

## CHG Newsletter Vergaberecht

### VERGABERECHT

#### Nr. 16

Jahrgang 2024

Seite 1  
Vorwort

Seite 2  
Leitartikel

Seite 4  
Aktuelle Rechts-  
sprechung

Seite 15  
CHG-News

Seite 19  
Save the Date!  
Veranstaltungen

Seite 20  
Team & Kontakt



Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Mandantinnen und Mandanten sowie  
Interessierte zum Vergaberecht!

Öffentliche Aufträge sind ein wesentlicher Wirtschaftsfaktor. Gerade in konjunkturschwachen Zeiten, wie wir sie gerade erleben, kommt öffentlichen Aufträgen besondere Bedeutung zur Ankurbelung der Wirtschaft zu. Auf Infrastrukturprojekte mag dies auch gegenwärtig zutreffen, von Großbautstellen wie dem Brenner Basis-tunnel und dem Koralm-tunnel, der an-stehenden Sanierung der Luegbrücke am Brenner bis hin zu kleinen kommunalen Bauvorhaben. Der Hochbau steckt hin-gegen in der Krise und ist eingebrochen. Die Ursachen sind vielfältig. Gestiegene Zinsen erschweren es Privaten, Immobilien zu finanzieren. Strengere Vorgaben bei der Vergabe von Krediten kommen hinzu. Die hohe Inflation der letzten Jah-re hat Baukosten steigen lassen und Er-sparnisse entwertet. Auch die Kassen der öffentlichen Hand für Hochbauvorhaben zu gestiegenen Kosten und bei teureren Krediten sind angespannt. Viele Projekte verzögern sich oder werden gar gestoppt. Ausbleibender leistbarer Wohnraum bringt wiederum finanziell Schwache zusätzlich unter Druck und könnte Preissteigerun-

gen bei Mietwohnungen weiter hochhal-ten. Eine Wohnbauoffensive wäre somit ein Puzzlestein, um Österreich von den letzten Plätzen in der EU bei Inflation und Wirtschaftswachstum rauszuholen.

Hier setzen wir bei unserem vierten News-letter in diesem Jahr zum Vergaberecht an. In dieser Ausgabe bieten wir Ihnen einen Überblick über aktuelle Entwicklungen wie der HDV-Verordnung der EU zur Beschaf-fung von Stadtbussen und Dienstleis-tungen mit solchen Bussen. Spannende jüngste Entscheidungen der Vergabekon-trollbehörden haben wir wieder zusam-mengefasst. Eine Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob auch gemeinnützige Wohnbauträger als öffentliche Auftragge-ber zu qualifizieren sind und dem Vergabe-recht unterliegen.

Wir hoffen, dass Sie in diesem Newsletter wertvolle Informationen und praxisrele-vante Hinweise finden. Sollten Sie Fragen oder Anregungen haben, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Viel Freude bei der Lektüre!

Ihre Praxisgruppe Vergaberecht  
von CHG Rechtsanwälte

# Neue HDV-Verordnung der EU für die Beschaffung von Stadtbussen – Was (öffentliche) Auftraggeber wissen müssen

LEITARTIKEL



Die CO<sub>2</sub>-Emissionen von schweren Nutzfahrzeugen, einschließlich Bussen, sind in der EU für rund 6 % der CO<sub>2</sub>-Gesamtemissionen und rund 25 % der CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Straßenverkehr verantwortlich. Mit der Verabschiedung des europäischen Klimaschutzgesetzes (VO [EU] 2021/1119) wurden das Unionsziel der Klimaneutralität und das Zwischenziel, die Nettotreibhausgasemissionen in der EU bis 2030 um mindestens 55 % gegenüber 1990 zu reduzieren, zu einer rechtlichen Verpflichtung. Mit den neuen Vorschriften der EU-Verordnung 2024/1610 (**Heavy-Duty Vehicles Regulation, HDV-VO**) wird nun die Zielvorgabe einer 100 %-igen Emissionsfreiheit für neue Stadtbusse bis 2035 eingeführt, mit einem Zwischenziel von 90 % für 2030. Seit dem 1. Juli 2024 gelten die neuen, unmittelbar anwendbaren Vorschriften für die Beschaffung von Stadtbussen und die Vergabe von damit verbundenen Dienstleistungs- und Konzessionsverträgen. Diese neuen Regelungen haben auch das

Vergaberecht für öffentliche Auftraggeber im Zusammenhang mit solchen Vorhaben grundlegend verändert.

Bislang richteten sich die Vorgaben zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen im Straßenverkehr hauptsächlich an die Hersteller von schweren Nutzfahrzeugen. Durch die HDV-VO wurden diese Regelungen um neue sondervergaberechtliche Bestimmungen ergänzt, die öffentliche Auftraggeber sowohl bei der Vergabe von Lieferaufträgen über den Kauf, das Leasing, die Miete oder den Mietkauf von neuen und (laut Justizministerium) gebrauchten emissionsfreien Stadtbussen als auch von Dienstleistungsaufträgen und -konzessionsverträgen über die Verwendung der entsprechenden Stadtbusse zu beachten haben.

Als Stadtbusse im Sinne der Verordnung gelten alle Niederflurfahrzeuge der Klasse M3, die eine technisch zulässige Gesamt-

# Neue HDV-Verordnung der EU für die Beschaffung von Stadtbussen – Was (öffentliche) Auftraggeber wissen müssen

## LEITARTIKEL

masse von über 7,5 t im beladenen Zustand haben. Dies schließt Eindeck-, Doppeldeck- als auch Gelenkfahrzeuge und alle offenen Eindeck- und Doppeldeckfahrzeuge mit ein. Unter emissionsfreien Stadtbussen sind etwa batterieelektrische Busse, Busse mit Brennstoffzellenantrieb sowie Wasserstoffbusse zu verstehen.

Die HDV-VO, welche auf Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich anzuwenden ist, sieht zwingend ein modifiziertes Bestangebotsprinzip vor und schließt das Billigstangebotsprinzip von vornherein aus. Das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ist dabei anhand mehrerer Zuschlagskriterien zu ermitteln.

