regis

Regionalentwicklung Inneres Salzkammergut

Vergaberecht für LEADER-Projekte

RA Mag. Rudolf Pekar

Mit Unterstützung von Bund, Land und Europäischer Union

Bundesministerium Land- und Forstwirtschaft, Regionen und Wasserwirtschaft

WIR leben Land – Gemeinsame Agrarpolitik Österreich

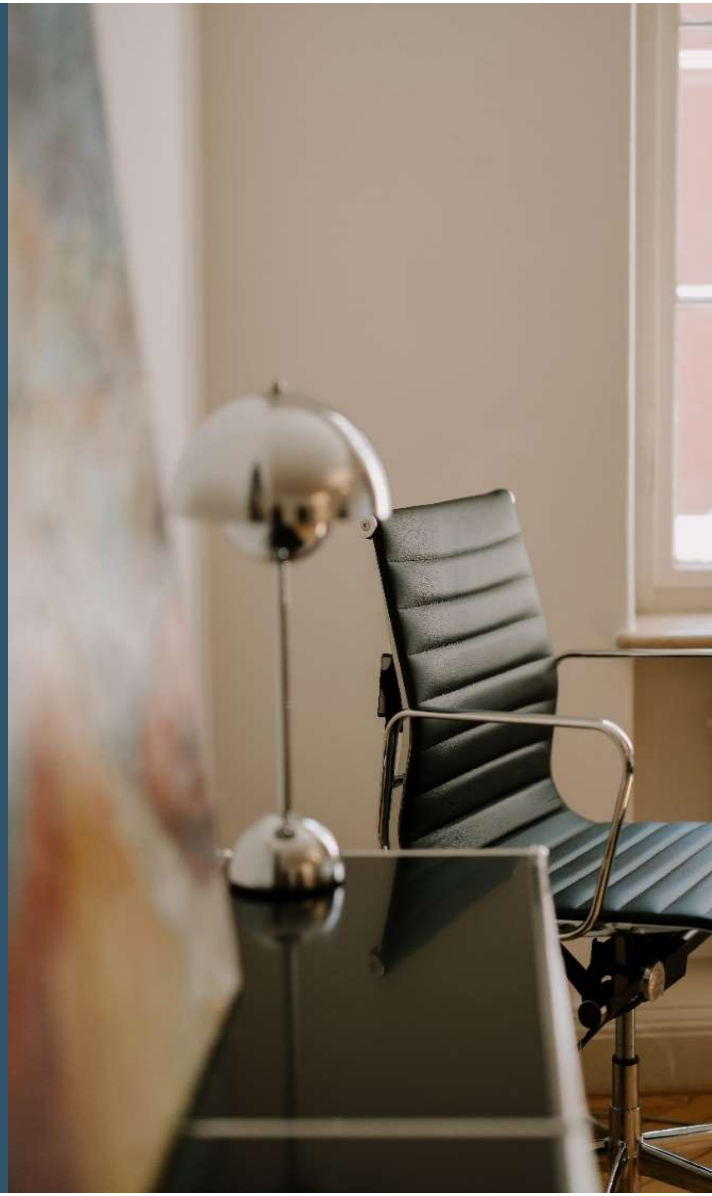
LAND OBERÖSTERREICH

LAND SALZBURG

Kofinanziert von der Europäischen Union

LEADER – Entwicklung durch die regionale Bevölkerung

GÖTZL PEKAR
RECHTSANWÄLTE



Anwälte für öffentliche Projekte.

Regional. Mit Weitblick. Am Punkt.

LEADER-Projekte: Grundlagen und Praxistipps

Verein Regionalentwicklung Inneres Salzkammergut | 28. Mai 2025

Agenda

- Grundlagen des Vergaberechts
- Öffentliche Auftraggeber – Sektorenauftraggeber
- Drei Auftragsarten
- Bedarf und Ermittlung des Auftragswerts
- Ausnahmen
- Leistungsbeschreibung
- Schwellenwerte
- Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagkriterien
- Verfahrensarten

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Agenda

- Angebotsöffnung
- Angebotsprüfung
- Verfahrensbeendigung
- Vergaberechtsschutz
- Vergaberecht und Förderungen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen des Vergaberechts

Grundlagen - Rechtsquellen

Diskriminierungs-verbot	Freier Warenverkehr	Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	EuGH-Rechtsprechung
RL 2014/24/EU Öffentliche AG	RL 2014/25/EU SektorenAG	RL 2014/23/EU Konzessionen	Verordnungen (zB Schwellenwerte, CPV)

Bundesvergabegesetz 2018

Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018

Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012

Vergabenachprüfungsgesetze der Bundesländer samt Verordnungen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen – Bundesvergabegesetz 2018

- regelt alle Beschaffungen (Bund, Land, Gemeinde)
- 382 Paragraphen in 6 Teile gegliedert
  - 1. Teil: Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen
  - **2. Teil**: Vergabeverfahren für **öffentliche Auftraggeber**
  - **3. Teil**: Vergabeverfahren für **Sektorenauftraggeber**
  - 4. Teil: Rechtsschutz vor Bundesverwaltungsgericht
  - 5. Teil: Außerstaatliche Kontrolle, IMI, Statistik, Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen
  - 6. Teil: Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen
- 20 Anhänge

Sämtliche Paragraphen dieser Unterlage beziehen sich auf das BVergG 2018 idgF

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen – Gegenstand BVergG

§ 1 Abs 1

„Das Bundesvergabegesetz regelt insbesondere die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie […], die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, […] und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden […]“

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen – Grundsätze

- **Bietergleichbehandlung**
  - Alle Bieter sind nach den gleichen Maßstäben zu beurteilen
  - Keine Diskriminierung einzelner oder ausländischer Bieter
- **Transparenz**
  - Öffentlichkeit und Bekanntmachung
  - Alle Bewertungskriterien sind offenzulegen
  - Führen eines Vergabeaktes
  - Verbale Begründung der Bewertung (Nachvollziehbarkeit)
- **Fairer, freier und lauterer Wettbewerb**
  - Vorarbeitenproblematik (§ 25 / § 198) - Informationsausgleich
  - Keine gebietsmäßige Beschränkung oder auf Berufsstände
  - Prüfung wettbewerbswidriger Abreden zwischen den Bietern

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen – Grundsätze

- Sachlichkeit
  - AG muss sich an eigene Ausschreibungsunterlagen halten
  - Festlegung von Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien
- **Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer**
- **Vergabe zu angemessenen Preisen**
- **Tatsächliche Vergabeabsicht**
- Vertraulichkeit **von Informationen**
- Umweltgerechtheit **der Leistungen**
  - Beschaffung von Straßenfahrzeugen (§ 94 / § 182)
  - Öst Aktionsplan zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung (naBe)
- **Berücksichtigung sozialpolitischer Belange**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen – Maßnahmen bei Interessenskonflikten

- **Pflicht zu Maßnahmen bei Interessenskonflikten** (§ 26 / § 199)
- AG muss geeignete Maßnahmen zur wirksamen **Verhinderung, Aufdeckung und Behebung** von sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergebenden **Interessenkonflikten** treffen
  - Mitarbeiter hat zB (in)direkt persönliche oder finanzielle Interessen, die seine Unparteilichkeit beeinträchtigen könnten
- Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und
- Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer
- **zB: Compliance-Systeme, internes Controlling**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Grundlagen – Vorherige Markterkundung

- **Vorherige Markterkundung explizit zulässig** (§ 24 / § 197)
- Einholung von **Informationen durch potentiell interessierte Unternehmen**
- für Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens
- Beratung durch Dritte
- Wettbewerb darf nicht verzerrt werden
- **Grundsätze des Vergabeverfahrens** (keine Diskriminierung)
- **Achtung:** Abgrenzung zu Vorarbeiten § 25

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Öffentliche Auftraggeber-
Sektorenauftraggeber

Öffentliche Auftraggeber

- **Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände**
- **Einrichtungen, die**
  - Naheverhältnis zur öffentlichen Hand haben (Finanzierung, Geschäftsführung, Kontrolle) und
  - die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (zB Verwaltung, Gesundheit, Soziales, Infrastruktur) und
  - Teilrechtsfähigkeit und Gründungszweck
  - Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Öffentliche Auftraggeber

- **Bund, Länder, Gemeinden**
- **Zentrale Auftraggeber gem Anhang III**
- **Ausgegliederte Sondergesellschaften**
  - zB AMA, Österreich Werbung, Bundesrechenzentrum GmbH, Öst Agentur für Gesundheit u Ernährungssicherheit GmbH, AMS, ASFiNAG, BIG
- **Sozialversicherungen, Kammern, Universitäten, Forschungseinrichtungen etc**
  - zB „ARC-Seibersdorf“ und Öst Akademie der Wissenschaften, OeNB
  - Ärztekammer Westfalen-Lippe: nein (EuGH 12.9.2013, Rs C-526/11)
- **Vereine, Fonds**
  - zB Verein Wiener Frauenhäuser, Fonds Soziales Wien, Salzburger Festspielfonds, Wiener Wirtschaftsförderungsfonds

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Öffentliche Auftraggeber

- **Krankenhäuser**
  - Öffentlicher Rechtsträger: ja (unstrittig zB gespag, KAGES, KAV)
  - Private Rechtsträger: nein (strittig)
  - Ordensspitäler: ja, sofern sie der Rechnungshofkontrolle unterliegen (UVS OÖ 18.9.2013, VwSen-550634/9/Wim/Bu; VwGH 17.9.2014, 2013/04/0144)
- **Kuranstalten, Thermen**
  - Bei entwickeltem Wettbewerb: nein
- **kommunale Eigenbetriebe**
  - Bei entwickeltem Wettbewerb: nein
  - Fernwärme Wien: ja, Sektoren-AG (EuGH 10.4.2008, Rs C-393/05)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Öffentliche Auftraggeber

- **Gemeinnützige Wohnungs- und SiedlungsGen**
  - Bei Entrichtung einer Kostenmiete für Schulgebäude durch den Bund und somit 100%-ige Projektfinanzierung (BVA 20.1.2011, N/0097-BVA/09/2010-68; vgl VwGH 8.11.2012, 2010/04/0128)
- **Rundfunkanstalten**
  - Bayrischer Rundfunk: ja (EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06)
  - ORF: ja (VwGH 23.11.2016, Ra 2016/04/0021)
- **Seilbahnen**
  - Bei entwickeltem Wettbewerb: nein
- **Sportvereine**
  - Nein: VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Sektorenauftraggeber

- **Private oder öffentliche Auftraggeber, die eine bestimmte – noch nicht völlig liberalisierte – Sektorentätigkeit in folgenden Bereichen ausüben:**
  - § 170: Gas, Wärme und Elektrizität (Netzbereitstellung, Betrieb u Einspeisung)
  - § 171: Wasser (Netz zur Trinkwasserversorgung)
  - § 172: Verkehrsleistung (Netzbereitstellung u -betrieb)
  - § 173: Postdienste (Abholen, Sortieren, Transport, Zustellung)
  - § 174: Erdöl, Gas, Kohle (Suche und Förderung)
  - § 175: Häfen und Flughäfen
- **zB Post, Verbund, EVN, ÖBB, Wiener Linien**
- **Konsequenz: Gelockertes Vergaberegime**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten

Drei Auftragsarten (abschließend)

