



Neues im Vergaberecht – was Sie wissen sollten!

Vortrag SCWP Schindhelm

Linz, 19.07.2022

AUSTRIA BELGIUM BULGARIA CHINA CZECH REPUBLIC FRANCE
GERMANY HUNGARY ITALY POLAND ROMANIA SLOVAKIA SPAIN TURKEY

[scwp.com](https://www.scwp.com)

- Nachhaltigkeit und ESG-Kriterien in der Beschaffung
- Umgang mit Interessenkonflikten
- EuGH zur Höchstmenge bei Rahmenvereinbarungen
- OGH zur Haftung des Auftragnehmers bei Nichteinhaltung der Ausschreibungsbedingungen
- Neues aus der Judikatur zum Thema Nachreichen von Referenzen und Preisplausibilität
- Alternative Bauverträge als Vehikel in der aktuellen Krise

NACHHALTIGKEIT UND ESG IN DER BESCHAFFUNG

REGIERUNGSPROGRAMM 2020-2024



ESG UND NACHHALTIGKEIT

E	S	G
Environmental	Social	Governance
Energieeffizienz Umweltschutz Ressourcenschonung Klimaschutz Regionalität	Arbeitssicherheit Gesundheitsschutz Diversity Anti-Diskriminierung gesellschaftliches Engagement	Whistleblowing Unternehmenswerte Kontrollprozesse nachhaltiges Management Transparenz

Nachhaltigkeit

„Nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, die gewährt, dass künftige Generationen nicht schlechter gestellt sind, ihre Bedürfnisse zu befriedigen als gegenwärtig lebende.“
- Hauff 1987

Das Konzept der Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen ist sehr weitreichend und umfasst neben den ursprünglichen Ansätzen der Kreislaufwirtschaft und Materialeffizienz nunmehr sämtliche umweltbezogenen wie auch sozialen Aspekte.

RAHMENBEDINGUNGEN

Diverse Akte auf nationaler als auch auf EU-Ebene (nur teilweise auch normativer Charakter):

Österreich	EU
<ul style="list-style-type: none">• Entschließung des Nationalrates 24. November 2000:<ul style="list-style-type: none">- Schaffung eines einheitlichen Vergaberechts mit Berücksichtigung ua sozial- und umweltpolitischer Belange)• Beschluss Ministerrat betreffend Anwendung naBe vom 23.06.2021:<ul style="list-style-type: none">- Aktionsplan & Kernkriterien für die Beschaffung nachhaltiger Produkte und Leistungen („naBe“), Stand Juli 2021• Regierungsprogramm 2020-2024	<ul style="list-style-type: none">• Entwurf von Schlussfolgerung des Rats vom 17. Mai 2022 zur Entwicklung eines<ul style="list-style-type: none">– Rat - Entwurf zur Nachhaltigkeit.pdf– Anstrengungen zur Schaffung eines nachhaltigen Beschaffungswesens sollen beschleunigt und intensiviert werden• Mitteilung EK „Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen“, 2008<ul style="list-style-type: none">– Handbuch umweltorientierte Beschaffung, 3. Auflage 2016 https://ec.europa.eu/environment/gpp– Leitlinien „Öffentliche Auftragsvergabe zur Förderung der Kreislaufwirtschaft“, 2017• Verordnung (EG) Nr. 66/2010 über das EU-Umweltzeichen

BEISPIELHAFTE THEMENKREISE

- **Verordnung (EU) 2020/852 – Taxonomie Verordnung**
 - Regelungen zur Klassifizierung, ob eine Wirtschaftstätigkeit als ökologisch nachhaltig anzusehen ist.
 - Als ökologisch nachhaltig gilt eine Wirtschaftstätigkeit, wenn
 - sie einen Beitrag zur Verwirklichung eines oder mehrerer Umweltziele (Klimaschutz; Anpassung an den Klimawandel; die nachhaltige Nutzung und der Schutz von Wasser- und Meeresressourcen; der Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft; Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung; der Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme) leistet,
 - sie den anderen Umweltzielen keine signifikante Beeinträchtigung zufügt und
 - sie bestimmte Mindestkriterien und technische Bewertungskriterien (vgl. delegierte Rechtsakte) einhält.
- Taxonomie Compass der EU: https://ec.europa.eu/sustainable-finance-taxonomy/tool/index_en.htm
- **Lieferkettengesetz**
 - Deutschland: umgesetzt als Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (BGBl 2021 Teil I Nr. 46), welches am 01.01.2023 in Kraft tritt
 - EU-Ebene: Vorschlag der EU-Kommission vom 23.02.2022 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit
- **Sustainable Development Goals (SDGs) der Vereinten Nationen**
 - Agenda 2030 (17 Ziele für nachhaltige Entwicklung)

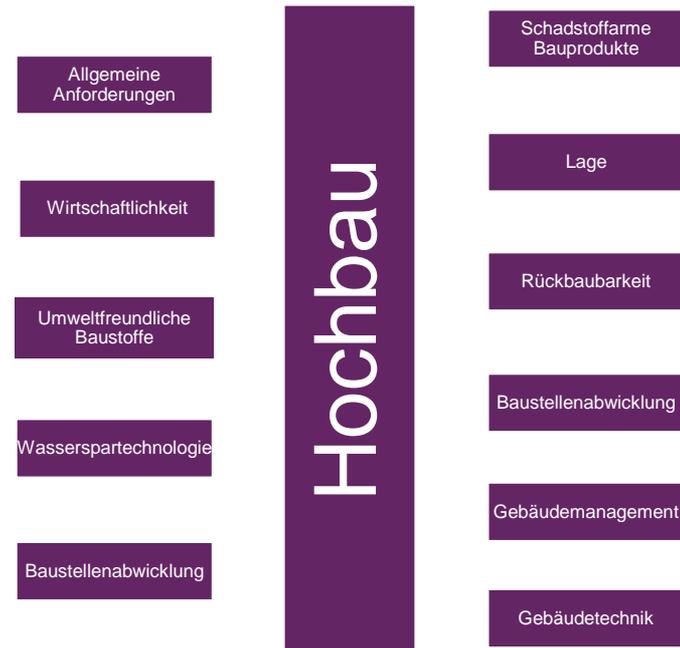
NACHHALTIGKEIT IM NATIONALEN VERGABERECHT I

- **Bundesvergabegesetz 1993**
 - Gebot der Bedachtnahme auf die „Umweltgerechtheit“ der Leistung
- **Bundesvergabegesetz 2002**
 - zusätzlich Ansätze von Nachhaltigkeit durch Berücksichtigung von umweltrelevanten Aspekten wie etwa Lebenszykluskosten
- **Bundesvergabegesetz 2006**
 - Umwelteigenschaften als zulässige Zuschlagskriterien
- **Bundesvergabegesetz 2018 (§ 20 Abs 5)**
 - *„Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtheit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz) oder des Tierschutzes bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.“*
- **Beabsichtigte Bundesvergabegesetz-Novelle 2022**
 - *Im Regierungsprogramm für die XXVII. Legislaturperiode wird der Bereich des Vergaberechts in verschiedenster Hinsicht angesprochen, insbesondere soll eine nachhaltige und innovationsfreundliche öffentliche Vergabe sichergestellt werden.*

NACHHALTIGKEIT IM NATIONALEN VERGABERECHT II

Aktionsplan & Kernkriterien für die Beschaffung nachhaltiger Produkte und Leistungen vom 23. Juni 2021

