z 15 BVergG 2018 – Beispiele:
 - sonstige Festlegung während Angebotsfrist (z.B. Berichtigung)
 - ▶ **Anfechtung binnen 10 Tagen ab Übermittlung!**
 - **Ausschreibung** (z.B. Ausschreibungsunterlagen, Teilnahmeunterlagen)
 - ▶ **Anfechtung binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebots-/Teilnahmefrist!**
 - sonstige Festlegung während Verhandlungsphase (im Verhandlungsverfahren)
 - Zuschlagsentscheidung etc.
 - ▶ **Anfechtung binnen 10 Tagen ab Übermittlung!**



Was kann man bei der **Zuschlagsentscheidung** in der Praxis also noch geltend machen?

- Falsche Anwendung der Zuschlagskriterien
- **sonstige Verfahrensfehler**, soweit nicht präkludiert
 - ggf. Befangenheit Bewertungskommission
- Zwingende Ausscheidung Angebot Bestbieter*in
 - zB **fehlende Eignung**, widersprechendes Angebot, spekulativer Preis etc.
- ...



- AG-Verpflichtungen iZm **Markterkundung**
- **Interessenkonflikt**
(insbes. Ausschluss AG-Mitarbeiter/Fachleute wegen **Befangenheit**)
Anmerkungen zu Kontakten zwischen AG und Bieter*innen
- Mögl. Ausschluss **Bieter** wegen **Vorarbeiten** oder einer Ausschreibung
- Ausschluss Bieter wegen
 - nicht „lösbarem“ Interessenkonflikt
 - unzulässigem Versuch der **Beeinflussung** der AG-Entscheidung
 - Versuch, **vertrauliche Informationen** zu erhalten
 - **Täuschung** AG in Zusammenhang mit der Eignung
 - Übermittlung irreführender Informationen zu entscheidungserheblichen Themen



Markterkundung und ihre Tücken – Transparenzgebot

- Auftraggeberin (AG) wollte Sicherheitsdienstleistungen beschaffen
- AG veröffentlichte Vorinformation und wies auf geplante **Markterkundung** und **Sondierungsgespräche** hin
- AG stellte im Vergabeverfahren keine Protokolle über Marktsondierungsgespräche zur Verfügung

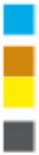
Verwaltungsgerichtshof (VwGH):

- Informationen über geplante Ausschreibung an Interessenten und Marktsondierungsgespräche **sind grundsätzlich erlaubt**
- **Aber:** **Geheimhaltung** der Ergebnisse der Sondierung (Protokolle) **widerspricht** den vergaberechtlichen Grundsätzen (**Transparenzgebot**).
- **Offenzulegen:** welche Informationen der Sondierungen sind in das Vergabeverfahren eingeflossen; woher stammen die Informationen



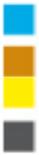
Eignungsnachweise Sachlichkeitsgebot (§ 80)

- Nachweise dürfen vom Unternehmer **nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt** ist.
- Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, darf der AG nicht verlangen



Wann ist ein Bieter „geeignet“?

berufliche Befugnis	Bieter darf Leistung erbringen (kraft Gesetz!)
berufliche Zuverlässigkeit	Kein Ausschlussgrund gem. §78 BVergG
finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	Ausreichende wirtschaftliche und finanzielle Mittel um Pflichten ggü AG, Dritten zu erfüllen
technische Leistungsfähigkeit	Bieter verfügt über Personal, Geräte und technische Erfahrung , um konkrete Leistung zeitgerecht ausführen zu können



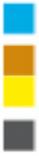
Mängel beim Nachweis der Eignung

Eignung fehlt im geforderten Zeitpunkt

- **zwingende Ausscheidung**
(= unbehebbarer Mangel)
- Bankerklärung nach Eignungszeitpunkt datiert
- Bloß mündliche Zusage über Verfügbarkeit einer Maschine
- aber auch: Eignung fällt nachträglich – vor Zuschlagserteilung – weg

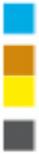
Bloß Nachweis der (vorhandenen) Eignung fehlt

- **verbesserbarer Mangel**
(= behebbarer Mangel)
- Nachreichen von im Angebot bereits genannter Referenz
- AG muss auf Grund vorgelegter Unterlagen davon ausgehen können, dass Eignung bereits zum geforderten Zeitpunkt vorgelegen ist



Welche Referenzgrößen darf AG verlangen?

- Die Forderung von Referenzen über Lieferleistungen in der Höhe der **Hälfte des Auftragswertes** ist angemessen. (BVA 8.7.2013, N/0038-BVA/10/2013-35)
- Bei einem Leistungszeitraum von 3 Jahren eine Leistungsmenge von 10 Jahren, die in den letzten 3 Jahren erbracht worden sein musste, zu verlangen, ist **unsachlich**. (VKS Wien 27.5.2010, VKS-4922/10)
- Wenn Auftragsvolumen die Wartung von **14.000** Handfeuerlöschern pro Jahr ist, ist eine Referenzgröße von **10.000** Wartungen pro Jahr sachlich gerechtfertigt. (VKS Wien 17.6.2010, VKS-4181/10)
- Bei einem Auftragswert von **2,3 Mio.** EUR stehen zwei vom AG festgelegte Referenzprojekte mit mind. **0,5 Mio.** EUR und eines mit mind. **1 Mio.** EUR in angemessener Relation zum Auftragswert. **Auch die Anzahl von insg. 3 Referenzen ist nicht überschießend.** (BVA 21.10.2009, N/0099-BVA/14/2009-29)



Einige typische Fallen bei Referenzen

- Eine **Bestätigung des Leistungsempfängers** über die Referenz zu verlangen ist (anders als bisher) **nicht mehr im BVergG vorgesehen** → wohl nicht zulässig (vgl. § 85 Abs 1 zum Inhalt der Referenz) → keine Pflicht mehr für öff Auftraggeber, Bestätigungen auszustellen.
- Die Festlegung des AG, dass bestimmte **Referenzen nur von öff AG** stammen dürfen, ist unsachlich. (VKS Wien 27.5.2010, VKS-4922/10)
- Die Überprüfungspflicht des AG umfasst gegebenenfalls auch **kleinste Referenzen** (in concreto 10.000) wenn der AG es verabsäumt hat, betragsmäßige Beschränkungen der einzelnen Referenzen nach unten vorzusehen (VKS Wien 13.3.2008, VKS-3/08)



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Matthias Öhler

Bartensteingasse 2, A-1010 Wien
Herrengasse 3-5, A-3100 St. Pölten
Hauptstraße 22a, A-7000 Eisenstadt
Neustadt 11, A-6800 Feldkirch
Tel.: +43 (1) 409 76 09
www.schramm-oebler.at
kanzlei@schramm-oebler.at