- **Bauauftrag**
  - Entgeltlicher Vertrag über die Ausführung (und Planung) von Bauleistungen oder Bauvorhaben
  - Erbringung von Bauleistungen durch Dritte nach den Erfordernissen des öff AG (entscheidender Einfluss des öff AG)
- **Lieferauftrag**
  - Entgeltlicher Vertrag über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf von Waren (inkl Nebenarbeiten wie Verlegen oder Installation)
- **Dienstleistungsauftrag**
  - Entgeltlicher Vertrag, der kein Liefer- oder Bauauftrag ist

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten - Bauauftrag

- **Ausführung von Bauleistungen bzw Bauvorhaben**
  - zB Haustechnik- und Installationsarbeiten im Zuge von Gebäudesanierungen
  - Planung + Bau: Totalunternehmer
- **Erbringung einer Bauleistung durch Dritte**
  - zB Immobilienleasing, Bauträgerverträge, Bautreuhandverträge
- **Subventionierte (private) Bauleistungen**
  - zB geförderter Spitalsbau, Siedlungswasserbau
- **Weites Begriffsverständnis**
  - zB auch reine Aufschließungsmaßnahmen(EuGH 21.2.2008, Rs C-412/04 - Kommission/Italien)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten - Lieferauftrag

- **Kauf, Leasing, Pacht/Miete oder Ratenkauf von beweglichen Sachen, zB**
  - Leasing von Aufsitzkehrmaschinen
  - Einkauf von Büromaterial
  - Lieferung und Installation von Personal Computern
  - Beschaffung von Streusalz
  - Einkauf von Medizinprodukten, Medikamenten
  - Beschaffung von Lebensmitteln

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten - Dienstleistungsauftrag

Dienstleistungen

Vergaberecht „voll“

- Werbung
- Finanzdienstleistungen (zB Versicherungen)
- Datenverarbeitung
- Unternehmensberatung (zB PR-Beratung)
- Ziviltechnikerleistungen
- Abfall/Abwasserbeseitigung

Besondere Dienstleistungen

Vergaberecht „light“
§ 151 / § 312 iVm Anhang XVI

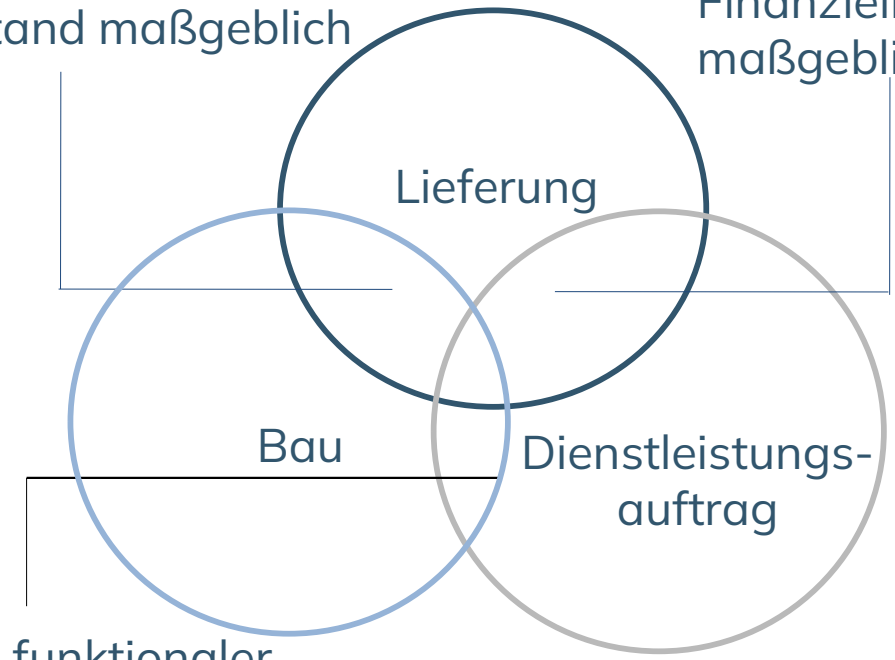
- Rechtsberatung durch Rechtsanwälte
- Unterricht (zB AMS-Schulungskurse)
- Gesundheits- und Sozialwesen
- sonstige Dienstleistungen (zB LKW-Mauteinhebung)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten - Abgrenzung

Inhaltlicher und funktionaler Hauptgegenstand maßgeblich

Finanzielles Überwiegen maßgeblich



Inhaltlicher und funktionaler Hauptgegenstand maßgeblich

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten – Abgrenzung Liefer- und Dienstleistungsauftrag

- **Grundsätzlich nach dem Hauptgegenstand des Auftrags, wenn Aufträge mehr als eine Art von Leistung umfassen** (§ 8 Abs 1)

- **Abgrenzung Lieferung und Dienstleistung weiterhin nach dem finanziellen Wert der Waren und Dienstleistung des Auftrags („main-value test“)** (§ 8 Abs 2)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten – Abgrenzung klassische und besondere Dienstleistungen

- **Abgrenzung klassischer und besonderer DL nach dem finanziellen Wert der Waren und Dienstleistung des Auftrags („main-value test“)** (§ 8 Abs 3)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Drei Auftragsarten – Abgrenzung Bau- und Lieferauftrag

- **Grundsätzlich nach Funktionalität der Leistung für das Gebäude („main-object test“)**
- **Zusätzliche Abgrenzung nach wirtschaftlicher und technischer Intensität des Eingriffs in die Objektsubstanz**
  - Laufende Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten geringer Komplexität (DL-Auftrag)
  - Geringfügige Bauleistungen und umfangreiche Wartungsleistungen (DL-Auftrag)
  - Lieferung, Einbau und Wartung haustechnischer Anlagen (Bauauftrag)
- **Zusätzliche Abgrenzung**
  - „Beweglichkeit“ bzw „Unbeweglichkeit“ iSd ABGB
  - Feste Verbindung mit der Gebäudesubstanz
- **Relevanz der Unterscheidung**
  - Höherer EU-Schwellenwert für Bauaufträge: 25x höher (öff AG)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts

Ermittlung des Auftragswerts

- **„Sorgfältige“ Schätzung nach Erfahrungswerten**
  - „Altangebote“
  - Preisdatenbanken
  - Markterkundung (Herstellerinformationen, Preislisten etc)
  - uU Beiziehung eines Sachverständigen
- **Ausgangspunkt sind Nettopreise**
  - Für sämtliche Lose, Optionen, Vertragsverlängerungen (möglicher Maximalwert)
  - Preise exkl Umsatzsteuer
  - Berücksichtigung von üblichen Preisnachlässen (Behördenrabatte, Abschläge von Gebührenordnungen, Skonti etc)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts

- **Ausschlaggebend ist Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung**
  - Absendung der Bekanntmachung
  - Direktes Ansprechen von Unternehmen
- **Prämien und Zahlungen des AG sind bei der Schätzung zu berücksichtigen**
- **Dokumentation der Schätzung erforderlich**
  - War die Schätzung sorgfältig, so schaden Abweichungen der einlangenden Angebotspreise nicht
  - Relevant auch für Bemessung Pauschalgebühr in Vergabekontrollverfahren

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts-
Vorhabensbegriff und Splitting-Verbot

- **Vorhabensbegriff**
  § 13 Abs 1 bzw § 186 Abs 1
  *„Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist der **Gesamtwert [...], der vom Auftraggeber** voraussichtlich **zu zahlen** ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte **Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen** einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen."*

- **Splitting-Verbot**
  § 13 Abs 5 und § 186 Abs 5
  *„Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf **nicht den Zweck** verfolgen, die **Anwendung** der Vorschriften **dieses Bundesgesetzes zu umgehen."***

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts

Berechnung des geschätzten Auftragswertes

- **alle eigenständigen Organisationseinheiten eines AG sind zusammen zu betrachten**
  - **Ausnahme** (§ 13 Abs 4 bzw § 186 Abs 4 BVergG):
  - Keine zwingende Kumulierung der Beschaffungsvolumina von selbständigen operationellen Einheiten eines Auftraggebers, wenn „selbständig für Auftragsvergabe zuständig“
  - Gesamtbetrachtung erforderlich, zB eigenständige Vergabeentscheidung, eigenes Budget, Vertragsautonomie, Beschaffung nur für die Einheit
- Dienstleistung in mehreren Losen: Wert aller Lose
  - Entfall des Wortes „gleichartig“

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts-
Vorhabensbegriff und Splitting-Verbot

- **Vorhabensbegriff und Splitting-Verbot gelten für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gleichermaßen!**
- **Sämtliche Einzelaufträge, die einem Vorhaben dienen, sind für die Ermittlung des Gesamtauftragswertes zusammenzurechnen, ausschlaggebend sind:**
  - gleiches Fachgebiet und
  - sachlicher und örtlicher Zusammenhang und
  - gemeinsamer Zweck und
  - gemeinsame Planung.
  - vgl VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188; 22.6.2011, 2011/04/0116; 23.5.2014, 2013/04/0025; 27.10.2014, Ra 2014/04/0022; 20.4.2016, Ro 2014/04/0071

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts- Splitting-Verbot

- **Splitting-Verbot - Beispiele**
  - Architekturplanung, Fachplanungen, Projektsteuerung, ÖBA, Begleitende Kontrolle sind zusammenzurechnen
    (EuGH 15.3.2012, C-574/10, „Autalhalle“; UVS Stmk 7.2.2013, UVS 443.15-3/2012-29, VwGH 9.9.2015, 2013/04/0046)
  - Teilleistungen der Architekturplanung (Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, Kostenermittlungsgrundlage sowie künstlerische, technische und geschäftliche Oberleitung) sind zusammenzurechnen
    (VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188)
  - Arbeitsmäntel, Arbeitsjacken, Latzhosen und Bundhosen sind gleichartige Lieferungen (BVA 21.3.1996, F-14/95-14)
  - Drehsessel mit und ohne Armlehnen sind gleichartig
    (BVA 21.3.1996, F-13/95-15)
  - Nicht gleichartig jedoch Möbel, Cafeteriaeinrichtung, Kücheneinrichtung (BVA 28.8.2002, N-104/01-46)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts – Liefer- und DL-Aufträge

- **Gesamtwert aller Leistungen (Vorhabensbegriff)**
- **Lieferverträge**
  - Befristung bis 12 Monate: Gesamtwert
  - Befristung größer 12 Monate: Gesamtwert
  - Unbefristete Verträge oder unklare Vertragsdauer: 48-fache Monatswert
- **Dienstleistungsverträge**
  - Befristung bis 48 Monate: Gesamtwert
  - Befristung größer 48 Monate: 48-fache Monatswert
  - Unbefristete Verträge: 48-fache Monatswert

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts – Liefer- und DL-Aufträge

- **Oberschwellenbereich**
  - Vorhabensbegriff: Auftragswert = **Summe aller Einzellose**
  - Ausnahme **„große Losregel“**: Vergabe im USB, wenn Auftragswert eines Loses < EUR 80.000,--; kumulierter Wert der USB-Lose max 20% des Auftragswertes aller Lose
    - Erleichterung bei Bekanntmachung
    - Auftragswert des Kleinloses bestimmt die Verfahrenswahl