In diesem Zusammenhang schränkt die HDV-VO das freie Ermessen der Auftraggeber bei der Wahl der Qualität des Leistungsgegenstandes und der Zuschlagskriterien ein. Die Verordnung verpflichtet die Auftraggeber, zwei von in Art 3e Abs 2 HDV-VO bestimmte „Kriterien“ als technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien in den Vergabeverfahren zu verwenden.

Ob der Auftraggeber die Kriterien als technische Spezifikationen oder als Zuschlagskriterien im Vergabeverfahren verwendet, steht ihm grundsätzlich frei. Sofern mindestens eines der Kriterien in (Konzessions-)Vergabeverfahren in der Form von Zuschlagskriterien implementiert wird, so ist bzw. sind diese wiederum zwingend in Summe mit 15 bis 40 % zu gewichten.

Mit der HVO-VO wird erstmals auf Unionsebene vom Grundsatz, wonach Auftrags-

geber bei der Gewichtung der gewählten Zuschlagskriterien frei sind, abgewichen und es werden zwingende Vorgaben gemacht.

### **Praxistipp**

Öffentliche Auftraggeber, die im Anwendungsbereich der HDV-VO agieren, sollten frühzeitig eine Strategie zur Umsetzung dieser neuen Vorgaben insbesondere im Lichte ihrer Vorgangsweise im Bereich des Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetzes (SFBG) entwickeln. Dabei bietet die Verordnung Flexibilität: Einerseits können sehr ambitionierte Standards im Hinblick auf Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit festgelegt werden, andererseits ermöglicht die Verordnung auch eine minimalistische Umsetzung der Kriterien. Eine sorgfältige und vor allem rechtzeitige Abstimmung und Planung der Vergabestrategie ist daher unerlässlich, um den Anforderungen gerecht zu werden und gleichzeitig optimale Ergebnisse im Beschaffungsprozess zu erzielen.

***Gerne unterstützen wir Sie bei der Umsetzung dieser Anforderungen und helfen Ihnen, Ihre individuelle Vergabestrategie zu entwickeln.***

## Zulässigkeit von transparentem Rangfolgenmodell zur Wettbewerbsförderung

EuGH 13.06.2024, C-737/22

Die zentrale Beschaffungsstelle Dänemarks schrieb eine Rahmenvereinbarung in mehreren Losen zur Lieferung von Bibliotheksmaterialien im offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip aus. Die Beschaffung von Büchern und Notenblättern wurde in zwei Losen nach einem „Ost/West Modell“ ausgeschrieben. Zweck dieser geografischen Aufteilung in zwei Lose war die Sicherung des Wettbewerbs, wobei der Preis letztlich sowohl im Osten und Westen der gleiche sein sollte. So wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, falls ein Bieter ein Angebot für eines der beiden Lose abgibt, dass damit automatisch ein Angebot für beide Lose vorliegt.

Der Zuschlag sollte in Westdänemark dem Billigstbieter erteilt werden. In Ostdänemark sollte der zweitbilligste Bieter hingegen die Möglichkeit haben, denselben Preis wie der Billigstbieter des größeren Westdänemark-Loses anzubieten.

Im Erfolgsfall sollte dieser den Zuschlag erhalten, um damit den Wettbewerb bestmöglich zu fördern.

Der EuGH stellte fest, dass diese Regelungen den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht widersprechen. Wesentliche Punkte waren:

### 1. Wettbewerbsförderung

Die Regelung begünstigt den Wettbewerb in wirtschaftlich schwächeren Bereichen, da kleinere Lose an verschiedene Bieter vergeben werden können.

### 2. Fehlende Verhandlung

Der zweitbilligste Bieter erhält den Zuschlag für das kleinere Los nur, wenn er den Preis des günstigsten Bieters akzeptiert. Dadurch wird keine Verhandlung geführt und es gibt keine Angebotsänderung.

### Anmerkung

Diese Entscheidung verdeutlicht die Relevanz von Transparenz und Fairness in Vergabeverfahren und zeigt, dass diffe-



renzierte Zuschlagskriterien dazu beitragen können, einen lebendigen Wettbewerb zu fördern. Der EuGH eröffnet dabei unterlegenen Bietern eine zweite Chance auf den Auftrag, nämlich dann, wenn sie den Preis des Bestbieters akzeptieren („Rangfolgenmodell“). Damit werde auch nicht gegen das Verhandlungsverbot im offenen Verfahren verstoßen.

Entscheidungen zu Vergabeverfahren aus anderen Ländern zeigen manchmal Ansätze, die in Österreich noch nicht verwendet werden. Aus dieser Entscheidung könnten Vorgaben für Auftragsvergaben in ländlichen Bereichen Österreichs übernommen werden, um gerade dort den Wettbewerb zu fördern und Preisnachteile in strukturschwachen Gebieten auszugleichen.

## VERWALTUNGS- GERICHTSHOF – VwGH

### Gemeinnütze Wohnbauträger als öffentliche Auftraggeber?

VwGH 05.10.2023, Ra 2020/04/0086

Ein gemeinnütziger Wohnbauträger in Tirol hat im Jahr 2019 einen einstufigen geladenen Realisierungswettbewerb für ein Neubauprojekt durchgeführt, den eine ARGE gewann. Aufgrund nachfolgender erfolgloser Verhandlungen über den Architektenvertrag teilte der Wohnbauträger mit, das Bauvorhaben nicht mit der Wettbewerbssiegerin umsetzen zu wollen. Die ARGE bekämpfte die Entscheidung mit Nachprüfungsantrag beim LVwG Tirol. Mit Beschluss wies das Gericht den Antrag als unzulässig zurück, da der Wohnbauträger kein öffentlicher Auftraggeber sei. Er stehe mit anderen gemeinnützigen Wohnbauvereinigungen in Wettbewerb und würde bei Vergabeentscheidungen nur auf wirtschaftliche Überlegungen abstellen, insofern sei von einer gewerblichen Tätigkeit auszugehen, welche einen öffentlichen Auftraggeber ausschließe (LVwG Tirol 17.07.2019, LVwG 2019/S2/1370 5).