- <https://www.nabe.gv.at>
- Selbstverpflichtung des Bundes und Empfehlung der Anwendung für Länder
- enthält Kriterien für die Beschaffung von Produkten, Dienst- und Bauleistungen aus 16 Beschaffungsgruppen
- Beispiel Leistungsbeschreibung Gebäudetechnik (S. 107):
 - *„Als Heizsystem dürfen keine Systeme mit festen, flüssigen oder gasförmigen fossilen Brennstoffen (Öl- und Gasheizungen etc.) geplant und eingebaut werden.“*



NACHHALTIGKEIT IM NATIONALEN VERGABERECHT III

16 Beschaffungsgruppen:



NACHHALTIGKEIT IM NATIONALEN VERGABERECHT IV

Aktionsplan & Kernkriterien für die Beschaffung nachhaltiger Produkte und Leistungen – Kategorisierung der 16 Beschaffungsgruppen

Kategorie A	Kategorie B	Kategorie C
Büromaterial, kleinere Veranstaltungen, Hygienepapier, Kopier- und grafisches Papier, Lampen, Lebensmittel, Strom, Reinigungsmittel- und Dienstleistungen	Elektrogeräte, Fahrzeuge, Gartenbauprodukte- und Dienstleistungen, IT-Geräte, Möbeln, Textilien	Hochbau, Tiefbau

Beispiele für Zuschlagskriterien

- *„Zusätzliche Punkte können vergeben werden für Strom, der die Anforderungen des Österreichischen Umweltzeichens, Richtlinie 46 „Grüner Strom“, oder gleichwertige Anforderungen erfüllt“*
- *„Zusätzliche Punkte können vergeben werden für tierische Lebensmittel, die von Tieren stammen, bei deren Haltung anspruchsvollere Tierwohl-Kriterien berücksichtigt wurden, z. B. größere Gesamtflächen pro Tier.“*
- *„Zusätzliche Punkte können vergeben werden, wenn Bieter bei Leistungsbeginn ein zertifiziertes Umweltmanagementsystem entsprechend ISO 14001:2015252 oder EMAS253 implementiert haben.“*
- *„Zusätzliche Punkte können vergeben werden für Geräte, deren Akkumulatoren leicht mit Standardwerkzeug auswechselbar sind.“*

Wie kann Regionalität im Vergabeverfahren berücksichtigt werden?

- Grundsatz: mittelbare Berücksichtigung (Verbot der Diskriminierung beachten)
- Wahl des Verfahrens
 - Rahmenvereinbarung mit regionalen Unternehmen
 - Ausrichtung der Leistungsfähigkeit von KMU
 - Losregel
- Zuschlagskriterien
 - Mittelbare Berücksichtigung
 - z.B. Reaktionszeit für Reparaturen oder Transportkilometer
- Verschicken von Informationen an regionale Unternehmen
- BIEGE und Subunternehmer
- Zulassen von Alternativangeboten

Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz BGBl. I Nr. 163/2021

- Umsetzung der Richtlinie 2019/1161/EU über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge („Clean Vehicles Directive“)
- in Kraft getreten am 28.07.2021
- Sieht Kriterien vor, welche Fahrzeuge als „saubere Straßenfahrzeuge“ gelten
- Öffentlicher AG und Sektoren-AG hat bei der Beschaffung von Fahrzeugen gewisse Mindestquoten an sauberen Straßenfahrzeugen zu erfüllen (Bezugszeitraum)
 - leichtes Straßenfahrzeug (PKW) 38,5%
 - schweres Straßenfahrzeug Klasse N2 oder N3 (LKW) 10%
 - schweres Straßenfahrzeug Klasse M3 (Busse) 45%
- Sanktionssystem und Geldbußen (§ 9):
 - „für jedes vom Auftraggeber im Bezugszeitraum beschaffte bzw. eingesetzte nicht saubere Straßenfahrzeug, an dessen Stelle ein sauberes Straßenfahrzeug beschafft bzw. eingesetzt werden hätte müssen“ :
 - leichtes Straßenfahrzeug (PKW) EUR 25.000
 - schweres Straßenfahrzeug Klasse N2 oder N3 (LKW) EUR 125.000
 - schweres Straßenfahrzeug Klasse M3 (Busse) EUR 125.000

GREEN PUBLIC PROCUREMENT- KRITERIEN

Beispiele für GPP-Kriterien Straßenbau

- Leistungsanforderung:
 - *„Die Straßenentwässerungssysteme sind nicht an die Kanalisation anzuschließen. Das Entwässerungssystem muss Entwässerungskomponenten enthalten, die helfen, Sedimente und Feststoffe aus dem Regenwasser zu entfernen.“*
- Eignungs-/Auswahlkriterium:
 - *„Der Projektmanager, Ingenieure, Architekten, der Berater und/oder das Planungsteam müssen über relevante Kompetenz und Erfahrung beispielsweise im Bereich umweltverträglicher Baustoffe, Systeme zur Minderung des Straßenlärms und Bewertung der umweltbezogenen Qualität der Straße unter Verwendung von Multikriterienanalysen und Zertifizierungssystemen verfügen.“*
- Zuschlagskriterium:
 - *„Die Vergabebehörde vergibt Punkte an Bieter, bei denen der Anteil an Recyclingmaterialien und/oder Nebenprodukten gewichtsmäßig mindestens 15 % der Summe der in Tabelle [x] aufgeführten wesentlichen Straßenbauelemente ausmacht.“*

GEPLANTE NEUERUNGEN I

Bundesvergabegesetz-Novelle 2022

	aktuelle Fassung	geplante Neuerung
§ 20 (5) – klassischer Bereich §193 (5) - Sektorenbereich	Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz) oder des Tierschutzes bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.	Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit und Nachhaltigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz, Reduktion der Flächeninanspruchnahme, Priorität der Lebenszykluskosten) oder des Tierschutzes bei der Beschreibung der Leistung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.
§ 91 (4)	In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Die Ermittlung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgt aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.	In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Der Zuschlag ist grundsätzlich dem aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, das aufgrund des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien zu ermitteln ist. Ein Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis ist nur zulässig, sofern es sich um eindeutig und vollständig beschriebene, standardisierte Leistungen handelt. Der öffentliche Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Gründe für die zulässige Wahl des Zuschlages auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis darzulegen.

GEPLANTE NEUERUNGEN II

	aktuelle Fassung	geplante Neuerung
§ 91 (5)	<p>Der Zuschlag ist bei der Vergabe folgender Leistungen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen:</p> <ol style="list-style-type: none">1. bei Dienstleistungen – insbesondere bei geistigen Dienstleistungen –, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen, oder2. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder3. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 Million Euro beträgt, oder4. wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges handelt, oder5. wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege einer Innovationspartnerschaft handelt.	<p>Bei der Vergabe folgender Leistungen hat der öffentliche Auftraggeber qualitätsbezogene umweltgerechte, nachhaltige oder soziale Aspekte im Sinne des § 20 Abs. 5 und 6 bei der Beschreibung der Leistung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen und in den Ausschreibungsunterlagen gesondert als solche zu bezeichnen:</p> <ol style="list-style-type: none">1. bei Dienstleistungen – insbesondere bei geistigen Dienstleistungen – die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen, oder2. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 Million Euro beträgt, wobei hier jedenfalls ökologische Aspekte zu berücksichtigen sind, oder3. bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, oder4. bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999, wobei hier soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, oder5. bei der Beschaffung von Lebensmitteln, oder6. bei Gebäudereinigungsdienstleistungen, oder7. bei Bewachungsdienstleistungen.