- **Unterschwellenbereich**
  - **„kleine Losregel“**: Lose, deren geschätzter Auftragswert < EUR 50.000,-- (bzw 75.000,--) können direkt vergeben werden, sofern kumulierter Wert dieser Lose max 50% des Auftragswertes aller Lose nicht überschreitet

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts – Bauaufträge

- **Gesamtwert aller Leistungen (Vorhabensbegriff)**
- **Oberschwellenbereich**
- Vorhabensbegriff: Auftragswert = **Summe aller Gewerke**
  - Ausnahme **„große Losregel“**: Vergabe im USB, wenn Auftragswert eines Loses < EUR 1 Mio; kumulierter Wert der USB-Lose max 20% des Auftragswertes aller Lose
    - Erleichterung bei Bekanntmachung
    - Auftragswert des Kleinloses bestimmt die Verfahrenswahl
- **Unterschwellenbereich**
  - **„kleine Losregel“**: Auftragswert = Wert des jeweiligen Einzelgewerks

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ermittlung des Auftragswerts – Beispiel Losregelung

GÖTZL PEKAR RECHTSANWÄLTE

Beispiel Dienstleistungsauftrag

- Los 1: EUR 20.000,-- / Los 2: EUR 30.000,-- / Los 3: 350.000,-- / Los 4: EUR 600.000,--
- Ermittlung des Gesamtauftragswertes aller Lose: EUR 1.000.000,--
- 20% des Gesamtauftragswertes aller Lose: EUR 200.000,--
- Vergabe im USB, wenn Auftragswert eines Loses < EUR 80.000,-- (Lose 1 und 2)
- kumulierter Wert der USB-Lose max 20% des Auftragswertes aller Lose (ja, EUR 50.000,--)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht

Ausnahmen vom Vergaberecht

- **(Voll-) Ausnahmen**
  - §§ 9, 10 / §§ 178, 179
  - EuGH-Rechtsprechung
- **Vergaberecht „light“**
  - Direktvergabe / Verfahren ohne BM mit nur einem Unternehmen
  - Verfahren ohne BM mit mehreren Unternehmen
  - besondere Dienstleistungen, Konzessionen
  - USB

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht

- **„Grundsätze“**
  - Ausnahmetatbestände im BVergG abschließend aufgezählt
  - im Zweifel (str)eng auszulegen
  - funktionale bzw wirtschaftliche Betrachtung von Beschaffungsvorgängen (Umgehungsverbot)
  - Beweislast beim AG
  - reduzierter Rechtsschutz bei Verfahren ohne BM
    - Feststellungsverfahren: Anfechtungsfrist max 6 Monate (Kenntnis / Kennen-hätte-können)
    - Nichtigerklärung nur innerhalb von 6 Monaten ab Vertragsabschluss möglich / aber Geldbuße und Feststellung für Schadenersatz möglich (EuGH 26.11.2015, Rs C-166/14, MedEval)
    - keine Rechtssicherheit durch ex-ante- / ex-post-Transparenzbekanntmachung (EuGH 11.9.2014, Rs C-19/13, Fastweb II)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **Dienstleistungsauftrag vs Förderung**
  - „echte“ Förderungen unterliegen nicht BVergG
    → Anwendbarkeit des Beihilfenrechts („Altmark“-Kriterien)
- Abgrenzung Dienstleistungsauftrag vs Förderung:
  - Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise
  - keine gesetzlichen Abgrenzungsregeln oder EuGH-Rechtsprechung
- **Vergaberecht**: „sobald Pflicht zur Bereitstellung einer bestimmten **Dienstleistung gegen Entgelt** besteht“ - Indiz: Sanktionen für Verstöße gegen Vertragspflichten
- **kein Vergaberecht**: bei einseitigen bzw **„reinen Finanzierungszusagen“** - Verpflichtungen des Geförderten auf Nachweis der Förderungsvoraussetzungen oder Rückzahlung beschränkt

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **Open-House-Modelle**
  - Vergaberecht gilt grundsätzlich nicht; bei eindeutig grenzüberschreitendem Interesse allerdings allgemeine vergaberechtliche Grundsätze gem AEUV zu beachten
  - Zulassungssystem während der gesamten Laufzeit offen → das für den öffentlichen Auftrag notwendige Element der Auswahlentscheidung fehlt
  - kein öffentlicher Auftrag, selbst wenn während der begrenzten zeitlichen Laufzeit des Systems kein neuer Teilnehmer zugelassen wird

- **Kostenerstattungsverträge** sind öffentliche Liefer- und Dienstleistungsverträge (VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201)
- **Direktverrechnungsverträge** sind keine öffentlichen Aufträge (VfGH 25.11.2002, B 46/00; Lieferung von Inkontinenzprodukten, BVwG W134 2140275-2)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken: EuGH 22.4.2021, RS C-537/19 „Wiener Wohnen“**
- **DL-Aufträge** über **F&E Leistungen** (aber mit Klarstellung durch CPV-Codes)
- **Schiedsgericht** und **Schlichtungsdienstleistungen**
- **Finanzdienstleistungen** im Zusammenhang mit der **Ausgabe**, dem **Verkauf**, dem **Ankauf** oder der **Übertragung** von **Wertpapieren** oder anderen **Finanzinstrumenten**
- **Arbeitsverträge**
- **Beschaffung** von **Liefer- und DL von** einer **zentralen Beschaffungsstelle** (auch von ausländischen AG)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **(Quasi-) In-House-Vergaben** (§ 10 Z 7 / § 175 Z 6)
- Vergaberecht gilt, wenn Leistungen am Markt beschafft werden
- Leistungen können innerhalb einer Organisation bezogen werden
- Aber: Enge Voraussetzungen
- Sonst gilt: Auch innerhalb eines Konzerns oder von anderen öffentlichen Auftraggebern darf nur bei Einhaltung Vergaberecht beschafft werden!

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **In-House-Vergabe von Mutter zu Tochter**
  (§ 10 Abs 1 Z 1 und Z 3 BVergG)
- **BVergG gilt nicht für Vergabe von Aufträgen durch einen oder mehrere öff AG an einen Rechtsträger, wenn**
  - Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen
  - mehr als 80% der Tätigkeiten für kontrollierenden öff AG oder für anderen von diesem öff AG kontrollierten Rechtsträgern;
  - keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierten Rechtsträger mit beherrschendem Einfluss

  Definition Kontrolle: ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen – auch indirekt (über zwischengeschalteten Rechtsträger) möglich, zB Großmutter-Enkelin

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **In-House-Vergabe von Tochter zur Mutter („bottom-up“)** (§ 10 Abs 1 Z 2 lit a BVergG 2018)
  - BVergG gilt nicht für Vergabe von Aufträgen durch kontrollierten Rechtsträger an den ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber
  - Öff AG oder öff SektorenAG als Mutter oder Tochter
- **In-House-Vergabe von Tochter zu Tochter („Horizontale In-House-Vergabe“) (§ 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018)**
  - BVergG gilt nicht für Vergabe von Aufträgen an einen anderen von dem ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträger
  - Mutter (zB Bund), Tochter (zB BBG) an Tochter (zB BRZ)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **öffentlich-öffentliche Kooperation** (§ 10 Abs 3 BVergG 2018)
- **BVergG gilt nicht für Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern (öff SektorenAG), wenn**
  - Zusammenarbeit ausschließlich im öffentlichen Interesse
  - von den beteiligten öff AG zu erbringende öffentliche Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele (aller Beteiligten) ausgeführt werden
  - alle Beteiligten in Leistungserbringung eingebunden sind (nicht notwendig zu gleichen Teilen)
  - Tätigkeit wird von öff AG zu weniger als 20% auf dem offenen Markt erbracht
  - Bsp: Interkommunale Zusammenarbeit bei Abfallwirtschaft, IT-Zentren, Fuhrpark etc

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- **Erweiterter Katalog von Ausnahmetatbeständen**
  (§ 9 / § 178 BVergG 2018)
- **Bestimmte Rechtsanwalts-DL wie zB**
  - Vertretung in **Schiedsgerichts-** oder **Schlichtungsverfahren** oder **gerichtlichen** oder **behördlichen** Verfahren
  - Rechtsberatung **zur Vorbereitung** eines derartigen Verfahrens oder wenn **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Angelegenheit, auf die sich die Beratung bezieht, Gegenstand eines Verfahrens werden wird
- **Kredit- und Darlehensaufnahme**
  - unabhängig vom Zweck

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmetatbestände

- Dienstleistungsaufträge im **Bereich des Katastrophenschutzes** (Krankentransport aber ausschreibungspflichtig)
- **Öffentliche Personenverkehrsdienste auf (Eisenbahn)-Schiene und U-Bahn**
- Aufträge über **nichtwirtschaftliche Dienstleistungen** von allgemeinem Interesse, zB
  - Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung, wie **Kur- und Rehableistungen** (so in den EB)
- DL im Rahmen **politischer Kampagnen**
- **Unwesentliche Änderungen von Verträgen und RV**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht

– unwesentliche Vertragsänderungen (§ 365)

1. Schritt: Änderungsvorbehalt / Abrufmöglichkeit im Vertrag?

↓

2. Schritt: Ausnahmetatbestände?

- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung
- geringfügige Änderung
- erforderliche zusätzliche Leistung
- unvorhersehbare Änderung

↓

3. Schritt: wesentliche oder unwesentliche Änderung?

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht – Vertragsänderungen / 1. Schritt

- **Änderungsvorbehalte im Vertrag (§ 365 Abs 3 Z 2)**
  - „*klar, präzise und eindeutig*“ formuliert
  - „*Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen*“ und zu den „*Bedingungen* […], *unter denen sie zur Anwendung gelangen können*“
  - keine Änderungen des „*Gesamtcharakters des Auftrags*“
  - Grundregel: je konkreter nachträgliche Änderungen in den AU festgelegt (bzw im Auftragswert berücksichtigt) sind, desto mehr spricht das für ihre Zulässigkeit
  - globale Änderungsvorbehalte erlauben keine Vertragsänderung!

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht – Vertragsänderungen / 2. Schritt

- **geringfügige Änderungen (§ 365 Abs 3 Z 1)**
  - „*Wert der Änderung*“ darf folgende Werte nicht übersteigen:
    - EU-Schwellenwerte (EUR 5.538.000,- bei Bauleistungen; EUR 221.000,- bzw 443.000,- bei Liefer- und Dienstleistungen) **und**
    - 10% des ursprgl Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungen bzw 15% des ursprgl Auftragswerts bei Bauleistungen
    - keine Änderung des „*Gesamtcharakters des Auftrags*“
  - für „kleine“ Überbrückungsbeauftragungen
  - keine BM-Pflicht

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht – Vertragsänderungen / 2. Schritt

- **zusätzliche Leistungen (§ 365 Abs 3 Z 5)**
  - „*zusätzliche*“ Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen
    - wenn AN-Wechsel aus „*wirtschaftlichen oder technischen Gründen*“ (Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit im Rahmen des ursprgl Vergabeverfahrens beschafften Leistungen) „*nicht erfolgen kann*“
    - **und** mit „*erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten*“ für den AG verbunden wäre
    - Preiserhöhung bis max 50% des ursprgl Auftragswerts (nicht bei Sektoren-AG)
    - BM-Pflicht
  - Voraussetzungen widersprüchlich (Unmöglichkeit vs Schwierigkeiten)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht – Vertragsänderungen / 2. Schritt

- **nicht vorhersehbare Umstände (§ 365 Abs 3 Z)**
  - Vertragsänderung aufgrund von
    - „*Umständen, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender AG nicht vorhersehen konnte*“
    - keine Änderung des „*Gesamtcharakters des Auftrags*“
    - Preiserhöhung bis max 50% des ursprgl Auftragswerts (nicht bei Sektoren-AG)
    - BM-Pflicht
  - Voraussetzung: kein Verschulden des AG!