Der VwGH hob die angeführte Entscheidung auf. Nach der Rechtsprechung des EuGH lasse allein das Vorhandensein eines entwickelten Wettbewerbs nicht den Schluss zu, dass keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art vorliege (vgl. EuGH C-567/15). Zudem lasse sich den Feststellungen des LVwG nicht entnehmen, worauf die Beurteilung der Frage gestützt werden kann, inwiefern das Vorhandensein des unterstellten Wettbewerbs zwischen den gemeinnützigen Wohnbaugesellschaften dazu führen würde, dass sich diese bei ihren Vergabeentscheidungen von keinen anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen (vgl. C-18/01). Demgegenüber stehe fest, dass die verfahrensgegenständlich relevante Tätigkeit des Wohnbauträgers eine Aufgabe betreffe, deren Erfüllung im Allgemeininteresse liege (vgl. auch OGH 6 Ob 236/01a).

#### Anmerkung

Die Frage, ob gemeinnützige Wohnbauträger öffentliche Auftraggeber sind und dem Vergaberecht unterliegen, beschäftigt

die Baubranche seit langem. Oberstgerichtliche Entscheidungen dazu wurden bislang weitgehend vermieden. Die einzelnen erstinstanzlichen Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden qualifizierten gemeinnützige Wohnbauträger nicht als öffentliche Auftraggeber. Eine solche Entscheidung wurde nun höchstgerichtlich aufgehoben. Das LVwG Tirol hat sich im zweiten Rechtsgang vertieft mit der Frage zu beschäftigen, ob ein solcher Wettbewerb zwischen gemeinnützigen Wohnbauträgern und allenfalls auch privaten Bauträgern vorliegt, dass sich die Gemeinnützen bei ihren Vergabeentscheidungen von keinen anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen. Nur dann sind sie nicht als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren. Die Beantwortung dieser Frage, bei der wohl ein strenger Maßstab anzulegen sein wird, ist mit Spannung zu erwarten.

## Erfahrungswerte in der Preisprüfung

VwGH 09.04.2024, Ra 2023/04/0056

Die Auftraggeberin vergab die „Begleitende Kontrolle“ eines Bauvorhabens. Ein Angebot einer Bieterin lag unter der Hälfte des geschätzten Auftragswertes, woraufhin ein Team von Bautechnikern die Angebotssumme samt der für die Auftragsausführung erforderlichen Mindeststunden anhand ihrer Erfahrungswerte ermittelte.

Auf Aufforderung rechtfertigte die Bieterin ihren Preis, indem sie erklärte, dass keine „linearen Aufwandspositionen“ vorliegen. Ihre kalkulierten Werte seien Durchschnittswerte, die auf ihrer Erfahrung basierten. Ihr Angebot wurde in Fol-

ge aufgrund der nicht plausiblen Preiszusammensetzung ausgeschieden.

Der VwGH erörtert zwar, dass Erfahrungswerte in der Preisprüfung berücksichtigt werden dürfen, ein unbegründeter allgemeiner Verweis auf diese reicht jedoch nicht aus, um die Kalkulation einzelner Preispositionen zu klären. Da die Bieterin trotz mehrfacher Nachfrage nicht schlüssig darlegen konnte, wie sie mit ihrem angenommenen Zeitaufwand die erforderlichen Teilleistungen erbringen wollte bzw. konnte, bestätigte somit der VwGH die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin.

## Nichtige Ausschreibungsunterlagen bei Fehlen des geschätzten Auftragswertes

VwGH 01.02.2024, Ro 2020/04/0020 bis 0022-5

Die Auftraggeberin führte ein Vergabeverfahren für ambulante Rehabilitationsleistungen durch. In den Teilnahmeunterlagen war eine Änderungsklausel vorgesehen, die es der Auftraggeberin und den beteiligten Sozialversicherungsträgern ermöglichte, das Leistungsbild während der Leistungserbringung anzupassen oder zu erweitern. Diese Änderungen konnten aufgrund gesundheitspolitischer Ziele sowie externer Faktoren (wie der demografischen Entwicklung) erfolgen. Darüber hinaus sahen die Ausschreibungsunterlagen keine Informationen über den geschätzten Gesamtwert der Leistungen vor.

Gemäß § 365 Abs 1 BVerfG 2018 sind wesentliche Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit nur nach einem neuen Vergabeverfahren zulässig. Änderungen sind unwesentlich, wenn sie in klaren und

präzisen Klauseln festgehalten sind. Formulierungen, welche auf gesundheitspolitische Ziele und externe Faktoren verweisen, sind nicht ausreichend konkretisiert.

Die mangelnde Angabe eines geschätzten Gesamtwerts in der Ausschreibung kann für sich genommen nicht bestandfest werden. Entsprechend stellte der VWGH klar, dass auch im zweistufigen Vergabeverfahren der geschätzte Gesamtwert der zu erbringenden Dienstleistungen in den Teilnahmeunterlagen angegeben werden muss. Die Angabe des geschätzten Auftragswertes ist entscheidend, damit interessierte Unternehmer ihre Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Vertragsverpflichtungen einschätzen können. Das Fehlen dieser Angabe verstößt gegen den Transparenzgrundsatz und kann dazu führen, dass Zuschlagsempfänger haftbar gemacht werden, wenn sie die geforderten Mengen nicht liefern.

Eine Streichung einzelner Bestimmungen (anstelle der Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung) kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Aus-

schreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen werden würde. Da der fehlenden Angabe keine Festlegung in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen zu erkennen war, die gestrichen werden konnte, konnte dieser Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz nur durch Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung beseitigt werden.