GEPLANTE NEUERUNGEN III

	aktuelle Fassung	geplante Neuerung
§ 262 (3) - Sektorenbereich	In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Sektorenauftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Die Ermittlung des aus der Sicht des Sektorenauftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgt aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.	In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Der Zuschlag ist grundsätzlich dem aus der Sicht des Sektorenauftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, das aufgrund des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien zu ermitteln ist. Ein Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis ist nur zulässig, sofern es sich um eindeutig und vollständig beschriebene, standardisierte Leistungen handelt. Der Sektorenauftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Gründe für die zulässige Wahl des Zuschlages auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis darzulegen.
§ 262 (5)/(4)- Sektorenbereich	Bei der Vergabe folgender Leistungen hat der Sektorenauftraggeber qualitätsbezogene Aspekte im Sinne des § 193 bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen und in den Ausschreibungsunterlagen gesondert als solche zu bezeichnen: 1. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder 2. bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, oder 3. bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem ÖPNRV-G 1999, wobei hier soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, oder 4. bei der Beschaffung von Lebensmitteln, oder 5. bei Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen.	Bei der Vergabe folgender Leistungen hat der Sektorenauftraggeber qualitätsbezogene umweltgerechte, nachhaltige oder soziale Aspekte im Sinne des § 193 Abs. 5 und 6 bei der Beschreibung der Leistung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen und in den Ausschreibungsunterlagen gesondert als solche zu bezeichnen: 1. bei geistigen Dienstleistungen, oder 2. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 10 Million Euro beträgt, wobei hier jedenfalls ökologische Aspekte zu berücksichtigen sind, oder 3. bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, oder 4. bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem ÖPNRV-G 1999, wobei hier soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, oder 5. bei der Beschaffung von Lebensmitteln, oder 6. bei Gebäudereinigungsdienstleistungen, oder 7. bei Bewachungsdienstleistungen.

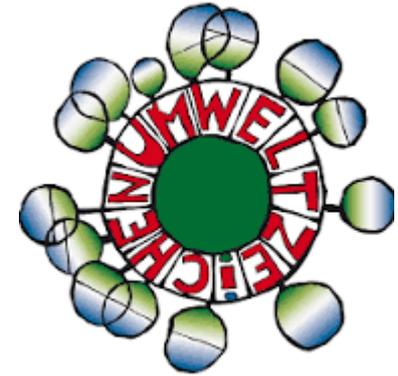
GEPLANTE NEUERUNGEN IV

	aktuelle Fassung	geplante Neuerung
§ 93 (3) vgl. §264 (3) - Sektorenbereich	Derzeit noch nicht vorhanden	Der öffentliche Auftraggeber hat in der Ausschreibung, soweit vorhanden und sachgerecht, zumindest die Anforderungen von zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens anwendbaren Österreichischen Umweltzeichen zu berücksichtigen.

BEISPIEL UMWELTZEICHEN

Österreichisches Umweltzeichen

- Staatliches Gütesiegel für ökologische Wirtschaft
- Zuständig: Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK), Antrag einzureichen beim VKI
(vgl. <https://www.umweltzeichen.at/de/home/start>)
- Zertifizierung von Produkten und Dienstleistungen anhand von Richtlinien (Prüfung durch qualifizierte Prüfstelle → Erhalt eines Zeichennutzungsvertrags, Listing auf Website des Umweltzeichens)
- Sektoren Produkte, Tourismus, Bildung (zB möglich bei Bildungseinrichtungen, Matratzen, Schuhen, Fußbodenbelägen, Heizungen, Dämmsystemen, Strom, Transportsystemen, Schmierstoffen, Düngemitteln etc)



UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

Rechtslage BVergG:

Vermeidung von Interessenkonflikten

§ 26. (1) *Der öffentliche Auftraggeber hat geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergebenden Interessenkonflikten zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Unternehmer zu gewährleisten.*

(2) *Ein Interessenkonflikt liegt jedenfalls dann vor, wenn Mitarbeiter eines öffentlichen Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.*

UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

„Interessenkonflikt“

- Jedenfalls, sofern Mitarbeiter eines AG oder einer vergebenden Stelle, die an Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit beeinträchtigen könnte
- *Mitarbeiter*: weit auszulegen – zB. Personen in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum AG, sonstige Organe und Personen des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums, aber auch externe Dienstleister wie Ziviltechniker oder Rechtsanwälte, sofern diese im Namen des Auftraggebers handeln.
- *Beteiligung an oder Möglichkeit des Einflusses auf Ausgang des Verfahrens*: insb. Sachbearbeiter und Entscheidungsträger (zB. auch Bewertungskommission)
- *Möglichkeit der Beeinträchtigung der Unparteilichkeit*: Begriff des „Interesses“ beinahe uferlos.
- Auslegungshilfe für „sonstiges persönliches Interesse“ – EU-Haushaltsordnung (2018/1046)
- § 26 BVergG als Gefährdungsverbot mit dem Ziel der Verhinderung (Entstehung) einer Gefahrensituation – tatsächliche Verwirklichung der Gefahr ist nicht erforderlich

UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

Beispiele für Vorliegen eines Interessenkonflikts:

- Eine Person besitzt Anteile an einem Unternehmen, das sich an einer Ausschreibung beteiligt, und gehört gleichzeitig dem Bewertungsausschuss an.
- Der Ehepartner eines für ein Vergabeverfahren zuständigen Sachbearbeiters arbeitet bei einem Bieter in leitender Position.
- Der Geschäftsführer des öffentlichen Auftraggebers und ein Mitarbeiter des Bieters sind beide Funktionsträger derselben politischen Partei.
- BVA vom 23.12.2010, N/0095-BVA/08/2010-90: Kontakt des mit der Durchführung der Ausschreibung beim öffentlichen Auftraggeber betrauten Mitarbeiters mit einer Bieterin im Zuge der Erstellung der Fragen für das Bewertungshearing als „beratende Beziehung“ der Repräsentanten dieses Bieters; „Befangenheit“ des Mitarbeiters; Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Verfahrens ausschlaggebend, da Bewertung „bietersturzrelevant“.

Beispiele für Nichtvorliegen eines Interessenkonflikts:

- BGH vom 03.06.2020, XIII ZR 22/19: Organmitglied des öffentlichen Auftraggebers ist mit Mitarbeiter eines Bieters verheiratet. -> „schwacher“ Interessenkonflikt; gelindere Mittel verfügbar

UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

BGH 12.10.2021, EnZR 43/20

- Deutsche Stadt Bargteheide schrieb die Vergabe des kommunalen Wegenetzes zur leitungsgebundenen Energieversorgung aus
- Bieter des Vergabeverfahrens war unter anderem eine Eigengesellschaft der Stadt; der GF der Eigengesellschaft war parallel dazu in leitender Position der Stadt tätig. Die Sachbearbeiterin im Vergabeverfahren unterstand diesem unmittelbar
- Ergebnis des Vergabeverfahrens: Vergabe an Eigengesellschaft - Klage eines unterlegenen Bieters gg diese Entscheidung

Rechtliche Beurteilung

- Interessenkonflikt vorliegend! Keine organisatorische und personelle Trennung zwischen Vergabestelle und der Eigengesellschaft
- Informationsaustausch außerhalb des Vergabeverfahrens zwischen Vergabestelle und der Eigengesellschaft hätte mittels vollständiger Trennung der Organisationsstruktur verhindert werden müssen („chinese walls“)
- Bloßes Fernbleiben von Sitzungen ist nicht ausreichend

UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

- AG hat geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung zu ergreifen
 - Vorbeugende Aufklärungskampagnen des AG über Meldepflichten
 - Einrichtung eines Compliance-Systems, eines internen Revisions- oder Controlling-Systems
 - Anonyme Meldesysteme betreffend Verdachtsfälle
 - Einholung von Unparteilichkeitserklärungen / Offenlegung von Geschäftsbeziehungen mit (potentiellen) Bietern
 - Neudurchführung von Teilen des Vergabeverfahrens (zB. des Bewertungsverfahrens)
 - Personelle Durchgriffsrechte (Suspendierungen, Versetzungen usw)
 - ultima ratio: Ausschluss des Unternehmens