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht – Vertragsänderungen / 2. Schritt

- **BM-Pflicht bei Vertragsänderungen (§ 365 Abs 4)**
  - bei nicht vorhersehbaren Umständen und zusätzlichen Leistungen
  - EU-weite BM nach Vertragsänderung
  - (unklare) Konsequenz bei Nichteinhaltung der BM-Pflicht → Anfechtungsfrist beginnt nicht zu laufen?

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Ausnahmen vom Vergaberecht – Vertragsänderungen / 3. Schritt

– **Prüfung Wesentlichkeit** (§ 365 Abs 2)

- **1. Kriterium:** Zulassung **anderer Bewerber** oder Annahme eines **anderen Angebots** möglich oder **Interesse weiterer Teilnehmer** geweckt?
  →Was wäre passiert, wenn der geänderte Auftrag ausgeschrieben worden wäre?

- **2. Kriterium: Änderung** des **wirtschaftlichen Gleichgewichts** zugunsten des AN

- **3. Kriterium: Auftragserweiterung oder -Verringerung** in erheblichem Umfang

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Bedarfsermittlung und Leistungsbeschreibung

Festlegung Beschaffungsgegenstand

- **Beschaffungsermessen**
  - AG hat **weiten Gestaltungsspielraum** bei Festlegung Beschaffungsgegenstand:
  - Grundsätzlich frei, die zu beschaffende Leistung nach seinen Bedürfnissen zu definieren (sog. „**Beschaffungsermessen**“; siehe zB VwGH 26.2.2014, 2011/04/0168 mwN).
  - **Aber**: Einschränkung durch **Vergabegrundsätze**, wie Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung etc; und Vorgaben zu Leistungsbeschreibung etc
  - Auch „hohe“ und sachlich gerechtfertigte qualitative Anforderungen an die zu beschaffende Leistung zulässig. Der Umstand allein, dass einzelne Unternehmer nicht in der Lage sind, diese zu erfüllen, schadet dabei noch nicht (vgl. zB EuGH Rs C-513/99, Concordia Bus Finland, Rz 85 f.).

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Leistungsbeschreibung

- **Gesetzmäßige Leistungsbeschreibung erfordert:**
  - **umfassendes** und differenziertes Bild vom Auftragsgegenstand
  - **Vergleichbarkeit** und **Kalkulierbarkeit** der Angebote
  - eindeutig, vollständig und **neutral**
  - Neutralität nicht gegeben, wenn Produkte bestimmter Hersteller angefordert werden
  - Aber: Angabe von Produkten zulässig, wenn „oder gleichwertig“ angegeben wird (Gleichwertigkeitskriterien!)
  - Festlegung bestimmter **Materialien ohne Zulassung gleichwertiger Alternativen** nur zulässig, wenn der Auftragsgegenstand dies objektiv erfordert (EuGH 16.1.2025, Rs C-424/23) → es darf keine technisch andere Lösung in Frage kommen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Leistungsbeschreibung konstruktiv vs funktional

konstruktive Leistungsbeschreibung (positionsweises LV) § 104 Abs 1 bzw § 273 Abs 1	funktionale Leistungsbeschreibung (Leistungsanforderung) § 104 Abs 2 bzw § 273 Abs 2
Abgeschlossene Planung des AG Eindeutige, vollständige und neutrale LB AG gibt Umfang, Art und Güte der Leistung genau vor Vergleichbarkeit der Angebote gut gewährleistet idR offenes und nicht offenes Verfahren	Offene Planung des AG Hinreichend genaue und neutrale Beschreibung des Leistungsziels AG gibt nur die „Funktion“ vor, der Weg dorthin ist individuell Vergleichbarkeit der Angebote schwieriger idR nur verhandelbar

© vgp. Götzl

Technische Spezifikationen

- **Technische Spezifikationen**
  - Vom AG **frei wählbar**
  - Aber: Einhaltung **Diskriminierungsverbot**
  - **Prüfung Neutralität!**
  - Problematisch, wenn nur ein Unternehmer oder eine spezifische Gruppe von Unternehmern das festgelegte Niveau erfüllt
  - Für technischen Spezifikationen, Leistungsvertrag und Leistungsbeschreibung: AG hat **europäische Normen und geeignete Leitlinien (ÖNORMEN)** heranzuziehen. Abgehen von Normenbindung zulässig - Gründe zu dokumentieren!

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte

Schwellenwerte – EU-Schwellenwerte

EU-Schwellenwerte (alle 2 Jahre neu)		
	Bis 31.12.2023	**Seit 1.1.2024**
	Oberschwelle ab	
Liefer- und Dienstleistungsaufträge öffentliche Auftraggeber zentrale öffentliche Auftraggeber gem Anhang V Sektorenauftraggeber	EUR 215.000 EUR 140.000 EUR 431.000	**EUR 221.000** **EUR 143.000** **EUR 443.000**
Bauaufträge und Baukonzessionsverträge	EUR 5.382.000	**EUR 5.538.000**
Besondere Dienstleistungen (Anhang XVI) öffentliche Auftraggeber Sektorenauftraggeber	EUR 750.000 EUR 1.000.000	**EUR 750.000** **EUR 1.000.000**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte – SchwellenwerteVO 2023

SchwellenwerteVO 2023		
SchwellenwerteVO 2023 bis 31.12.2025		
Direktvergabe		
alle Auftragsarten:	EUR	< 100.000
Sektoren-AG:	EUR	< 100.000
nicht offenes Verfahren ohne BM		
Bau:	EUR	< 1.000.000
DL/ L:	EUR	< 100.000
Sektoren-AG:		USB
Verhandlungsverfahren ohne BM		
alle Auftragsarten:	EUR	< 100.000
Sektoren-AG:	EUR	USB

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte-Öffentliche Auftraggeber

Bauauftrag		
Subschwellen-werte (EUR) bis 31.12.2023	**Subschwellen-werte (EUR) seit 1.1.2024**	**Mögliche Verfahrensarten**
≥ 5.382.000	**≥ 5.538.000**	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit EU-BM Verhandlungsverfahren mit EU-BM (Begründung gemäß § 34 erforderlich)
< 5.382.000	**< 5.538.000**	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit BM Verhandlungsverfahren mit BM
Subschwellen-werte (EUR)	**Zeitliche Geltung**	**Mögliche Verfahrensarten**
< 1.000.000 < 300.000	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Nicht offenes Verfahren ohne BM
< 100.000 < 80.000	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Verhandlungsverfahren ohne BM
< 500.000	-	Direktvergabe mit BM
< 100.000 < 50.000	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Direktvergabe

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte-Öffentliche Auftraggeber

Liefer- und Dienstleistungsauftrag		
Subschwellen-werte (EUR) bis 31.12.2023	**Subschwellen-werte (EUR) seit 1.1.2024**	**Mögliche Verfahrensarten**
≥ 215.000	**≥ 221.000**	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit EU-BM Verhandlungsverfahren mit EU-BM (Begründung gemäß § 34 erforderlich)
< 215.000	**< 221.000**	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit BM Verhandlungsverfahren mit BM
Subschwellen-werte (EUR)	**Zeitliche Geltung**	**Mögliche Verfahrensarten**
< 107.000	-	Verhandlungsverfahren mit 1 Bieter bei geistigen DL, wenn wirtschaftl Wettbewerb wg Beschaffungskosten unvertretbar
< 100.000 **< 80.000**	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Nicht offenes Verfahren ohne BM
< 100.000 **< 80.000**	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Verhandlungsverfahren ohne BM
< 130.000	-	Direktvergabe mit BM
< 100.000 **< 50.000**	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Direktvergabe

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte-Öffentliche Auftraggeber

Besondere Dienstleistungen (Anhang XVI)		
Subschwellen-werte (EUR)	**zeitliche Geltung**	**Mögliche Verfahrensarten**
≥ 750.000	seit 21.8.2018	Verfahren mit mehreren Unternehmen und mit vorheriger Bekanntmachung
< 750.000	seit 21.8.2018	„grundsätzlich“ Verfahren mit mehreren Unternehmen; Einhaltung unionsrechtliche Grundsätze bei grenzüberschreitendem Interesse (insb BM)
< 150.000	seit 21.8.2018	Direktvergabe mit BM
< 100.000	seit 21.8.2018	Direktvergabe

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte - Sektorenauftraggeber

Bauauftrag		
Subschwellen-werte (EUR) bis 31.12.2023	**Subschwellen-werte (EUR) ab 1.1.2024**	**Mögliche Verfahrensarten**
≥ 5.382.000	**≥ 5.538.000**	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit EU-BM Verhandlungsverfahren mit EU-BM Wettbewerblicher Dialog
< 5.382.000	**< 5.538.000**	alle Verfahrensarten ausgenommen Direktvergabe (soweit auf Grund von Wert/Gegenstand des Auftrages erforderlich, ist Verfahren zu wählen, das angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleistet)
Subschwellen-werte (EUR)	**Zeitliche Geltung**	**Mögliche Verfahrensarten**
< 500.000	-	Direktvergabe mit BM
< 100.000 **< 75.000**	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Direktvergabe

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte - Sektorenauftraggeber

Liefer- und Dienstleistungsauftrag		
Subschwellen-werte (EUR) bis 31.12.2023	**Subschwellen-werte (EUR) ab 1.1.2024**	**Mögliche Verfahrensarten**
≥ 431.000	**≥ 443.000**	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit EU-BM Verhandlungsverfahren mit EU-BM Wettbewerblicher Dialog
< 431.000	**< 443.000**	alle Verfahrensarten ausgenommen Direktvergabe (soweit auf Grund von Wert/Gegenstand des Auftrages erforderlich, ist Verfahren zu wählen, das angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleistet)
Subschwellen-werte (EUR)	**Zeitliche Geltung**	**Mögliche Verfahrensarten**
< 200.000	-	Direktvergabe mit BM
< 100.000 **< 75.000**	seit 7.2.2023 ab 1.1.2026	Direktvergabe

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Schwellenwerte - Sektorenauftraggeber

Besondere Dienstleistungen (Anhang XVI)		
Subschwellen-werte (EUR)	**zeitliche Geltung**	**Mögliche Verfahrensarten**
≥ 1.000.000	seit 21.8.2018	Verfahren mit mehreren Unternehmen und mit vorheriger Bekanntmachung
< 1.000.000	seit 21.8.2018	„grundsätzlich“ Verfahren mit mehreren Unternehmen; Einhaltung unionsrechtliche Grundsätze bei grenzüberschreitendem Interesse (insb BM)
< 200.000	seit 21.8.2018	Direktvergabe mit BM
< 150.000	seit 21.8.2018	Direktvergabe

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien
Auswahlkriterien
Zuschlagskriterien