## Anmerkung

In vielen Ausschreibungen wird kein geschätzter Auftragswert angegeben. Auftraggeber begründen die Nichtangabe des geschätzten Auftragswertes häufig damit, ein geschätzter Auftragswert könnte als erwarteter Angebotspreis oder eine Art Mindestpreis ausgelegt werden und dieser könnte den freien Wettbewerb einschränken. Mit Blick auf diese Entscheidung birgt die Nichtangabe des geschätzten Auftragswertes aber die Gefahr, dass die Ausschreibungsunterlage nichtig sein und das gesamte Vergabeverfahren aufgehoben werden könnte.





Bundesverwaltungsgericht in Wien, dem man nicht ansieht, welche wichtigen Causen hier verhandelt werden

## Wann ist ein Feststellungsantrag zulässig? Zur Subsidiarität gegenüber Nachprüfungsanträgen

BVwG 12.01.2024, W187 2273764-1/48E

Das BVwG setzte sich in einer aktuellen Entscheidung mit Feststellungsanträgen, insbesondere deren Subsidiarität zu Nachprüfungsanträgen und dem genauen Wortlaut der Antragstellung auseinander.

§ 353 Abs 1 BVergG 2018 enthält die abschließende Liste möglicher Feststellungsanträge. Entsprechend kann eine mangelhafte Antragstellung weder korrigiert noch ein unrichtiges Begehren in einen richtigen Antrag umgedeutet werden. Das BVwG stellt jedoch klar, dass bei der Antragstellung auf den objektiven Erklärungswert abzustellen ist. Gegenständlich konnte der gestellte Antrag „als gerade noch ausreichend angesehen werden“.

Für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrags sind darüber hinaus zwei weitere

Bedingungen zu erfüllen: Erstens muss ein Interesse am Vertragsabschluss bestehen und zweitens muss dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sein oder drohen. Der Feststellungsantrag ist als subsidiärer Rechtsbehelf konzipiert, was bedeutet, dass ein Antragsteller zuvor einen Nachprüfungsantrag stellen muss, wenn ihm dies möglich ist. Die Antragstellerin begründete die Einbringung des Feststellungsantrags ausschließlich damit, dass sie erst nach Abschluss der Rahmenvereinbarung „*Kenntnis von den angebotenen Leistungen*“ der Rahmenvereinbarungspartnerin erlangt habe und verabsäumte daher die Bekämpfung der Auswahlentscheidung mittels Nachprüfungsantrag. Der Feststellungsantrag wurde vom BVwG wegen der versäumten Möglichkeit eines eingebrachten Nachprüfungsantrages als unzulässig zurückzuweisen.

## Anmerkung

In Vergabeverfahren gilt es, rasch zu reagieren. Gesondert anfechtbare Entscheidungen sind mittels Nachprüfungsantrag zu bekämpfen, in der Regel binnen zehn Tagen. Wird die Frist versäumt, kann nicht nach Vertragsabschluss ein Feststellungsantrag erhoben und der abgeschlossene Auftrag bekämpft werden.

## Schutzunwürdige Bieter und absolut nichtige Rahmenvereinbarungen

BVwG 11.01.2024, W131 2247310-1

Gemäß Art 1 der Richtlinie 89/665/EWG und § 353 Abs 1 BVergG 2018 hat ein Bieter keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn er gegen Ausschreibungsbedingungen öffentlicher Aufträge verstößt. Ein nicht vergaberechtskonform handelnder Bieter ist somit nicht schützenswert.

Im März 2021 wurden ohne vorherige Mitteilung der Auswahlentscheidung und Ablauf einer Stillhaltefrist mit 76 Bietern Rahmenvereinbarungen abgeschlossen. Darunter auch der Unternehmer, welcher nun mit Feststellungsantrag beanstandete, dass ein Abruf aus der Rahmenvereinbarung zugunsten einer Zuschlagsempfängerin rechtswidrig erteilt wurde, da diese nicht über erforderliche Zertifizierungen verfügen würde.

Das BVwG stellte im vorliegenden Feststellungsverfahren erneut klar, dass auch Rahmenvereinbarungen als Aufträge iSd Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG anzusehen sind, womit die Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, als Zuschlagsentscheidung zu verstehen

ist. Da gegenständlich eine Mitteilung der Auswahlentscheidung unterblieb, sind die abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen ex tunc unwirksam.

Weiters befasste sich das BVwG mit der Frage, inwieweit einem Bieter ein Schaden durch einen unzulässigen Abruf entstehen konnte, dem seinerseits vergaberechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Das BVwG verweist in diesem Zusammenhang auf die einschlägige Rechtsprechung des VwGH, die sich dahin zusammenfassen lässt, dass nur derjenige Bieter schutzwürdig ist, der selbst vergaberechtskonform agiert. Ein Bieter, der selbst gegen die Regeln verstößt, verliert daher seine Antragslegitimation und sind Schadenersatzansprüche grundsätzlich ausgeschlossen.

## Anmerkung

Es war eine in Einzelfällen eingeschlichene Unsitte, eine ausgeschriebene Rahmenvereinbarung mit allen Bietern abzuschließen. Bekanntlich gibt es keine Abnahmepflicht aus Rahmenvereinbarungen. Somit konnten die Bieter um ihre Rechtsschutzmöglichkeiten zur Überprüfung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung gebracht werden, wenn mit allen Bietern diese Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde, nachdem in diesem Fall keinem Bieter mitzuteilen ist, mit ihm keine Rahmenvereinbarung abzuschließen. Gemäß dieser Judikaturlinie sind jedoch Rahmenvereinbarungen nichtig, wenn nicht zuvor mitgeteilt wird, mit welchen Bietern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Damit wirft die Entscheidung weitere Fragen auf...

## Kommissionsbewertungen und deren Begründung

BVwG 11.04.2023, W187 2267022-2

Gemäß § 143 Abs 1 BVergG 2018 muss der Auftraggeber den Bietern das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, den Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt geben. Wenn eine Zuschlagsentscheidung zu 70 % auf der Übernahme der Kommissionsbewertung basiert, muss die Bewertung der Kommission selbst entsprechend begründet sein. Enthält die Ausschreibung keine Vorgaben für die Bewertung durch die Kommission, ist an die allgemeinen Grundsätze der Begründung der Zuschlagsentscheidung zu knüpfen, wonach eine verbale Begründung der Punktevergabe geboten ist. Die Angebotsbewertung muss letztlich soweit begründet sein, dass nachzuvollziehen ist, warum die Kommission das Angebot entsprechend bewertet hat.