UMGANG MIT POTENTIELLEN INTERESSENKONFLIKTEN

Fazit:

- Auslegungshilfen:
 - Leitfaden EK „Aufdeckung von Interessenkonflikten in öffentlichen Vergabeverfahren für Strukturmaßnahmen“ der EK (OLAF)
 - Bekanntmachung der Kommission „Leitlinien zur Vermeidung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten gemäß der Haushaltsordnung“ als Auslegungshilfen
- Grundsätzliches weites Verständnis durch bewusst offen gehaltene Definition des Begriffs
- Vermeidung von ausufernder Interpretation durch Eingrenzung erforderlich – Ziel: Schutznorm zur Gewährleistung eines unverfälschten und transparenten Wettbewerbs im Vergabeverfahren
- Ausschlussgrund gem. §78 Abs 1 Z 7 BVergG

EUGH ZUR HÖCHSTMENGE BEI
RAHMENVEREINBARUNGEN –
RS C-23/20, *SIMONSEN & WEEL*

Ursprungsentscheidung: EuGH C-216/17, *Antitrust und Coopservice*

- Verpflichtende Angabe einer Höchstmenge der abrufbaren Leistungen erforderlich (basierend auf Richtlinie 2004/18/EG)
- Verlust der Wirkung einer Rahmenvereinbarung bei Erreichen dieser Höchstmenge

Entscheidung EuGH Rs C-23/20, *Simonsen & Weel*

- Zwei dänische Regionen führten ein off. Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über den Erwerb von Ausrüstung für künstliche Ernährung durch (Lieferauftrag)
- Bekanntmachung: keine Angabe einer Schätzmenge oder eines Schätzwert noch einer Höchstmenge oder eines Höchstwerts
- Zuschlagsentscheidung zugunsten *Nutricia*; dagegen erhob *Simonsen & Weel* Beschwerde beim dänischen Gericht; dieses legte den Fall dem EuGH vor
- Vorlagefragen:
 - Verstößt es gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz, wenn AG nicht die geschätzte Menge oder den geschätzten Wert der RV angeben?
 - Sind AG auch bezogen auf die neue VergabeRL verpflichtet, eine Höchstmenge anzugeben?

Entscheidung EuGH:

- Allein der Wortlaut der anwendbaren vergaberechtlichen Bestimmungen lässt keinen eindeutigen Schluss darüber zu, ob in einer Bekanntmachung die Schätzmenge/-wert und/oder Höchstmenge/-wert anzugeben sind.
- Im Hinblick auf die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz ist es jedoch erforderlich, dass entsprechende Angaben gemacht werden
- Verweis auf Entscheidung *Antitrust und Coopservice* zur alten Rechtslage, wonach AG unbedingt die Gesamtmenge – und daher die Höchstmenge und/oder den Höchstwert – angeben muss
- Bieter hat Interesse an Bekanntgabe, da er auf Grundlage dieser Schätzung seine Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung beurteilen kann

Fazit:

- Für AG sind sowohl die Angabe einer Höchstmenge und/oder eines Höchstwerts als auch die Angabe einer Schätzmenge und/oder eines Schätzwerts verpflichtend
- Mit Erreichen der maximalen Höchstmenge oder des maximalen Höchstwerts endet die Rahmenvereinbarung automatisch – eine Beendigung ist nicht erforderlich
- Die Höchstmenge und/oder der Höchstwert und die Schätzmenge und/oder der Schätzwert sind als Gesamtmenge oder Gesamtwert anzugeben. Bloße Teilangaben sind nicht ausreichend. Die Aufnahme zusätzlicher Anforderungen und Aufgliederung ist hingegen zulässig.
- Die Höchstmenge und/oder der Höchstwert und die Schätzmenge und/oder der Schätzwert sind entweder in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben
- **Auswirkungen auf die Praxis?**
 - Bei Vergabeverfahren zum Abschluss von RV - Angabe von Höchstmenge/-wert und Schätzmenge/-wert in AU oder Bekanntmachung jedenfalls empfohlen
 - Vorsicht bei Festlegung der Höchstmenge/des Höchstwerts im Hinblick auf automatische Beendigung der RV

HAFTUNG DES PRÄSUMTIVEN ZUSCHLAGSEMPFÄNGERS BEI NICHTERFÜLLUNG VON AUSSCHREIBUNGSKRITERIEN

HAFTUNG BEI NICHTERFÜLLUNG VON AUSSCHREIBUNGSKRITERIEN

Kann es zu einer Haftung des präsumtiven Zuschlagsempfänger gegenüber dem Auftraggeber kommen, wenn die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt werden?

- Schadenersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten (culpa in contrahendo)
- Grundsätzlich Ersatz des Vertrauensschaden: der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er auf das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses von vornherein nicht vertraut hätte (→ Vertrauensinteresse)
 - Im Rahmen von Vergabeverfahren zB Aufwendungen für die Angebotsprüfung durch den AG
- Ersatz des Nichterfüllungsschadens nur dann, wenn Vertrag ohne die Pflichtverletzung zustande gekommen wäre
 - Im Rahmen eines Vergabeverfahrens bestünde dann ein Schaden in Höhe der Differenz, die dem öff. AG durch eine Deckungsbeschaffung (Vergabe des Auftrages an „teurere“ Bieter) entsteht

Sachverhalt:

- Ausschreibung zum Abschluss eines Rahmenvertrags für Garagentore, Schranken- und Parkanlagen in den Objekten der Stadt Wien – Wiener Wohnen – Wartungs- und Reparaturarbeiten von Toren, Schranken- und Parkanlagen in mehreren Losen
 - Sicherstellung als Bedingung für Zuschlagserteilung: Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten sich die Bieter dazu verpflichtet, auf schriftliche Aufforderung des Auftraggebers binnen 14 Kalendertagen ein Sicherstellungsmittel nach dem Muster der Stadt Wien beim Auftraggeber zu hinterlegen
 - Bei nicht rechtzeitiger Hinterlegung des Sicherstellungsmittels kann die Zuschlagsentscheidung widerrufen werden und zugunsten des nächstgereihten Bieters ergehen
- Beklagte (Zuschlagsempfängerin) wurde über Zuschlagserteilung informiert und zur Bankgarantie aufgefordert, konnte Bankgarantie aber nicht vorlegen
- Klägerin (Auftraggeberin) teilte das Ausscheiden des Angebots mit, da die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllt wurden

Sachverhalt:

- Es kam zur neuerlichen Zuschlagserteilung an andere (teurere) Bieter – Deckungskauf führte zu Mehrkosten der Klägerin (AG)
- Klage auf Zahlung der entstandenen Mehrkosten sowie auf Feststellung der Haftung für alle künftigen Mehrkosten
- Erstgericht: Teilweise Klagsstattgebung
 - schuldhafter Verstoß der Beklagten gegen die Verpflichtung zur Legung einer Bankgarantie
 - Kausalität für zusätzliche Verwaltungs- und Mehrkosten gegeben
- Berufungsgericht: Abweisung der Klage
 - das in der Ausschreibung geforderte Sicherungsmittel war nicht vom BVergG 2006 gedeckt

Entscheidung OGH:

- Es kam kein Vertrag zwischen den Streitparteien zustande – ABER vorvertraglich Sorgfaltspflichten sind auch im Vergabeverfahren auf das Verhältnis zwischen Ausschreibendem und Bietern anzuwenden (cic)
- Bieter erklärt mit der Abgabe seines Angebots, dass er die Bestimmungen der Ausschreibung kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet
- Kein Ersatz des Erfüllungsinteresses, wegen Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens
 - Rechtmäßiges Alternativverhalten: Beklagte hätte kein Angebot abgegeben, wenn Ausschreibungskriterien nicht erfüllt werden können
 - Aber: Klägerin hätte auch ohne Angebot der Beklagten den Zuschlag den teureren Bietern erteilt und dadurch Mehrkosten erlitten
- In casu lediglich Ersatz des Vertrauensschaden, wegen rechtswidriger und schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen durch Beklagten
 - Scheitern der Beibringung der Bankgarantie lag alleine in Sphäre der Beklagten – schuldhafte Verletzung

Praxistipps:

- Die AG müssen sich darüber bewusst werden, dass sie, wenn sie Schäden durch Bieter erleiden, Ansprüche gegen diese haben.
- AG sollten die Bieter auch darüber aufklären, dass sie schadenersatzpflichtig werden können und zwar auch bereits im vorvertraglichen Stadium (vor Zuschlagserteilung).
- Schadenersatzansprüche von Auftraggeberinnen gegen Bieterinnen benötigen kein Feststellungserkenntnis. Das für Ansprüche von Bieterinnen gegenüber öffentlichen Auftraggeberinnen erforderliche rechtskräftige Feststellungserkenntnis des Verwaltungsgerichts als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage gilt nur in eine Richtung.
- Für die Bieter ist es ratsam, dass sie sich vor Stellung eines Angebotes mit den Ausschreibungskriterien sorgfältig auseinandersetzen, da sie mit Konsequenzen rechnen müssen, wenn nach Angebotsstellung die Kriterien für die Zuschlagserteilung nicht erfüllt werden können.

PREISPLAUSIBILITÄT

PREISPLAUSIBILITÄT – ALLGEMEINE PRÜFUNG

Allgemeine Preisangemessenheitsprüfung:

- Untersucht wird die Höhe der angebotenen Preise, nicht aber die Kalkulation oder die preisbildende Motivation der Bieter
 - Die Beurteilung der Preisangemessenheit ist noch keine vertiefte Angemessenheitsprüfung. Sie ist eine "Außenschau" auf die Preise, im Gegensatz zur vertieften Angebotsprüfung, die dann die "Innenschau" ist und sich auf die Kalkulation der Preise bezieht
- Ist der angebotene Preis angemessen → Zuschlag kann erteilt werden
- Ist der angebotene Preis unangemessen → vertiefte Angebotsprüfung
- Geprüft wird, ob ein Fall des § 137 Abs 2 BVergG 2018 vorliegt:
 - Ungewöhnlich niedriger Preis – wird idR über Abweichungen zur Auftragswertschätzung des AG und Gesamtpreisen der Mitbieter begründet
 - Zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen – Abweichungen bis zu 19% erfordern laut VwGH keine vertiefte Angebotsprüfung (VwGH 2004/04/0090)
 - Sonstige begründete Zweifel an Preisangemessenheit – Auffangtatbestand. ZB für zu hohe oder niedrige Einheitspreise in unwesentlichen Positionen
- Dokumentation iSd § 140 Abs 1 BVergG 2018 erforderlich
 - Begründung, warum eine vertiefte Angebotsprüfung eingeleitet wurde bzw warum eine vertiefte Angebotsprüfung ausblieb

PREISPLAUSIBILITÄT – VERTIEFTE PRÜFUNG

Vertiefte Angebotsprüfung:

- Tatbestand des § 137 Abs 2 BVergG 2018 wurde erfüllt
- Feststellung der Preisangemessenheit durch betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit
- Berücksichtigung des gesamten Erklärungsvorbringens des Bieters inkl Kalkulation
- Zu prüfen ist gem § 137 Abs 3 BVergG 2018:
 - Sind im Preis alle zuordenbaren Kosten enthalten? – Kostendeckung muss vorliegen (zumindest teilweise)
 - Sind die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar?
 - Sind die Personalkosten in Hinsicht auf die KollV nachvollziehbar? – K3-Blatt
 - Sind Einheits-, Pauschal- oder Regiepreis für höherwertige Leistungen höher angeboten als für geringerwertige?
 - Ist die Aufgliederung der Preise aus Erfahrung erklärbar?
- Kann eine nachvollziehbare betriebswirtschaftliche Erklärung der Preisgestaltung gefunden werden, wozu auch die Erfahrungswerte zählen (VwGH 16.05.2018, Ra 2017/04/0152; aber bloßes „Gespür“ zu wenig BVwG 05.02.2020, W 120 2226204-2/27E), wird ein unangemessener Preis zu einem angemessenem Preis → Zuschlag möglich!
- Ist der Preis nach vertiefter Prüfung unangemessen, ist Angebot auszuschneiden.

PREISPLAUSIBILITÄT – NULL-POSITIONEN ZULÄSSIG?

EuGH 10.09.2020, RS C-367/19

- Gesamtpreis des Angebots der Bieterin betrug null Euro
- AG schied Angebot aus, weil in Widerspruch zu den Vergabebestimmungen
- EuGH entschied:
 - Ausscheiden erfolgte zu Unrecht!
 - Art 2 Abs 1 Nr. 5 der RL 2014/24 kann keine Rechtsgrundlage sein, auf die die Ablehnung eines Angebots mit vorgeschlagenem Preis von null Euro gestützt werden kann
 - Gesamtpreis iHv null Euro ist ungewöhnlich niedriger Preis iSd Art 69 RL 2014/24
 - Öffentlicher AG muss bei einem ungewöhnlich niedrigen Preis den Bieter zur Abgabe von Erläuterungen auffordern → nur weil Preis null Euro beträgt, darf Angebot nicht automatisch abgelehnt werden
 - Ablehnung nur, wenn Preise nicht zufriedenstellend erklärt werden können
- Fazit der Entscheidung :
 - Wird Null-Position angeboten, ist Plausibilität dennoch zu prüfen
 - Die Bieterin ist zur Erläuterung der Null-Position aufzufordern
 - Der Zugang zu einem neuen Markt oder zu Referenzen kann eine geeignete Rechtfertigung für Null-Position sein

PREISPLAUSIBILITÄT – NULL-POSITIONEN ZULÄSSIG?

Gold-Plating

- Überschießende Umsetzung von Richtlinien in der EU durch die Mitgliedstaaten iSe Überregulierung zulasten der nationalen Rechtsordnung
- Die österreichische Herangehensweise in Bezug auf die Nachvollziehbarkeit der Kalkulation bei Angeboten geht über die Anforderungen auf EU-Ebene hinaus
 - Auf Bundesebene gilt ein auffallend formalistischer Zugang – bei Null-Positionen wird rasch auf Widerspruch zu Ausschreibung geschlossen
 - Landes-Vergabekontrollbehörden sehen immer wieder die Möglichkeit der Plausibilisierung von Null-Positionen (insbesondere iZm Preisverschiebungen)
 - Höchstgerichtliche Rsp fehlt

BVwG 20.02.2014, W138 2000166-1 (Bsp für strengen Zugang)

- Anbieten einer Reihe von Positionen des Leistungsverzeichnisses mit null Euro weist schon für sich allein genommen in Richtung spekulative Preisgestaltung
- Wenn spekulative Preisgestaltung, dann Ausscheiden des Angebots § 141 Abs 1 Z 3 BVergG

PREISPLAUSIBILITÄT – LVWG-840248/22/KPE / LVWG-840248/11/KPE – HOHER NACHLASS AUF GESAMTPREIS

Sachverhalt:

- Ausschreibung eines Bauauftrages Deck- und Tragdeckschichten für Güterwege in mehreren Losen (nicht offenes Verfahren im USB)
 - Zuschlag soll an das Unternehmen mit dem niedrigsten Gesamtpreis gehen
- Einladung zur Angebotsstellung an sechs geeignete Unternehmen
- AG hat die Angebote geprüft – Innerhalb Stillhaltefrist Nachprüfungsantrag hinsichtlich mehrerer Lose durch den jeweils zweitgereihten Bieter
- Nachprüfungswerber behauptet, Preis des präz. Zuschlagsempfängers sei nicht angemessen → ungewöhnlich niedrig
 - Preisnachlass iHv 46% auf Gesamtpreis
 - Preisdifferenz zum Angebot des Zweitgereihten rund 50%
- Laut Nachprüfungswerber hat der AG keine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen

PREISPLAUSIBILITÄT – LVWG-840248/22/KPE / LVWG- 840248/11/KPE

Entscheidung des LVwG:

- Angebote wurden ausreichend geprüft, keine Zweifel an der Angemessenheit des Preises des präs. Zuschlagsempfängers
- Kostendeckung wurde festgestellt
- Ein besonderes Interesse an einem Auftrag ist eine zulässige betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Erklärung
- Im Rahmen der Preisprüfung festgestellte bloße Unterdeckung berührt lediglich die geschützten Interessen des öffentlichen AG (Art 69 RL 2014/24)
- Soweit Unterdeckung betriebswirtschaftlich nachvollziehbar ist und die Leistungen auf Basis der wirtschaftlichen und finanziellen Lage auch erbracht werden kann, ist AG nicht zum Ausscheiden berechtigt
- Daher Abweisung des Nachprüfungsantrages

Praxistipps:

- Leistungsbeschreibung so genau wie möglich
 - Obliegt die Erstellung der Leistungsbeschreibung dem öffentlichen AG, so ist sie so genau wie möglich zu erstellen – dadurch wird der vorhandene Interpretationsspielraum für Bieter kleiner und die Einheitspreise lassen sich untereinander besser vergleichen.
- Überprüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit
 - Im Allgemeinen müssen Bieter die finanzielle Leistungsfähigkeit bereits im Zuge der Eignungsprüfung nachweisen. Es sollte bereits nach der Überprüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit feststehen, dass nur ein minimales Ausfallrisiko des Bieters besteht und der Bieter die Leistung erbringen kann.
- Deutliche Reduktion der Komplexität der Preisprüfung
 - Geht man davon aus, dass die Leistungsbeschreibung so genau wie möglich erstellt wurde und das Ausfallrisiko der Bieter bereits durch die Überprüfung der Eignungskriterien als minimal eingeschätzt werden kann, wird sich die Komplexität der Preisprüfung deutlich reduzieren. Erstens wird dadurch das Spekulationspotential drastisch eingeschränkt und zweitens entfällt eine allfällige Prüfung der Kostendeckung. Außerdem würden sich Fälle von Lohn- und Sozialdumping leichter aufspüren lassen, da sich Ausreißer bei den Einheitspreisen leichter aufspüren lassen.

NACHREICHUNG VON REFERENZPROJEKTEN
ZULÄSSIG?

NACHREICHUNG VON REFERENZPROJEKTEN ZULÄSSIG?

- §138 BVergG 2018: Auftraggeber muss mangelhafte Angebote bei Unklarheiten vom Bieter aufklären lassen
- Differenzierung behebbarer/unbehebbarer Mangel (Faustregel gemäß der sehr kasuistischen Judikatur des VwGH)
 - Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung die Möglichkeit einer nachträglichen inhaltlichen Änderung eines Angebots (im offenen und nicht offenen Verfahren) durchwegs verneint. Nach der Rsp des VwGH zu behebbaren bzw. unbehebbaeren Mängeln ist zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand fehlt (diesfalls liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall ist der Mangel behebbar; VwGH 04.07.2016 Ra 2016/04/0015, VwGH 11.11. 2015, Ra 2015/04/0077)
- Nichtvorliegen der Eignung zum relevanten Zeitpunkt ist nicht verbesserbar (unbehebbarer Mangel) → Ausscheiden des Angebots
- Fehlender Nachweis der Eignung zum relevanten Zeitpunkt ist verbesserungsfähig (behebbarer Mangel) → Einleitung Mängelbehebungsverfahren

Sachverhalt:

- VvB zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Verkehrsdienstleistungen in 3 Losen
- Die Revisionswerberin hat einen Teilnahmeantrag für alle 3 Lose abgegeben und für jedes der 3 Lose dieselben zwei Referenzen vorgelegt. Eine dritte Referenz wurde nicht vorgelegt.
- In den bestandsfest gewordenen Teilnahmeunterlagen wurde festgelegt, dass ein Bieter für jedes Los, für das er einen Teilnahmeantrag abgibt, eine Referenz vorzulegen hat. In den Ausschreibungsunterlagen zum Teilnahmeantrag wird dafür ein Beispiel angeführt, aus dem sich eindeutig ergibt, dass, wenn ein Teilnahmeantrag für drei Lose abgegeben wird, drei unterschiedliche Referenzen abzugeben sind. Darüber hinaus wurde auch in der Fragebeantwortung nochmals darauf hingewiesen.
- Die Referenzen dienen als Nachweis dafür, dass der Bewerber die technische Leistungsfähigkeit besitzt, um die in den einzelnen Losen geforderte Leistung zu erbringen. Außerdem werden die Referenzen als Auswahlkriterium bei der Auswahl jener Bewerber herangezogen, die für das jeweilige Los ein Angebot legen sollen.

Entscheidung VwGH:

- Durch die Zuordnung der Referenzen zu bestimmten Losen hätte es der Auftraggeber in der Hand, die Chance der Antragsteller, zur Angebotslegung ausgewählt zu werden und den Auftrag zu erhalten, entscheidend zu beeinflussen, wodurch die Gleichbehandlung der Bewerber gefährdet wäre
- Wäre hinsichtlich der Referenzen ein Aufklärungsersuchen erfolgt, hätte die Revisionswerberin einen Wettbewerbsvorteil gehabt. Sie hätten erst nach Ablauf der Teilnahmefrist eine Entscheidung darüber treffen müssen, welche Referenz für welches Los gilt, oder allenfalls eine weitere neue Referenz vorlegen können
- Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu verstehen
- Ein allfälliger Wettbewerbsvorteil eines Bieters oder Bewerbers kann nicht nur in einem „Preisvorteil“ bestehen (bereits VwGH 05.10.2016, Ra 2015/04/0002, Rn. 9, wonach nicht nur Änderungen in Bereichen, die für die Bewertung des Angebots ausschlaggebend sind, als unbehebbarer Mängel qualifiziert werden können)

Fazit der Entscheidung:

- Bestätigung der bisherigen Rsp, wonach mangelhafte Referenzen, die bei der Auswahlprüfung berücksichtigt werden sollen, nicht nachgereicht werden dürfen
- Konkretisierung der bisherigen Rsp dahingehend, dass es einen nicht verbesserbaren Mangel darstellt, wenn die vorgelegten (auswahlrelevanten) Referenzen keinem bestimmten Los zugeordnet sind
- Wohl aber keine Änderung der bisherigen Rsp durch die Entscheidung
 - betreffend Nachreichung von Eignungsreferenzen, die auch weiterhin zulässig sein werden, sofern Eignung zum relevanten Zeitpunkt vorliegt
 - aufgrund Größenschlusses wird man auch eine nachträgliche Referenzzuordnung als zulässig erachten müssen