Eignungskriterien

GÖTZL PEKAR RECHTSANWÄLTE

§ 2 Z 22 lit c

„… die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind“

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien – 3 Kategorien

- **Befugnis**
  - Berufsbefähigung nach GewO, ZTG etc.
- **Leistungsfähigkeit**
  - **Finanzielle bzw. wirtschaftliche:** Prüfung des „Durchhaltevermögens“ bis Auftragsende

    (zB Mindestumsatz, Haftpflichtversicherung)
  - **Technische:** Prüfung der Ressourcen
    (zB Mitarbeiter, Geräte, Referenzen)
- **Zuverlässigkeit (Ausschlussgründe)**
  - Prüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien

- **KO-Kriterien**
  - Mindestanforderungen an die Eignung
  - nur JA/NEIN bzw. erfüllt/nicht erfüllt
  - Abgrenzung Eignungskriterien und vertraglichen Muss-Kriterien
  - Befugnis und Zuverlässigkeit müssen bei Bewerber/Bieter und bei Subunternehmer erfüllt sein
- **Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung**
  - Einstufiges Verfahren mit Bekanntmachung: Angebotsöffnung
  - zweistufiges Verfahren: Ende der Teilnahmefrist
  - Verfahren ohne Bekanntmachung: Aufforderung zur Angebotsabgabe
- **zwingend unternehmensbezogen**
  - Qualität des Unternehmens
  - nicht angebotsbezogen (Qualität des Angebots)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien

- **Publizität**
  - Ausschließliche Verwendung von in der Ausschreibung bekannt gemachten Eignungskriterien (kein Nachschieben von Kriterien)
- **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**
  - Rechtfertigung der Eignungskriterien durch den Gegenstand des Auftrages
- **Keine Doppelverwertung**
  - Als Eignungskriterien „verbrauchte“ Kriterien können nicht noch einmal als Auswahl- oder Zuschlagskriterien verwendet werden (insbesondere Referenzen!)
- **Durchgehende Erfüllung**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien

- **Gewerbeordnung (§ 373a GewO)**
  - Unternehmen hat Sitz in EU-/EWR-Vertragsstaat oder Schweiz
  - erbringt vorübergehende oder gelegentliche Dienstleistungen in Österreich
- **Voraussetzung für Zulässigkeit der DL-Erbringung**
  - bei „sensiblen“ reglementierten Gewerben: Dienstleistungsanzeige beim BM für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort vor Ende der Angebots-frist und Entscheidung der Behörde bzw Ablauf von 2 Monaten
  - rund 30 sensible Gewerbe: zB Baumeister, Elektrotechnik, Glaser, Hafner, Medizinprodukte, Ingenieurbüros, Sicherheitsgewerbe, Steinmetzmeister, Zimmermeister etc
  - bei allen anderen reglementierten Gewerben: bloße DL-Anzeige
  - Eintragung im **Dienstleisterregister** des BM für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien - Leistungsfähigkeit

- **Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** (§ 84 / § 255 iVm Anhang X BVergG)
  - verlangter Mindestgesamtjahresumsatz max 2-facher geschätzter Auftragswert (Begründungspflicht, wenn darüber)
  - Rating (KSV oder vergleichbar)
- **Technische Leistungsfähigkeit** (§ 85 / § 255 iVm Anhang XI BVergG)
  - Referenzen der letzten 3 Jahren (DL, Lieferungen) bzw 5 Jahre (Bau)
  - Bestätigung des Referenz-AG nicht mehr erforderlich
  - **„Referenz-Shopping“ unzulässig** (§ 86 / § 257 BVergG)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignung - Ausschlussgründe

- **Ausschlussgründe**
  (§ 78 / § 249)
  - Vorliegen rechtskräftiger **Verurteilung** wg bestimmter Delikte (zB Bestechung, Betrug), schwerer Berufsverfehlung (Arbeits-, Sozial- oder Umweltrecht)
  - Nichtzahlung **Sozialversicherungsbeiträge** und **Steuern**
  - Eröffnung **Insolvenzverfahren;** Liquidation, Einstellung gewerbliche Tätigkeit
  - Verstoß gegen **AusländerbeschäftigungsG** und **Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG**
  - Beteiligung an **Vorbereitung Vergabeverfahren**, wenn Wettbewerbsverzerrung
  - Vorliegen potentieller **Interessenskonflikte**
  - Vorliegen **wettbewerbswidriger Abreden** (hinreichend plausible Anhaltspunkte erforderlich)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignung - Ausschlussgründe

- „schwarze Schafe – Klausel“: **mangelhafte Erfüllung** wesentlicher Anforderungen im Rahmen eines **früheren Auftrages** durch das Unternehmen, die
  - zu vorzeitiger Beendigung Vertrag führten oder die
  - Schadenersatz oder vergleichbare Sanktionen nach sich zogen.
- schwerwiegende **Täuschung** bei Erteilung Eignungsauskünfte, Nichterteilung Eignungsauskünfte bzw. **Nichtvorlage** Eignungsnachweise
- Unternehmen, die
  - versuchen, die Entscheidungsfindung des **Auftraggebers zu beeinflussen**
  - versuchen, an **vertrauliche Informationen** zu gelangen
  - **fahrlässig irreführende Informationen** an den Auftraggeber übermitteln

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignung – Ausschlussgründe
Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping

- **Pflichten des AG im Rahmen der Eignungsprüfung** (§ 81 / § 251)
  - Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz der Österreichischen Gesundheitskasse als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung (**Kompetenzzentrum LSDB**)
  - Auskunft aus der **zentralen Verwaltungsstrafevidenz des BMF** gemäß § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes
  - über für die Zuschlagserteilung in Betracht kommende **Bewerber, Bieter** und deren **Subunternehmer**
  - Diese Auskünfte dürfen nicht älter als sechs Monate sein.
  - Nach Zuschlag: **Meldeverpflichtung** des Auftraggebers in der **Baustellendatenbank** bei **Bauaufträgen** über EUR 100.000,--

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien - Nachweise

- **Gewerberegisterauszug, Bescheid über ZT-Befugnis, entsprechende Urkunden des Herkunftslandes, Nachweise für Sonderbefugnisse**
- **Firmenbuchauszug**
- **FA-Lastschrift, SV-Konten** (Rückstand?)
- **Strafregisterauszug aller GF bzw Vorstände und Prokuristen**
- **Erklärung Umsätze** (Verhältnismäßigkeit!)
- **Erklärung Personalausstattung** (Verhältnismäßigkeit!)
- **Erklärung technisch Ausstattung** (Verhältnismäßigkeit!)
- **Referenzen** (Verhältnismäßigkeit!)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien - Nachweise

- **„Only-Once-Principle“**
  (§ 80 Abs 6 / § 251 Abs 6)
  - Bereits **vorgelegte** und **weiterhin aktuelle Nachweise** müssen vom Unternehmer **nicht wieder vorgelegt** werden
  - sofern die darin gemachten Angaben weiterhin zutreffend und aktuell sind und soweit die
  - Angaben für die im neuen Vergabeverfahren gestellten Eignungsanforderungen passend sind
  - Ziel: Entlastung von Verwaltungsaufwand

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Einheitliche Europäische Eigenerklärung

- **Einheitliche Europäische Eigenerklärung**
  (§ 80 / § 250)
  - ist ein elektronisches Standardformular für eine Eigenerklärung von Unternehmen über die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen.
- **Ziele**
  - Senkung des Verwaltungsaufwands für AN (insb für KMU)
  - Vereinfachung durch ein EU-weites Standardformular
  - Vermeidung von Problemen iZm genauen Abfassen von förmlichen Erklärungen und Einverständniserklärungen
- **Inhalt**
  - Vorläufiger Beleg der Eignung
  - Nichtvorliegen von Ausschlussgründen
  - Falls gefordert: Angabe zu Auswahlkriterien

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Einheitliche Europäische Eigenerklärung

- OSB
  - **Festlegung durch AG, wie die Eignung zu belegen ist**
  - **AG kann Vorlage der EEE verlangen, Unternehmen muss sie vorlegen**
  - **Wenn AG keine EEE verlangt, kann Unternehmen EEE freiwillig vorlegen. AG ist verpflichtet sie zu akzeptieren**
  - AG hat nur von Bietern, an die er Aufträge vergeben möchte, Nachweise einzusehen **und zu prüfen**
- USB
  - Vorlage der bisher bekannten **Eigenerklärung** möglich

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungskriterien - Eigenerklärung

- **AG <u>muss</u> Eignungsnachweise vor Zuschlagserteilung vom Zuschlagsempfänger verlangen, wenn**
  - Bau-/Liefer-/Dienstleistungsauftrag in Oberschwelle
  - Bauauftrag ≥ 5,538 Mio (auch SekAG)
  - Liefer-/Dienstleistungsauftrag ≥ 221.000 (SekAG ≥ 443.000)
- **Zeitpunkt des Verlangens der Nachweise**
  - grundsätzlich vor Zuschlagserteilung
  - 2-stufiges Verfahren: Ende 1. Stufe von allen in die 2. Stufe einzuladenden Bewerbern
  - 1-stufiges Verfahren: vor Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung von für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Bietern

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Auswahlkriterien

GÖTZL PEKAR RECHTSANWÄLTE

§ 2 Z 22 lit a

„... sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, objektiven, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird ...“

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Auswahlkriterien

- Keine KO-Kriterien
  - sondern abgestuft bewertbare Kriterien
  - nur bei 2-stufigen Verfahren
- Quantifizierung der Qualität der Bewerber
  - unternehmensbezogen
- **Zwingende** Bekanntgabe des Bewertungsschemas
  - EuGH 12.12.2002, Rs C-470 - Universale Bau
- **Zwingende** Offenlegung von Methode und Art der Punktevergabe
- **Worthülsen und allgemeine Begriffe unzureichend**
  - BVA 29.3.2004, 15N-6/04-29 - Stadion Klagenfurt

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Auswahlkriterien - Beispiele

- **Qualität des vertragsspezifischen Schlüsselpersonals**
  - Ausbildung
  - Berufserfahrung
  - Eigenreferenzen
- **Überschreiten des Mindestumsatzes oder anderer finanzieller Kennzahlen**
- **Überschreiten des Mindestpersonal**
- **Überschreiten der Mindestgeräte**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Auswahlkriterien - Beispiele

- **Unternehmensreferenzen**
  - Anzahl der Referenzprojekte;
  - Referenzzeitraum (zB Abschluss /Abnahme/Betriebsaufnahme vor nicht mehr als fünf Jahren);
  - Fertigstellungsgrad (zB Abrechnung von 50% der Auftragssumme);
  - erbrachter Leistungsumfang (zB Elektroinstallationsarbeiten, Baumeisterarbeiten, Architekturplanung, Ausführungsplanung);
  - Mindestauftragssumme
    (zB definierte Kostengruppen gem ÖNORM B 1801-1:2009);
  - sonstige Festlegungen (zB Umbau bei laufendem Betrieb).
  - Bewertung von Eigenreferenzen?