Sehen die Ausschreibungsunterlagen eine Bewertung durch eine Kommission vor, kommt es dem BVwG im Zuge eines

Nachprüfungsantrages nicht zu, die Angebote selbst zu bewerten. Das Gericht kann nur überprüfen, ob bei der Prüfung und Bewertung der Angebote durch die Kommission die Vorgaben der Ausschreibung eingehalten wurden und allfälliges Ermessen iSd der Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeübt wurde. Auch kann es prüfen, ob die Entscheidung der Kommission nachvollziehbar ist. Allerdings kommt der Kommission dabei ein gewisser Freiraum zu.

### Praxistipp für Auftraggeber

Um die Anfechtung und Aufhebung von Zuschlagsentscheidungen zu vermeiden, ist es essenziell, dass den Kommissionsmitgliedern verdeutlicht wird, welche Kriterien zur Angebotsbewertung heranzuziehen sind. Wesentlich ist dabei, dass die genauen Bewertungsmaßstäbe den Bietern zuvor in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt wurden. Sowohl die Belehrung der Kommission als auch der Ablauf der Kommissionssitzung selbst samt Begründung der Angebotsbewertung muss nachvollziehbar dokumentiert werden.



## Unzureichende Aufklärung von Positionspreisen als Ausscheidenstatbestand

VwG Wien 11.03.2024, VWW-123/077/1731/2024

Ein Bieter kann gemäß § 141 Abs 2 BVergG 2018 ausgeschieden werden, wenn er es unterlassen hat, fristgerecht die verlangten Aufklärungen – vollständig und nachvollziehbar begründet – zu erstatten.

Gegenständlich hatte der Bieter die vom Auftraggeber erbetene Aufklärung zu seinem Angebot, insbesondere zu seiner Angebotskalkulation, nicht erstattet. Der Bieter hatte lediglich bestätigt, dass seine Lohnkostenkalkulation (konkret für „unproduktives Personal“) in einzelnen Positionen korrekt sei und er hatte auf Erfahrungswerte verwiesen, ohne ausreichende Details oder Erklärungen zur Verfügung zu stellen. Eine Bekräftigung der Kalkulation stellt gemäß der Entscheidung des VwG Wien aber insoweit keine Aufklärung iSd Aufklärungsersuchens dar, als sich diese der Nachprüfbarkeit entzieht.

Insbesondere hängt die Einordnung von Lohnkosten für „unproduktives Personal“ stark von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens ab. Nichtsdestotrotz haben Bieter – soweit die Ausschreibung und die ÖNORM B 2061 dem nicht entgegenstehen – grundsätzlich die Möglichkeit, die Gegebenheiten ihres Betriebes bei der Kostenzuordnung mitzubersichtigen. Entspricht ein Bieter einer eindeutigen (auch einmaligen) Aufforderung nicht, kann und muss ein Auftraggeber diesen ohne weitere Aufklärung ausscheiden, zumal sonst ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter vorliegen könnte.

### Anmerkung

In der Praxis ist die Prüfung der Angemessenheit von Preisen weder für Auftraggeber noch für Bieter einfach. Auftraggeber orientieren sich häufig an Preisspiegeln auf Basis aller Angebote und verlangen vom erstgereihten Bieter Aufklärung zu Preispositionen mit größeren Abweichungen im Verhältnis zu anderen Angeboten. Für einen Bieter kann ein solcher Aufklärungsauftrag nicht nachvollziehbar sein, wenn er wie immer kalkuliert. Eine Bekräftigung der Richtigkeit seiner Kalkulation ist allerdings keine Aufklärung einer Preisposition. Der Bieter muss mehr in die Tiefe gehen und die Kalkulation der hinterfragten Positionspreise erklären.

## Keine Auswahlspielräume bei der Angebotsbewertung

VwG Wien 21.11.2023, VGW-123/046/12529/2023

In einer aktuellen Entscheidung stellt das Verwaltungsgericht Wien erneut klar, dass die Angebotsbewertung durch die Auftraggeber nachvollziehbar und im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat. Bei der Angebotsbewertung darf es keinen Spielraum für Auftraggeber geben, die Punktevergabe zu beeinflussen.

Laut den Ausschreibungsunterlagen war es für ein Zuschlagskriterium „Qualität Hausgutachten“ erforderlich, ein konkretes Referenzprojekt vorzulegen. Eine Bietergemeinschaft hatte auf einen Pool von Projekten verwiesen, die bereits beim Auftraggeber vorlagen. Den Auftraggeber brachte dieser Umstand in eine Position, in welcher er sich für die zu bewertenden Projekte und somit die zu vergebenden Punkte selbst entscheiden hätte kön-



nen. Aufgrund seines Auswahlspielraums vergab der Auftraggeber letztlich keine Punkte für dieses Zuschlagskriterium.

Das Verwaltungsgericht Wien bestätigt diese Vorgehensweise des Auftraggebers. Würde der Auftraggeber selbst die Auswahl des Projektes zur Bewertung des Zuschlagskriteriums treffen, würde dies zu einer willkürlichen Punktevergabe führen. Entsprechend hatte die Bietergemeinschaft die Anforderungen nicht erfüllt, indem sie auf mehrere Projekte verwies, anstatt ein spezifisches Projekt zu benennen.

### **Anmerkung**

Ganz allgemein gesprochen darf dem Auftraggeber bei der Bewertung von Angeboten kein Spielraum bleiben. Einerseits betrifft dies die Bepunktung von Angeboten anhand der Eignungskriterien. Die Bewertung muss den klaren Vorgaben der Ausschreibung entsprechen. Andererseits betrifft dies gemäß dieser Entscheidung auch die Auswahl eines Referenzprojektes, das es konkret zu bewerten gilt. Ein

Bieter darf diese Entscheidung nicht dem Auftraggeber überlassen, frei nach dem Motto: such dir das beste Projekt aus. Hier führte das zur denkbar schlechtesten Bewertung: 0 Punkte.