ALTERNATIVE BAUVERTRÄGE ALS VEHIKEL IN DER AKTUELLEN KRISE

WAS SIND ALTERNATIVE MODELLE

Grundsätze der verschiedenen Modelle

Einheitspreisvertrag	Alternative Modelle
<ul style="list-style-type: none">▪ Vertragsbasis idR ÖNORM B 2110 und B 2118▪ Konstruktive LB (Leistungsverzeichnisse)▪ Einheitspreise pro Teilleistung▪ Abrechnung nach tatsächlichen Mengen▪ Klassische Ausschreibungsmodelle:<ul style="list-style-type: none">– Dienstleistungen (Planung, ÖBA, BK etc) werden vom AG gesondert von den Bauleistungen vergeben– Bauleistungen als Einzelvergaben (Gewerke) auf Basis der Ausführungs- bzw. Ausschreibungsplanung, Teil-GU bzw. GU▪ Leistungsänderungen („Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“)▪ Für Standardprojekte (planbar und beschreibbar) gut geeignet▪ hohe Akzeptanz in Baupraxis	<ul style="list-style-type: none">▪ gemeinsame Risikosphäre („risk-sharing“)▪ hohe Kostentransparenz (open-book-Basis)▪ Vergütung auf Basis der tatsächlichen Kosten▪ vertragliche Anreizsysteme (bonus-malus; Zielkosten)▪ Mechanismen zur Konfliktlösung- und Konfliktvermeidung vertraglich geregelt (Eskalationsebenen; Schiedsgutachten bzw. Schiedsverfahren)▪ tendenziell funktionale Leistungsbeschreibung▪ flexible Projektgestaltung▪ flexible Abwicklung von Zusatzleistungen▪ Integrative Zusammenarbeit der Projektpartner („Partnering“)▪ Planung als Teil der Partnerschaft▪ Für dynamische und komplexe Projekte

ARTEN VON ALTERNATIVEN BAUVERTRÄGEN I

Alternative Modelle - Ausgestaltung und Charakteristika

Generalunternehmer plus („GU+“)	Totalunternehmer („TU“)
<ul style="list-style-type: none">▪ GU+ übernimmt neben Ausführungsleistungen ab Einreichung (Baubewilligung) auch Planung (Ausführungsplanung)▪ Einbringung Know-How des AN zur optimierten Umsetzung (uU auch frühzeitigere Einbindung)▪ idR Pauschalpreis▪ Vertragsbasis: Werksvertragsnormen und/oder ABGB▪ funktionale Leistungsbeschreibung (Bauherr legt Leistungs- und Funktionsanforderungen fest)▪ hohe Kosten- und Terminalsicherheit	<ul style="list-style-type: none">▪ Ähnlich GU+, nur noch frühzeitigere Einbindung▪ Leistungsumfang sämtliche Planungs- und Ausführungsleistungen▪ Beauftragung auf Basis Vorentwurf bzw. Entwurf▪ Erfordernis klarer Projektziele▪ Verantwortung für behördliche Genehmigungen festzulegen▪ viele Schnittstellen entfallen▪ Funktions-, Mengen- und Vollständigkeitsrisiko auf AN übertragen▪ Einwirkungs- bzw. Mitwirkungsmöglichkeit AG festzulegen▪ Künstlerische Oberleitung

ARTEN VON ALTERNATIVEN BAUVERTRÄGEN II

Alternative Modelle - Ausgestaltung und Charakteristika

Cost plus Fee	Garantierter Maximalpreis („GMP“)
<ul style="list-style-type: none">▪ Vergütung des AN auf Basis der tatsächlichen Kosten (<i>Cost</i>) plus Zuschlag (<i>Fee</i>)▪ <i>Cost</i>: Einzelkosten der Teilleistungen (Personal, Material, Geräte), Baustellengemeinkosten und Kosten Nachunternehmer▪ <i>Fee</i>: Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten, Wagnis und Gewinn▪ <i>Fee</i> als prozentueller Aufschlag oder Pauschale▪ Beteiligung/ Mitbestimmung des Auftraggebers bei Subvergabe zentral▪ Kostentransparenz anhand Open-Books▪ Bonus-/Malus-Regelung (Festlegung Zielkosten; Malus idR gedeckelt)▪ Leistungsumfang kann anhand der Kalkulation (B 2061) jederzeit flexibel angepasst werden▪ Geringe Vorlaufzeit, Leistungsstart jederzeit möglich (keine vollständige Beschreibung gefordert)	<ul style="list-style-type: none">▪ Ähnlich Cost plus Fee-Vertrag mit Maximalpreis als Kostenobergrenze („Cost plus Fee mit Deckel“)▪ Bonus bei Unterschreitung des Maximalpreises▪ Malus (Überschreitung Maximalpreis) zulasten des AN▪ hohe Kostensicherheit des Auftraggebers▪ Partnerschaftliche Festlegung des Maximalpreises▪ Beachte : nur der Leistungsumfang zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kann relevant sein für die Maximalpreisermittlung▪ Vergütung idR anhand tatsächlicher Kosten plus Zuschlag; daneben teils auch anhand Pauschal- und Einheitspreisen▪ für größere Bauvorhaben geeignet, sofern weitgehend berechenbare Risiken▪ keine gemeinsame Risikosphäre (wie etwa beim Allianzvertrag)

ARTEN VON ALTERNATIVEN BAUVERTRÄGEN III

Alternative Modelle - Ausgestaltung und Charakteristika

Allianzvertrag

- Allianzvertrag : verschiedenste Ausgestaltungen möglich (mit unterschiedlichen Intensitäten)
- Vergütung auf Basis von 3 Ebenen:
 - Tatsächliche Baukosten: tatsächliche (Einzel-)Kosten auf Open-Book-Basis (ähnlich Cost-plus-Fee)
 - Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten und Gewinn (idR Pauschalbetrag; Fortschreibung bei sich ändernden Zielkosten)
 - Bonus-Malus-Regelung (Festlegung Zielkosten)
- Festlegung gemeinsame Risikosphäre: Realisiert sich ein gemeinsames Risiko, erhöhen sich dadurch die festgelegten Zielkosten nicht (im Gegensatz zu den Endkosten). Setzt eine umsichtige Festlegung der Risikopuffer voraus (zB für geologische Risiken)
- Begrenzter Malus: Die tatsächlichen Baukosten werden dem AN jedenfalls bezahlt
- Unternehmensähnliche gemeinsame, hierarchische Projektstruktur:
 - Allianzvorstand: oberste Instanz, bestehend aus Vertretern AG und AN
 - Allianz-Management: Leistung und Management des Projektes
 - Projektteam: dem Allianz-Management zur Ausführung des Projektes untergeordnet und verantwortlich
- Frühzeitige Einbindung (Partnering-Phase)
- auch als „Mehrparteienvertrag“
- Vertraglich festgelegte Eskalations- und Konfliktlösungsprozesse (inklusive Schiedsgerichtsbarkeit)

WANN SIND ALTERNATIVE VERTRÄGE SINNVOLL

Anwendungsbereiche von alternativen Vertragsmodellen

- komplexe und risikobehaftete Projekte
- Projekte mit großem Bedarf an Know-how und Kooperation zwischen den Projektbeteiligten
- keine vollständige Beschreibbarkeit und Planbarkeit gegeben
- gewünschte Integration der Ausführungskompetenz in Planungsphase