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien

GÖTZL PEKAR RECHTSANWÄLTE

§ 2 Z 22 lit d sublit aa

„... sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird ...“

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien

- **Auftragsbezogen (= angebotsbezogen)**
  - auf die Qualität/Preis des Angebotes gerichtet (nicht unternehmensbezogen!)
- **Strikte Trennung von Eignungs-, Auswahl-, und Zuschlagskriterien**
  - Doppelverwertung unzulässig
- **Keine tauglichen Zuschlagskriterien**
  - „Anzahl der Referenzprojekte“ und „Anzahl der firmeneigenen Mitarbeiter“
  - Weil nicht auftragsbezogen; in Wahrheit Eignungskriterien (B-VKK 05.11.2002 S-88/02-13)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien - Zuschlagsmodelle

- **Billigstbieter / Billigstangebotsprinzip**
- Niedrigster Preis

- **Bestbieter / Bestangebotsprinzip**
- technisch/wirtschaftlich günstiges Angebot (echter Bestbieter)
- niedrigste Kosten (nur im Sinn eines „Kostenmodells“, zB LZK)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien - Bestbieterprinzip

Verpflichtendes „Bestbieterprinzip“ (§ 91 Abs 5 bzw§ 262 Abs 4 BVergG)	
Öffentlicher Auftraggeber	**Sektorenauftraggeber**
Bauauftrag mit geschätztem Auftragswert ≥ EUR 1 Mio	Bauauftrag mit geschätztem Auftragswert ≥ EUR 10 Mio
Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen (auch „geistige Dienstleistungen“)	-
im Wesentlichen funktionale Leistungsbeschreibung	-
wettbewerblicher Dialog	wettbewerblicher Dialog
Innovationspartnerschaft	Innovationspartnerschaft

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien - Bestbieterprinzip

Horizontales Bestbieterprinzip (§ 91 Abs 6 bzw § 262 Abs 5 BVergG) = Berücksichtigung qualitätsbezogener Aspekte	
Qualitätsbezogene Aspekte gem § 20 bzw § 193 BVergG	zu berücksichtigen in
Umwelt oder **sozialpolitische Belange** oder **Innovation**	**Leistungsbeschreibung** oder **technische Spezifikation** oder **Eignungskriterien** oder **Zuschlagskriterien** oder **Ausführungsbedingungen**
Gesonderte Bezeichnungspflicht in den Ausschreibungsunterlagen	
Prüfung durch Vergabekontrolle	

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien - Bestbieterprinzip

Verpflichtendes horizontales Bestbieterprinzip (§ 91 Abs 6 bzw § 262 Abs 5 BVergG)	
Öffentlicher Auftraggeber	**Sektorenauftraggeber**
unmittelbar personenbezogenen Gesundheits- oder Sozialdienstleistungen gem. Anhang XVI	unmittelbar personenbezogenen Gesundheits- oder Sozialdienstleistungen gem Anhang XVI
Beschaffungen im öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr (Berücksichtigung sozialer Aspekte!)	Beschaffungen im öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr (Berücksichtigung sozialer Aspekte!)
-	im Wesentlichen funktionale Leistungsbeschreibung
Lebensmittel	Lebensmittel
Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen	Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Zuschlagskriterien - Kernaussagen

- **Zuschlagskriterien**
  - müssen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen angeführt werden
  - müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen
  - dürfen nicht diskriminierend sein
  - dürfen dem AG bei der Anwendung keinen uneingeschränkten Spielraum lassen
  - müssen nicht zwingend ausschließlich wirtschaftlich sein

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

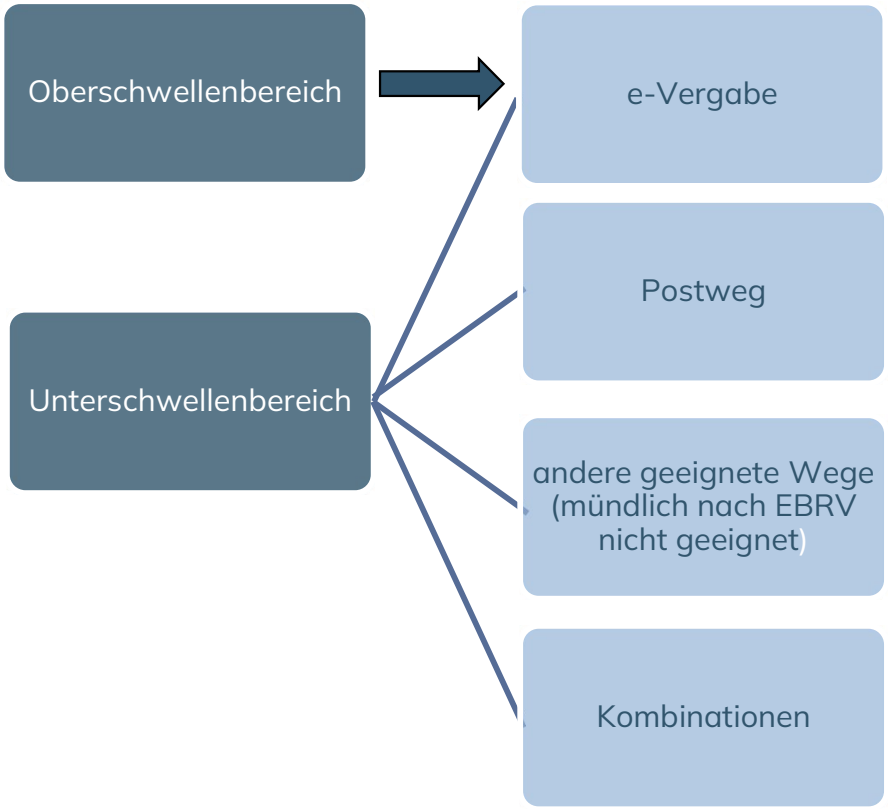
Zuschlagskriterien - Beispiele

- Bauzeitverkürzung erhöht den wirtschaftlichen Wert der Leistung und ist daher jedenfalls als zulässiges Zuschlagskriterium anzusehen. (BVA 15.9.2001, N-79/01-27)
- Verkürzung einer Lieferfrist ist dann vergaberechtskonform, wenn sich bei einer Verkürzung Vorteile für den AG ergeben. (BVA 31.3.2008, N/0025-BVA/05/2008-20)
- Erfordernis, dass der AG den Ausschreibungsgegenstand innerhalb eines Umkreises von 300 km von seiner Betriebsstätte besichtigen kann, als Zuschlagskriterium unzulässig (EuGH 19.6.2003, C-315/01, Vorabentscheidung GAT/ÖSAG)
- Die Bewertung der Wahrscheinlichkeit der Einhaltung eines Vertrages stellt kein zulässiges Zuschlagskriterium dar, da beim Abschluss eines Vertrages grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der jeweils andere seine Pflichten aus dem Vertrag erfüllt (VKS Wien 14.6.2005, VKS-1352/00 ua)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Rechtliche Vorgaben für die e-Vergabe

Kommunikationsmittel - § 48 Abs. 1 und 2 BVergG



© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten

Verfahrensarten - Verfahrenswahl

- **Auftragsart und Schwellenwert sind zu berücksichtigen**
- **Ein und derselbe Gegenstand kann zT auf verschiedene Arten ausgeschrieben werden**
- **Entscheidend sind dabei**
  - wirtschaftliche Überlegungen (zB Vergabe von Bauaufträgen in 1-stufigen oder 2-stufigen Verfahren)
  - die für die Ausschreibung zur Verfügung stehende Zeit
  - das Budget, weil komplexe Verfahrensarten zwar treffsicherer, aber auch teurer in der Abwicklung sind
  - der mit der Ausschreibung adressierte Bieterkreis

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten - Verfahrenswahl

- **Unzulässiger Wechsel zwischen verschiedenen Verfahrensarten**
  - Wenn eine Entscheidung für eine Verfahrensart gefällt worden ist, kann von dieser Entscheidung bis zum Ende des Verfahrens nicht mehr abgegangen werden.

    (EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – einstufiges oder zweistufiges Verfahren

GÖTZL PEKAR RECHTSANWÄLTE

Einstufige Verfahren

- offenes Verfahren
- nicht offenes Verfahren ohne BM
- Verhandlungsverfahren ohne BM
- nur „Ausschreibungsunterlage“
  - Eignungskriterien und
  - Zuschlagskriterien

Zweistufige Verfahren

- nicht offenes Verfahren mit BM
- Verhandlungsverfahren mit BM
- „Teilnahmeunterlage“ (1. Stufe)
  - Eignungskriterien und
  - Auswahlkriterien
  - Entwurf Zuschlagskriterien
- „Ausschreibungsunterlage“ (2. Stufe)
- Zuschlagskriterien

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten

- **11 Verfahrensarten**
  - Offenes Verfahren
  - Nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung
  - **Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung** (nur USB)
  - Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung
  - Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung
  - Dynamisches Beschaffungssystem
  - Rahmenvereinbarung
  - Wettbewerblicher Dialog
  - Innovationspartnerschaft (BVergG 2018)
  - **Direktvergabe** (nur USB)
  - **Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung** (nur USB)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Überblick Verfahrensarten

Klassischer AG:

- Offenes und nicht offenes Verfahren als Regelverfahren
- **Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog**
  - Voraussetzungen für Anwendungsbereich sind für VV und wettbewerblicher Dialog ident
- **USB:** Verfahren und Wahl der Verfahren unverändert

Sektoren AG:

- Freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren, Verhandlungsverfahren und (neu) wettbewerblichem Dialog

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Offenes Verfahren

- **Einstufiges Verfahren**
  - Keine Zugangsbeschränkungen
  - Keine Vorselektion, dh keine vorangehende Prüfung der Eignung – „offen“ für jedes Unternehmen, das ein Anbot legen will
  - **Kann immer gewählt werden**
- **Vorteil**
  - Rasch, transparent und meist wenig komplex
- **Nachteil**
  - Bieter kann wegen Einstufigkeit nur grob auf Qualitätsaspekte geprüft werden (nur Eignungskriterien)
  - **Striktes Verhandlungsverbot!**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung

- **Zweistufiges Verfahren**
  - Keine Zugangsbeschränkung für Präqualifikation (1. Stufe)
  - Angebotslegung nur auf Einladung durch AG (2. Stufe)
  - **Kann immer gewählt werden**
- **Vorteil**
  - Qualitätsaspekte beim Bieter besser prüfbar
- **Nachteil**
  - Zeitintensiv, komplex, größere Anfechtbarkeit
  - **Striktes Verhandlungsverbot!**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung

- **Einstufiges Verfahren**
  - Angebotslegung nur auf direkte Einladung durch AG
- **Nur im Unterschwellenbereich**
  - bis 31.12.2025 (SchwellenwerteVO)
    - Bauaufträge bis EUR 1 Mio
    - Liefer- /DL-Aufträge bis EUR 100.000
  - **SektorenAG immer im USB** (Öffentlichkeitsgrad!)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung

- Vorteil
  - AG entscheidet, wer anbieten darf **(„Belohnung“)**
- Nachteil
  - Gefahr des „Hoflieferantentums“
  - Striktes Verhandlungsverbot!
- Ausschreibungsunterlage
  - Einladung von mind 3 Unternehmen / möglichst 3 Unternehmen (SektorenAG)
  - Zuschlagskriterien
- (Öffentliche) Angebotsöffnung
- Angebotsprüfung
- Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung
- Zuschlagserteilung