### **Ein Nachprüfungsantrag setzt ein Interesse am Vertragsabschluss voraus**

VwG Wien 23.04.2024, VGW-123/095/16230/2023

Mit einem Nachprüfungsantrag und noch vor Ablauf der Angebotsfrist beantragte eine Bietergemeinschaft Ausschreibungsbestimmungen aufgrund von Mängeln für nichtig zu erklären.

Das Verwaltungsgericht Wien prüfte daraufhin die Antragslegitimation der Bietergemeinschaft. Gemäß § 18 Abs 1 WVRG 2020 können nur Unternehmer, die tatsächlich ein Interesse am Abschluss eines Vertrags haben, einen Nachprüfungsantrag stellen. Die Bietergemeinschaft konnte trotz Aufforderung hierzu nicht plausibel darlegen, dass sie selbst oder durch Subunternehmer die erforderlichen

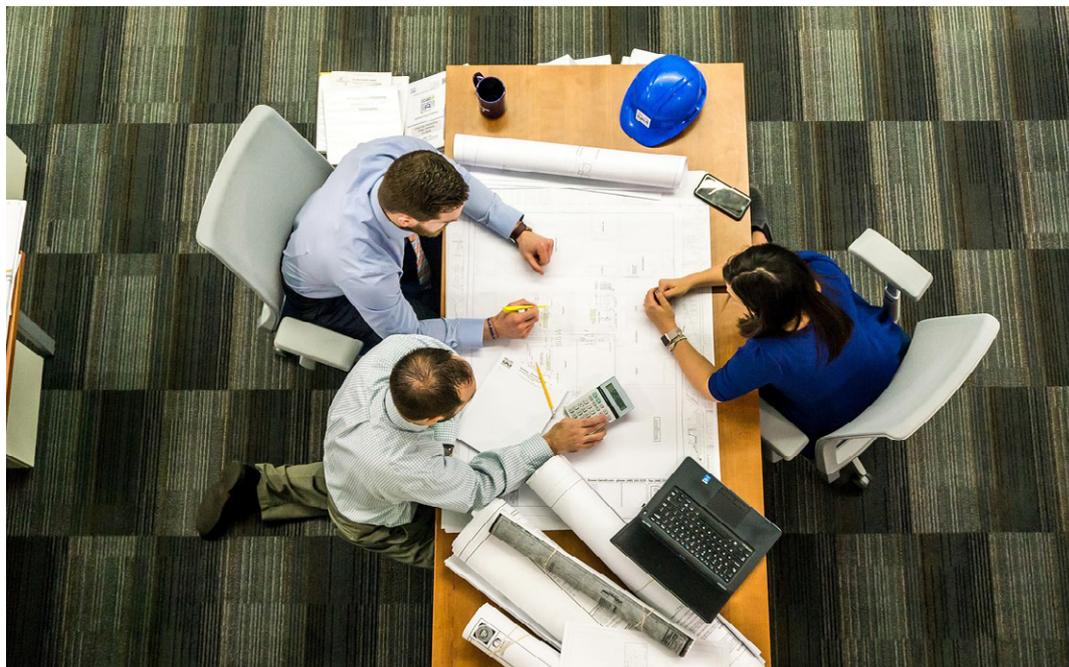
## VERWALTUNGS- GERICHTE DER LÄNDER

Eignungskriterien erfüllen würden, um die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können. Mangels entsprechendem Interesse an der ausgeschriebenen Leistung war der Nachprüfungsantrag somit zurückzuweisen.

### **Anmerkung**

Hinter diesem nachvollziehbaren Rechtsatz verbirgt sich ein spannender Anlassfall. Beim Auftrag handelte es sich um „Infrastrukturelle Impulse - Wandelbares Dach - Totalunternehmer“ für das Ernst Happel Stadion, also um einen Bauauftrag einschließlich Planung in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Bietergemeinschaft bestand aus Ziviltechnikern, die gemäß Ziviltechniker-

gesetz nicht zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt sind. Folglich durften sie auch nicht mit Subunternehmern, die in der Ausschreibung eingeschränkt waren, am Verfahren teilnehmen. Das Gericht wies mangels Möglichkeit zur Leistungserbringung den Nachprüfungsantrag zurück. Offen blieb der Kern der Frage, ob die Vorgabe der Umsetzung eines Bauprojektes mittels Totalunternehmer (also Planung und Bau aus einer Hand) zulässig ist, anstelle der gewerksweisen Vergabe der Planung und der einzelnen Bauaufträge. Dies wird in der Regel wohl der Fall sein.