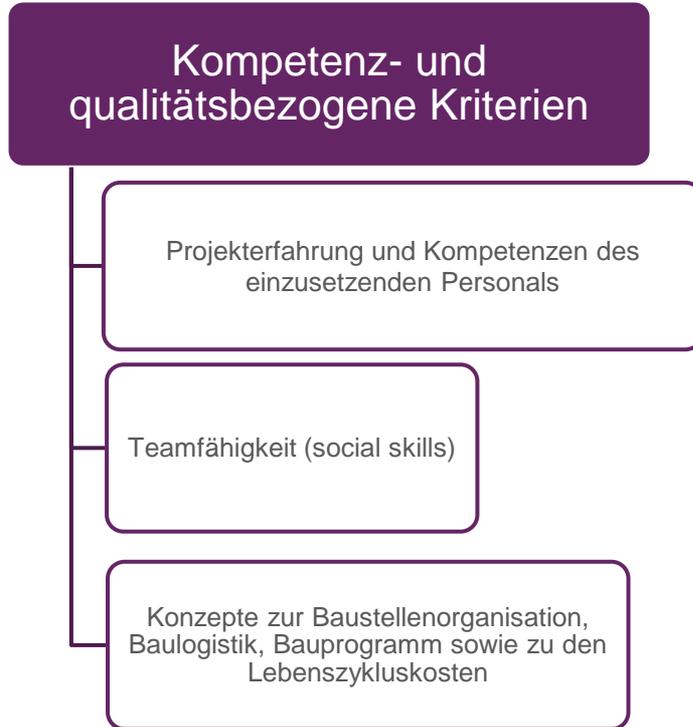
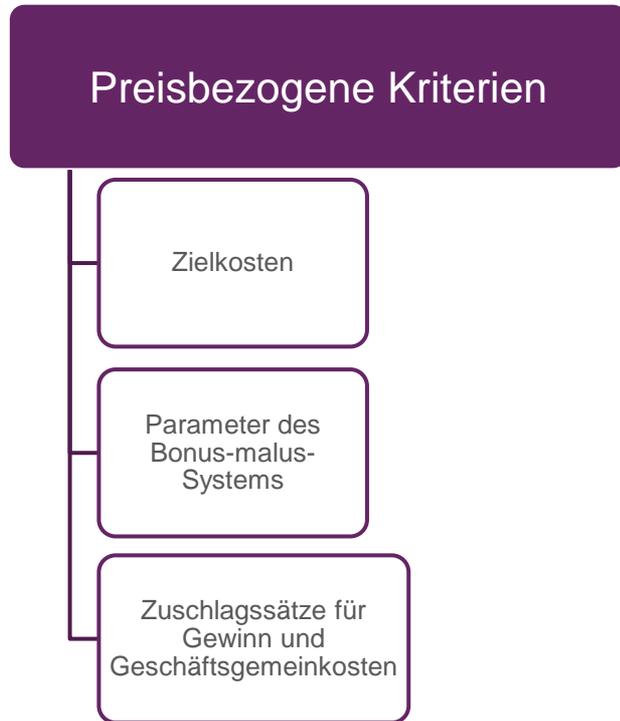
WIE VERGEBE ICH ALTERNATIVE BAUVERTRÄGE

Geeignete Verfahrensarten zur Vergabe von alternativen Bauverträgen

Verhandlungsverfahren	Wettbewerblicher Dialog
<p>2-stufig</p> <ul style="list-style-type: none">– Bekanntmachung und Bewerberauswahl– Angebots- und Verhandlungsphase <p>Zulässigkeit idR aufgrund § 34 Z 1 oder Z 3 BVergG 2018</p> <p>umfassende Judikatur</p> <p>projektspezifische Ausgestaltung des Verfahrens, großer Spielraum des AG</p>	<p>3-stufig</p> <ul style="list-style-type: none">– Bekanntmachung– Dialogphase– Angebotsphase und Vergabe <p>Zulässigkeit idR aufgrund § 34 Z 1 oder Z 3 BVergG 2018</p> <p>selten(er) praktiziert</p> <p>hohes Maß an Flexibilität durch Dialogphase (Abgleich mit den Möglichkeiten des Marktes)</p>

MÖGLICHE ZUSCHLAGSKRITERIEN

Zuschlagskriterien für alternative Bauverträge



VIELEN DANK FÜR DIE AUFMERKSAMKEIT!

KONTAKT



Oskar Takacs

Mag.iur., M.B.L.

Rechtsanwalt, Partner

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH

A-4600 Wels, Edisonstraße 1

Tel. +43 7242 65290-319

Fax +43 7242 65290-333

o.takacs@scwp.com



Edwin Scharf

Mag.iur.

Rechtsanwalt, Partner

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH

A-4020 Linz, Böhmerwaldstraße 14

Tel. +43 732 603030-571

Fax +43 732 603030-500

e.scharf@scwp.com



Thomas Rosenthaler

Mag.iur.

Rechtsanwalt

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH

A-4020 Linz, Böhmerwaldstraße 14

Tel. +43 732 603030-571

Fax +43 732 603030-500

t.rosenthaler@scwp.com

AUSTRIA

SCWP SCHINDHELM

GRAZ

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH
graz@scwp.com

LINZ

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH
linz@scwp.com

WELS

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH
wels@scwp.com

WIEN

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH
wien@scwp.com

BELGIUM

SCWP SCHINDHELM

BRÜSSEL

Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH
brussels@scwp.com

BULGARIA

SCHINDHELM

SOFIA

Law office Dr. Cornelia Draganova &
Colleagues
sofia@schindhelm.com

CHINA

SCHINDHELM

SHANGHAI

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
shanghai@schindhelm.com

TAICANG

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
taicang@scwp.com

CZECH REPUBLIC

SCWP SCHINDHELM

PILSEN

Saxinger, Chalupsky & Partner v.o.s
advokátní kancelář
plzen@scwp.com

PRAG

Saxinger, Chalupsky & Partner v.o.s
advokátní kancelář
praha@scwp.com

FRANCE

SCHINDHELM

PARIS

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
paris@schindhelm.com

GERMANY

SCHINDHELM

DÜSSELDORF

Schmidt Rogge Thoma Rechtsanwälte
Partnergeseellschaft mbB
duesseldorf@schindhelm.com

FRANKFURT

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
frankfurt@schindhelm.com

HANNOVER

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
hannover@schindhelm.com

MÜNCHEN

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
muenchen@schindhelm.com

OSNABRÜCK

Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
osnabrueck@schindhelm.com

HUNGARY

SCWP SCHINDHELM

BUDAPEST

Zimányi & Fakó Rechtsanwälte
budapest@scwp.hu

ITALY

DIKE SCHINDHELM

BOLOGNA

DIKE Associazione Professionale
bologna@schindhelm.com

IMOLA

DIKE Associazione Professionale
imola@schindhelm.com

POLAND

SDZLEGAL SCHINDHELM

BRESLAU / WROCŁAW

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis,
Zajęc i Wspólnicy sp.j.
gliwice@sdzlegal.pl

GLEWITZ / GLIWICE

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis,
Zajęc i Wspólnicy sp.j.
gliwice@sdzlegal.pl

WARSCHAU / WARSZAWA

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis,
Zajęc i Wspólnicy sp.j.
warszawa@sdzlegal.pl

ROMANIA

SCHINDHELM

BUKAREST

Schindhelm & Asociatii S.C.A.
bukarest@schindhelm.com

SLOVAKIA

SCWP SCHINDHELM

BRATISLAVA

Saxinger, Chalupsky & Partner s.r.o.
bratislava@scwp.com

SPAIN

LOZANO SCHINDHELM

BILBAO

Lozano Schindhelm SLP
bilbao@schindhelm.com

DENIA

Lozano Schindhelm SLP
denia@schindhelm.com

MADRID

Lozano Schindhelm SLP
madrid@schindhelm.com

PALMA DE MALLORCA

Lozano Schindhelm SLP
palma@schindhelm.com

VALENCIA

Lozano Schindhelm SLP
valencia@schindhelm.com

TURKEY

GEMS SCHINDHELM

ISTANBUL

GEMS Schindhelm Rechtsanwälte
istanbul@schindhelm.com

BODRUM

GEMS Schindhelm Rechtsanwälte
bodrum@schindhelm.com