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

- **Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung** (§ 34)
- Erweiterung des Anwendungsbereichs für **öffentliche Auftraggeber** → **(quasi) Regelverfahren, wenn**
  - **Bedürfnisse** des öffentlichen Auftraggebers **nicht ohne die Anpassung** bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können
  - der Auftrag **konzeptionelle** oder **innovative Lösungen** umfasst
  - **technische Spezifikationen** nicht mit ausreichender Genauigkeit erstellt werden können
  - bei **geistigen Dienstleistungen** (gem EBRV Pflicht zum Verhandlungsverfahren)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

- Strengere Verfahrensvorschriften
  - **Mindestfrist von 25 Tagen** (zentrale ö AG) bzw **10 Tagen** (sonstige AG) für das **Erstangebot** im **Verhandlungsverfahren** (§ 71 / § 243)
- Strengere Verfahrensvorschriften
  - Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung nun während des gesamten Verhandlungsverfahrens unverhandelbar und unveränderbar (§ 114 Abs 2 / § 281 Abs 2)
- Zweistufiges Verfahren
  - Keine Zugangsbeschränkung für Präqualifikation
  - Angebotslegung nur auf Einladung durch AG

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

- **Anwendung im OSB für öffAG**
  - Nur wenn **Voraussetzungen gem § 34** vorliegen
- **Regeltatbestand im USB für öffAG**
  - Liefer-/DL-Auftrag EUR < 221.000
  - Bauauftrag EUR < 5,538 Mio
- **SektorenAG immer im OSB und USB**
- **Vorteil**
  - Qualitätsaspekte beim Bieter besser prüfbar
  - **Verhandlungen**
- **Nachteil**
  - Zeitintensiv, komplex, größere Anfechtbarkeit

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

- **Angebotsprüfung und Verhandlungen**
  - Verhandlungen über gesamten Angebotsinhalt zulässig (Preisverhandlungen; Shortlisting)
  - Grundsätzlich Pflicht zumindest zu einer Verhandlungsrunde mit allen teilnehmenden Bietern
  - keine Verhandlungen über Mindestanforderungen und Zuschlagkriterien
  - Vorbehalt, keine Verhandlungen durchzuführen möglich (in Bekanntmachung oder in Teilnahmeunterlagen)
- **Einladung (Letzt-)Angebotslegung**
  - Geänderte Unterlagen für alle Bieter
- **Angebotsprüfung und Angebotsbewertung**
- **Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung**
- **Zuschlagserteilung**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

- **Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung** (§§ 35, 36, 37)
  - Auftrag kann wegen **künstlerischen** oder **technischen Gründen** oder **Ausschließlichkeitsrechten** nur vom **bisherigen AN** ausgeführt werden
  - Auftrag kann **tatsächlich ausschließlich** vom **AN** (keine Vertriebs-rechte) erbracht werden bzw Vergabeverfahren wäre sinnlos (zB aufgrund von Patent-, Urheber-, Marken- oder Musterschutzrechten)
  - Beweis: „***ernsthafte Nachforschungen***“ auf **europäischer Ebene** und **Dokumentation**! (EuGH 15.10.2009, Rs C-275/08, EK/Deutschland)
  - Explizites **Verbot der künstlichen Marktverengung** durch AG
  - „**keine vernünftige Alternative** oder **Ersatzlösung**“
  - Definition „ungeeignetes Angebot“ in § 35 Abs 2 BVergG (= ausschreibungswidriges Angebot)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Direktvergabe mit Bekanntmachung

- **Verfahrensgestaltung durch AG**
  - ein- oder zweistufig; Verhandlungen; Scoring
- **Nur im Unterschwellenbereich**
  - Bauaufträge bis EUR 500.000 (auch SektorenAG)
  - Liefer-/DL-Aufträge bis EUR 130.000 (SektorenAG bis EUR 200.000)
- **Vorteil**
  - Freie Verfahrensgestaltung, rasche Beschaffung
  - Eingeschränkte Eignungsprüfung (*„äußerer Anschein eines befugten Gewerbebetriebes hinreichend“)*
- **vorherige Bekanntmachung: www.data.gv.at**
- **Mitteilung über Zuschlagserteilung**
  - an alle teilnehmenden Unternehmen (Angabe des Gesamtpreises)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Direktvergabe

- **Völlig formfreie Vergabe an einen ausgewählten Unternehmer**
  - Nur in der Unterschwelle
  - **bis 31.12.2025** (SchwellenwerteVO)
    Bau-/Liefer-/DL-Auftrag bis EUR 100.000 (EUR 50.000 ohne Verlängerung)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Direktvergabe

- **Einholung von verbindlichen Vergleichsangeboten**
  - Einholung von **mehreren** verbindlichen Angeboten zulässig, ohne ein förmliches Vergabeverfahren durchführen zu müssen
  - Einholung von Angeboten / Preisauskünften im Ermessen des AG („*gegebenenfalls*“)
  - Einholung auch nur eines Angebots möglich
  - interne Richtlinien / Festlegungen des AG möglich
  - Direktvergabe ohne Einholung von Angeboten / Preisauskünften daher auch weiterhin möglich

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Direktvergabe

- **Vorteil**
  - **„Freihandvergabe“** (zB Kauf eines Produktes direkt beim Händler, direkte Beauftragung eines Ziviltechnikers)
- **Dokumentationspflicht**
  - Gründe für Wahl, Auftragswert, Gegenstand, Auftragnehmer schriftlich festzuhalten, wenn Dokumentationsaufwand vertretbar
- **Nur Verfahrenswahl (theoretisch) anfechtbar**
  - Problem: Informationsmangel der Konkurrenz
- **Bei offenkundig rechtswidriger Direktvergabe**
  - Nachträglicher Eingriff in Vertrag möglich (Nichtigerklärung)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Rahmenvereinbarungen

- **Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung**
- **Dauerbeziehung mit einem oder mehreren Unternehmen**
- **Abschluss nach Durchführung eines**
  - offenen Verfahrens
  - nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung
  - Verhandlungsverfahrens mit/ohne vorheriger Bekanntmachung
- **Wertmäßig unbeschränkt einsetzbar**
- **Unterschied**
  - Rahmenvereinbarung und Rahmenvertrag

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Rahmenvereinbarungen

Maximale Laufzeit von Rahmenvereinbarungen

- **Öffentlicher AG** (§ 154 Abs 5 BVergG 2018)
  - maximal **4 Jahre**
  - **keine zeitliche Begrenzung**, wenn dies auf Grund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung **sachlich gerechtfertigt** werden kann
- **Sektoren AG** (§ 315 Abs 3 BVergG 2018)
  - maximal **8 Jahre**
  - **keine zeitliche Begrenzung**, wenn dies auf Grund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung **sachlich gerechtfertigt** werden kann

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensarten – Rahmenvereinbarungen

- **Einschränkungen** (EuGH 19.12.2018, C-216/17)
  - **einzelne Auftraggeber** müssen **eindeutig und ausdrücklich** in Ausschreibungsunterlagen **genannt** werden
  - **maximales und geschätztes Abrufvolumen** unbedingt **anzugeben**
- **Vorteil**
  - Längerfristige Planung auch bei sich schnell entwickelnden Produkten
  - hohe Flexibilität, kurzfristige Beschaffung während Laufzeit
  - **keine Abnahmeverpflichtung**
- **Nachteil**
  - Hohe Verfahrenskosten: Ermittlung der Parteien einer Rahmenvereinbarung durch **offenes Verfahren**, **nicht offenes Verfahren** mit vorheriger Bekanntmachung oder **Verhandlungsverfahren** mit/ohne vorherige Bekanntmachung
  - **gesonderter Leistungsabruf** (erneuter Aufruf zum Wettbewerb)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsöffnung

Angebotsöffnung

- **Zeitpunkt der Angebotsöffnung** (§ 133 Abs 1)
  - nach Ende der Angebotsfrist → davor Geheimwettbewerb!
  - sonst keine Vorgabe zum Zeitpunkt
- **keine Pflicht zur öffentlichen Angebotsöffnung**
- **Pflicht zur Übermittlung eines Öffnungsprotokolls**
- **freiwillige öffentliche Angebotsöffnung** (§ 133 Abs 4)
  - öffentlich = Teilnahmemöglichkeit aller Bieter (zB über Skype)
  - nur im offenen Verfahren und nicht offenen Verfahren / nicht im Verhandlungsverfahren! (Ergebnis geheim zu halten)
- **kommissionelle Angebotsöffnung** (§ 133 Abs 1)
  - nur bei Papierangeboten
  - Mind. zwei sachkundige AG-Vertreter

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsöffnung

- **vor dem Öffnen** (§ 133 Abs 2)
  - Feststellung, ob Angebote rechtzeitig eingelangt sind (widrigenfalls Vermerk und Ausscheiden; keine Öffnung)
  - Feststellung, ob unbefugter Zugriff / ungeöffnet
- **nach dem Öffnen** (§ 133 Abs 3)
  - Prüfung der Vollständigkeit und Erfüllung der sonstigen Formerfordernisse gemäß AU (zB Begleitschreiben, Eignungsnachweise, Konzepte usw)
  - bei Papierangeboten: eindeutige Kennzeichnung (zB Lochen, Binden) → nachträgliches Auswechseln feststellbar
  - Angebote sind so zu verwahren, dass sie Unbefugten nicht zugänglich sind

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsöffnung

- **Öffnungsprotokoll** (§ 133 Abs 5)
  - im offenen Verfahren und nicht offenen Verfahren
  - jedem Bieter unaufgefordert zu übermitteln bzw bereitzustellen
  - allenfalls Hinweise auf Angebotsmängel der Konkurrenz („Einspruch“)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsöffnung

- **möglicher Ablauf öffentlicher Angebotsöffnung**
  - Niederschrift mit allen Angaben: Datum/Uhrzeit/Beginn/Ende der Öffnung, Unversehrtheit, Rechtzeitigkeit, Protokollinhalte
  - Verlesung der Protokollinhalte
  - Anwesenheitsliste + Unterfertigung des Protokolls durch Teilnehmer
- **Verlesung nicht mehr wesentlich!**
  - strenge Rechtsprechung zur „alten“ Rechtslage: auf nicht verlesene Preise darf kein Zuschlag erteilt werden / Fehler des AG bei der Angebotsverlesung sind grundsätzlich nicht sanierbar (VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106) → (wohl) nicht mehr anwendbar
- **Sektoren-AG: keine Pflicht zur formalisierten Angebotsöffnung (§ 298 Abs 5)**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung

Angebotsprüfung - Grundsätze

- **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz**
  - Bieter sind bei **Angebotserstellung** an die AU gebunden / AG sind bei **Angebotsprüfung** an die AU gebunden
  - (nachträgliches) **Abgehen** von bestandfesten Festlegungen in AU ist **rechtswidrig**
    - Festlegung als unbehebbarer Mangel in den AU hat Ausscheidensverpflichtung zur Folge (EuGH 6.11.2014, Rs C-42/13, CEM)
    - AG kann von „seinen“ Festlegungen über den Verfahrensablauf nur abweichen, wenn er sich das vorbehalten hat (zB Wiederholung der Letztangebotsrunde, BVA 19.12.2008, N/0148-BVA/12/2008-20)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Grundsätze

- **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz**
  - AG muss Sachverständige beiziehen, wenn Know-how nicht vorhanden (zB zum Bilanzlesen, BVA 25.03.1998, N-8/98-5; Mitglieder der Bewertungskommission, BVA 8.3.2013, N/0124-BVA/02/2012-32)
  - AG muss über Prüfung eine Niederschrift erstellen → andernfalls ist Ausscheidens- bzw Zuschlagsentscheidung mangels Nachprüfbarkeit nichtig zu erklären (BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57)
  - fehlerhafte oder unvollständige Angebotsprüfung führt zur Nichtigerklärung der Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung (BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Grundsätze

- **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz**
  - Anzahl, Zusammensetzung und Herkunft der Mitglieder (nicht aber deren Namen) der Kommission sollten in den AU offengelegt werden (BVwG 11.9.2015, W149 2111581-2/19E).
  - BVwG prüft (nur) Nachvollziehbarkeit der Kommissions-Entscheidung → keine selbstständige Bewertung durch BVwG! (VwGH 21.1.2014, 2011/04/0133).