## Exkurs zum Bauvertragsrecht: Rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf

OGH 27.05.2024, 1 Ob 44/24 p

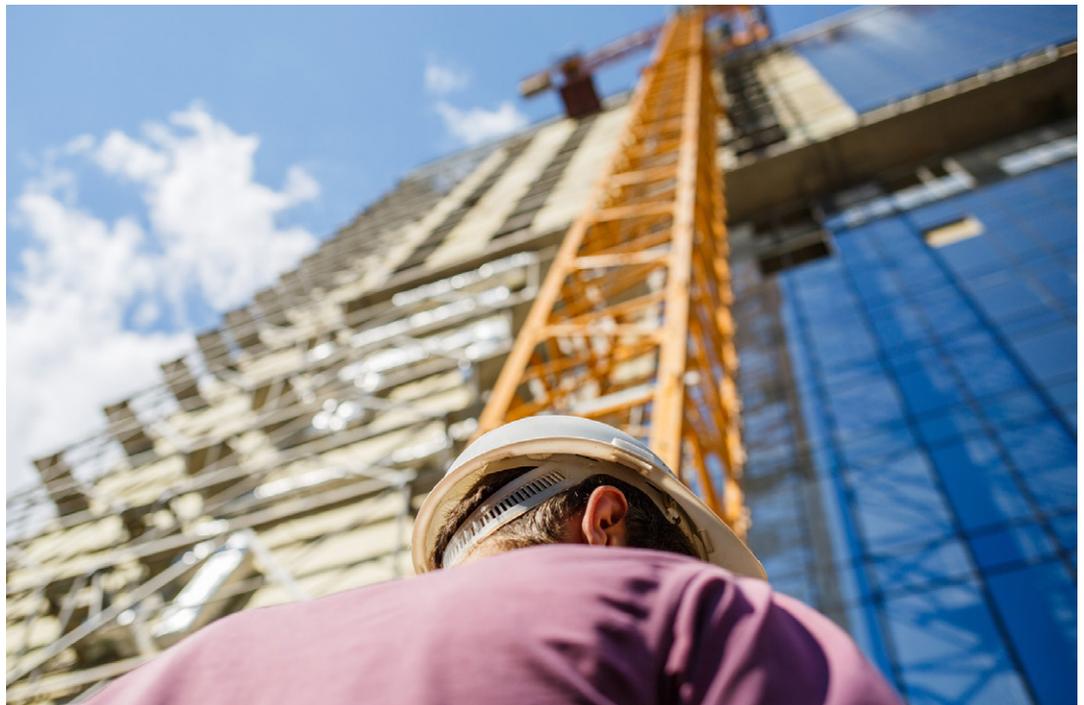
Ein Auftraggeber kann eine abstrakte Bankgarantie des Auftragnehmers zu einem Bauvorhaben grundsätzlich auch dann abrufen, wenn Mängel vorliegen oder ein Rücktritt des Vertragspartners erfolgt ist, da die Garantie unabhängig von der Hauptschuld besteht. Im Fall einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme hat der Garant die Bankgarantie jedoch nicht zu leisten, der OGH geht nämlich davon aus, dass die Schutzwürdigkeit des Begünstigten (der Auftraggeber) dann wegfällt.

Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn der Begünstigte (der Auftraggeber) eine Leistung in Anspruch nimmt, obwohl schon eindeutig feststeht, dass er kei-

nen derartigen Anspruch gegen den Dritten hat und diesen bei Erhalt wieder herauszugeben hätte. Dies ist etwa der Fall, wenn bereits geleistete Zahlungen und Ersatzvornahmekosten den ursprünglichen Werklohn übersteigen.

### Anmerkung

Abstrakte Bankgarantien sind ein übliches Instrument zur Absicherung der Vertragserfüllung oder von Gewährleistungsansprüchen. Nach dieser Entscheidung kann die Ziehung einer Bankgarantie aber scheitern, wenn gar keine Ansprüche mehr gegen den Auftragnehmer bestehen können. Der OGH hat klargestellt, dass es bei der Beurteilung eines möglichen rechtsmissbräuchlichen Garantieabrufs auf den Wissensstand und die Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie ankommt.



## NEWS

### Marcel Müller als Rechtsanwalt angelobt

Wir freuen uns außerordentlich bekannt zu geben, dass **Marcel Müller** am 2.10.2024 von Präsidentin Birgit Streif in den Räumlichkeiten der Tiroler Rechtsanwaltskammer als Rechtsanwalt angelobt wurde.

Marcel ist seit 2020 wertvoller Teil unseres Teams und seitdem fester Bestandteil unserer Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht.

Er berät unsere Mandanten vorwiegend bei der Durchführung von Vergabeverfahren, im Bereich des Gewerbe- und Wirtschaftsstrafrechts und vertritt in öffentlich-rechtlichen Verfahren bis zu den Höchstgerichten.

Wir begrüßen Marcel recht herzlich als weiteren Rechtsanwalt in unserem Team!



## NEWS

### Vorstellung der neuen Rechtsanwaltsanwärter:innen

Seit August 2024 verstärkt **Erol Alp** unsere Praxisgruppen Business Law sowie Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht als Rechtsanwaltsanwärter am Standort Innsbruck. Er sammelte bereits wertvolle Berufserfahrung in einer Grazer Rechtsanwaltskanzlei.



**Marko Pavlovic** verstärkt seit September die Praxisgruppen Corporate / M&A und Banking & Finance als Rechtsanwaltsanwärter am Standort Wien.

Mit Oktober startete **Michaela Friedl** als Rechtsanwaltsanwärterin in den Praxisgruppen Immobilienrecht und Business Law. Michaela war bereits im Sommer 2021 Praktikantin bei CHG.



Wir heißen alle herzlich Willkommen und wünschen einen guten Start.

## NEWS

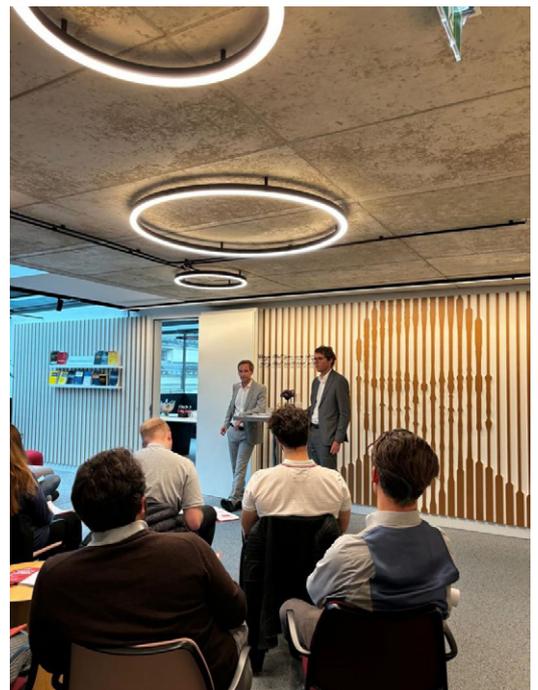
### Impulsvortrag Einheimischentarife aus rechtlicher Sicht am 1.10.2024

Vom Schwimmbad über Museen bis hin zu Skiliften und sonstiger Sport- und Freizeitinfrastruktur:

in vielen Bereichen finden sich Vergünstigungen für Einheimische. Aufgrund aktueller Diskussion informierten Günther Gast, Arnold Autengruber und Christoph Haidlen über die rechtlichen Rahmenbedingungen zu Einheimischentarifen und beantworteten folgende Fragen:

- Welche europarechtlichen Vorgaben gibt es?
- Welchen Spielraum gewähren diese den Mitgliedsstaaten?
- Wie können Tarife schon jetzt rechtsicher gestaltet werden?

Die gut besuchte Veranstaltung brachte neben anregenden Diskussionen auch kreative Lösungsansätze. Das Thema bleibt spannend.



## NEWS

### Neue Praxisgruppe data & technology

Wir freuen uns zudem, Ihnen unsere neue **Praxisgruppe data & technology** unter der Leitung von Clemens Handl vorzustellen. Diese innovative Praxisgruppe ist darauf ausgerichtet, die rechtlichen Herausforderungen der digitalen Ära mit höchster Kompetenz und Weitsicht zu meistern. In einer Zeit, in der Digitalisierung immer mehr an Bedeutung gewinnt, bieten wir Ihnen spezialisierte Unterstützung in den Bereichen IT-Recht, E-Commerce & Digitale Märkte, Digitalisierung, Daten- und Datenschutz sowie Compliance & Cyber Security und IP-Recht.



### CHG Kanzleiausflug zum Rosenheimer Herbstfest

Trotz schlechten Wetters hatte unsere Gruppe beim Ausflug zum Rosenheimer Herbstfest am 13.9. viel Spaß. Regen und kühle Temperaturen konnten die festliche

Stimmung nicht trüben, während wir die verschiedenen Stände und Fahrgeschäfte erkundeten und köstliche Schmankerl genossen. Hier ein paar Einblicke!



# Save the Date!

## CHG TERMINE



**Donnerstag**

**07. November 2024**

**Die Bankgarantie im Lichte der aktuellen Rechtsprechung**

**Referent**

**Dr. Benjamin Dobler**

Richter des OLG Innsbruck

**Zeit**

**16:30 – 18:00 Uhr**

**Ort**

Wirtschaftskammer Tirol,  
Sitzungszimmer Z023/Z024 (EG),  
Wilhelm-Greil-Straße 7, 6020 Innsbruck

**Anmeldung**

bis Montag, 04.11.2024 per E-Mail an:  
[bankrecht@chg.at](mailto:bankrecht@chg.at)

Nähere Informationen finden Sie unter

[www.chg.at/bankrechtsgespraech](http://www.chg.at/bankrechtsgespraech)

Die Bankgarantie nimmt als Sicherungsinstrument im nationalen und internationalen Geschäftsverkehr eine bedeutende Rolle ein.

Dennoch treten aufgrund der Besonderheiten des Garantievertrags immer wieder Unsicherheiten im Umgang mit diesem Instrument auf. Der Vortrag geht anhand aktueller höchstgerichtlicher Judikatur auf diese Praxisprobleme unter anderem bei der Auslegung von Vertragsklauseln und beim Abruf der Bankgarantie sowie auf die Vermeidung möglicher Haftungsrisiken ein.

# Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht

## TEAM

Das Team unserer Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht und Vergaberecht steht Ihnen für Ihre Anliegen gerne zur Verfügung!



Günther  
Gast



Arnold  
Autengruber



Laura  
Gleinser



Marcel  
Müller



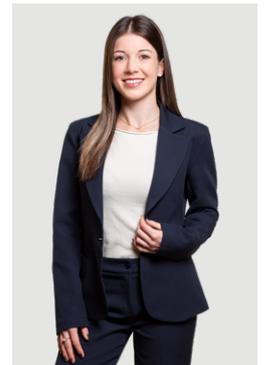
Erol  
Arp



Michael  
Opuhac



Alexandra  
Petzelbauer



Fabienne  
Schöpf

## KONTAKT

### CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH

INNSBRUCK • Bozner Platz 4 • Palais Hauser • 6020 Innsbruck  
CHG MEETING CENTER • Sparkassenplatz 2 – 5.OG • 6020 Innsbruck  
WIEN • Opolzergasse 6/11 • 1010 Wien

+43 512 56 73 73 • [office@chg.at](mailto:office@chg.at) • [www.chg.at](http://www.chg.at)

## IMPRESSUM

**CHG Newsletter Vergaberecht:** Offenlegung gemäß § 25 Mediengesetz:

### Herausgeber:

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH  
Bozner Platz 4, Palais Hauser, 6020 Innsbruck, Österreich  
T +43 512 56 73 73, F +43 512 56 73 73 15, E [office@chg.at](mailto:office@chg.at)

### Grundlegende Richtung

Fachinformationsblatt für Vergaberecht und öffentliches  
Wirtschaftsrecht

**Hinweis:** Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in  
dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne  
Gewähr erfolgen und eine Haftung der Herausgeber oder  
der Autoren ausgeschlossen ist.

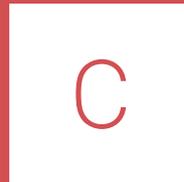
**Fotonachweis:** Seiten 1, 10, 13, 14: pixabay.com; Seite 2:  
bing.com; Seiten 4, 7, 12: unsplash.com; Seite 8: János  
Korom; Seiten 15 – 21: chg.at



CZERNICH  
RECHTSANWÄLTE

Wir bewegen Wirtschaft.

# Wir bewegen Wirtschaft. Seit 1999.



2020, 2021, 2022 und 2023 beste Kanzlei außerhalb Wiens<sup>1</sup> sowie 2021 und 2023 in Westösterreich erstgereiht und mit 5 von 5 Sternen<sup>2</sup> ausgezeichnet.

<sup>1</sup>Trend-Anwaltsrankings und <sup>2</sup>JUVE-Rankings

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH  
Innsbruck • St. Johann in Tirol • Wien • Bozen • Vaduz – [www.chg.at](http://www.chg.at)