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Grundsätze

- **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz**
  - bei Unklarheiten, die für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, und bei Mängeln muss vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt werden ("Prinzip der zweiten Chance")
  - Prüfung von Angeboten, die für Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommen, darf unterbleiben bzw eingeschränkt erfolgen (zB unvollständiges Angebot)
  - im USB keine formalisierte bzw. schriftliche Aufklärung erforderlich

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Grundsätze

- **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz**
  - Bieter darf nur einmal die Möglichkeit zur Verbesserung / Aufklärung gegeben werden
  - bei Eigenerklärung: Aufforderung zur Unterlagenvorlage ist keine Aufforderung zur Mängelbehebung (Achtung bei Verweis auf ANKÖ)
  - Aufforderung muss vom AG präzise formuliert sein (BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-36)
  - unvollständige Aufklärung / nicht nachvollziehbare Begründung führt zum Ausscheiden (zB BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29)
  - verspätete Aufklärung betreffend Eignung = Ausschlussgrund (gemäß § 78 Abs 1 Z 10 / 249 Abs 1 Z 9)
  - verspätete Aufklärung betreffend sonstiger Punkte: kein zwingendes sofortiges Ausscheiden → bis zur Ausscheidensentscheidung zu berücksichtigen (VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Eignungsprüfung

Angebotsprüfung - Eignungsprüfung

- **Eignung =**
  - Nicht-Vorliegen der gesetzlich festgelegten Ausschlussgründe
  - Vorliegen der gesetzlichen geforderten Befugnis
  - Vorliegen der technischen / finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Niveau + Nachweise werden vom AG festgelegt)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Eignungsprüfung

- **Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung** (§ 79 / § 250)
  - offenes Verfahren: Zeitpunkt der Angebotsöffnung
  - nicht offenes Verfahren: Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist
  - Verhandlungsverfahren: Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist
  - Eignung darf nach diesem Zeitpunkt nicht mehr verloren gehen
  - keine Verpflichtung zur ständigen Überprüfung, Überprüfungspflicht bei Kenntnis über Eignungsverlust (VwGH 2.6.2020, Ra 2017/04/0066)
  - Tipp: Prüfung des Datums der Eignungsnachweise (zB Zertifikat)
  - Tipp: keine BVergG-Regelung über Zeitpunkt des Vorliegens der Zuschlagskriterien (VwGH 17.4.2020, Ra 2017/04/0124) → Festlegung in AU treffen!

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Eignungsprüfung

- **wichtige Ausschlussgründe** (§ 78 / § 249)
  - Insolvenz (keine Ausschlusspflicht, wenn Leistungsfähigkeit „ausreicht“)
  - (nicht bloß geringfügige) Rückstände bei Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern

    Achtung: WEBEKU-Auszug ist keine „letztgültige Kontobestätigung“ (BVwG 27.1.2020, W 273 222 338-2/31 E)
  - rechtskräftige Verurteilung wegen bestimmter Tatbestände
  - nachgewiesene schwere „Verfehlung“ im Rahmen der beruflichen Tätigkeit zB gegen Arbeits-, Sozial- oder Umweltrecht

    (zB Verstoß gegen Ausländerbeschäftigungsgesetz, Verrechnung einer nicht erbrachten Leistung)
  - schwerwiegende Täuschung betreffend Eignung, Eignungsnachweise nicht (fristgerecht) vorgelegt, vervollständigt oder erläutert

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Eignungsprüfung

- **wichtige Ausschlussgründe** (§ 78 / § 249)
  - Interessenskonflikt (ultima ratio)
  - hinreichend plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Abreden
  - „schwarze Schafe – Klausel“
    - erhebliche oder dauerhafte Mängel bei früherem Auftrag (auch eines anderen Auftraggebers), die
    - vorzeitiger Beendigung des Vertrags oder
    - Schadenersatz / vergleichbare Sanktionen zur Folge hatten
  - Unternehmen, die versuchen, die
    - Entscheidungsfindung des AG zu beeinflussen
    - vertrauliche Informationen zu gelangen oder
    - fahrlässig irreführende Informationen an AG übermitteln.

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Eignungsprüfung

- **Recht auf Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit trotz Ausschlussgrundes** (§ 83 / § 254) **„Selbstreinigung“**
  - (Verpflichtung zur) Zahlung von Schadenersatz **und**
  - Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung **und**
  - (konkret) effektive technische, organisatorische und personelle Maßnahmen zur Vermeidung weiterer Vergehen (zB Kontrollsystem, interne Haftungsregelungen usw)
  - Prüf- und Begründungspflicht des AG (weiter Beurteilungsspielraum)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Subunternehmer

Angebotsprüfung - Subunternehmer

- **Subunternehmerdefinition** in § 2 Z 34 BVergG

  „Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrags ausführt. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.“

- **Offenlegungspflicht**
  - im Teilnahmeantrag bzw Angebot
  - kann vom AG auf „*wesentliche Teile*“ beschränkt werden
  - auch Sub-Subunternehmer sind bekannt zu geben!

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Subunternehmer

- **Beschränkungen des Rechts auf Einsatz von Subunternehmern**
  - Weitergabe des Gesamtauftrags (100%) ist unzulässig (→ 1% Eigenleistung?)

    Ausnahme: verbundene Unternehmen und Kaufverträge
  - AG darf verlangen, dass „kritische“ Leistungen vom Bieter (einem BIEGE-Mitglied) bzw einem verbunden Unternehmen selbst erbracht werden
  - aber %-Beschränkung des Subunternehmereinsatzes unzulässig (EuGH 25.9.2019, Rs C-63/18 Vitali Spa)
  - (verhältnismäßige) Beschränkung nur aus sachlichen Gründen zulässig

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Subunternehmer

- **Eignung des Subunternehmers**
  - Befugnis für seinen Leistungsteil
  - „aliquote Leistungsfähigkeit“, wenn in AU nichts anderes festgelegt (BVwG 12.11.2018, W187 2206514-2)
  - Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen
- **Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer**
  - technische Leistungsfähigkeit: Subunternehmererklärung
  - wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Solidarhaftungserklärung

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Subunternehmer

- **„erforderlicher“ und „nicht erforderlicher“ Subunternehmer**
  - erforderlicher Subunternehmer wird für Eignung benötigt
  - müssen im Angebot / Teilnahmeantrag angegeben werden (§ 127 Abs 1 Z 2 / 294 Abs 1 Z 2)
  - fehlende Bekanntgabe ist unbehebbarer Mangel (BVA 14.3.2013, N/0008-BVA/10/2013-42)
  - Eignungsmangel bei erforderlichem Subunternehmer → unbehebbarer Mangel
  - Eignungsmangel bei nicht erforderlichem Subunternehmer → Ablehnung des Subunternehmers (behebbarer Mangel)
  - Verfügbarkeitsnachweis (zB Subunternehmer-, Solidarhaftungserklärung)
  - Achtung: Zeitpunkt, auf den sich Verfügbarkeitserklärung bezieht (BVwG 26.3.2014, W187 2001000-1)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Bietergemeinschaft

Angebotsprüfung - Bietergemeinschaft

- **Eignung der BIEGE**
  - Mitglieder müssen insgesamt über Eignung (Befugnis und Leistungsfähigkeit) verfügen
  - Leistungsfähigkeit der einzelnen Mitglieder wird zusammengerechnet → Eignungsanforderungen müssen nicht von jedem einzelnen Mitglied erfüllt werden (zB BVA 14.8.2013, N/0065-BVA/12/2013-7)
  - jedes Mitglied muss über die Befugnis verfügen, die für seinen Leistungsteil erforderlich ist
  - Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen bei jedem Mitglied
  - BIEGE ist auszuscheiden, wenn nur ein Mitglied einen Ausscheidensgrund erfüllt

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Bietergemeinschaft

- **wichtige Aspekte bei Prüfung einer BIEGE**
  - Änderung der Zusammensetzung einer BIEGE im offenen Verfahren: unbehebbarer Mangel (VwGH 26.6.2019, Ra 2018/04/0161)
  - Änderung der Zusammensetzung einer BIEGE in zweistufigen Verfahren: Wettbewerbsrelevanz entscheidend (EuGH 24.5.2016, Rs C-396/14, MT Hojgaard; EuGH 11.7.2019, Rs C-697/17)
  - *„Scheinbietergemeinschaften“* (nur ein Mitglied soll operativ tätig sein, das andere Mitglied liefert nur Referenzen) sind auszuscheiden (BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008)
  - Bildung einer BIEGE, die zur Angebotslegung nicht unbedingt erforderlich ist, kann uU wettbewerbswidrige Absprache darstellen (BVA 30.11.2010, N/0037-BVA/13/2010-108)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Mehrfachbeteiligung

- **Mehrfachbeteiligung an unterschiedlichen Angeboten**
  - Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens an unterschiedlichen Angeboten darf nicht automatisch als wettbewerbswidrige Abrede eingestuft werden (VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011 und BVA 27.6.2013, N/0050-BVA/13/2013-18)
  - Gesellschaftsrechtliche Verflechtung zweier Bieter führt nicht zu automatischem Ausscheiden (BVA 13.7.2012, N/0062-BVA/04/2012-31)
  - Praxis: Vorsicht bei Regelung von Mehrfachbeteiligungen in den AU
- **Legung mehrerer Hauptangebote**
  - unzulässig: Abgabe von 2 Angeboten, die sich nur im Preis unterscheiden
  - zulässig: Abgabe von 2 Angeboten, die „*einen bewertungsrelevanten Unterschied auch in der angebotenen Leistung aufweisen*“ (VwGH 27.2.2019, Ra 2016/04/0103)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Mängelbehebung

Angebotsprüfung - Mängelbehebung

- **Behebbarkeit von Mängeln steht nicht im Ermessen des AG**
  - behebbarer Mangel: AG muss Behebung zulassen
  - unbehebbarer Mangel: AG darf Angebot nicht berücksichtigen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Mängelbehebung

- **Unterscheidung behebbare - unbehebbare Mängel**
  - unbehebbarer Mangel: Bieter verbessert seine Wettbewerbsstellung gegenüber Mitkonkurrenten materiell (zB Änderung des Leistungsinhalts) (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186)
  - behebbarer Mangel: Bieter verbessert seine Wettbewerbsstellung bloß formell
  - bei fehlenden Nachweisen ist zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand fehlt (= unbehebbarer Mangel) oder ob es bloß am Nachweis des bereits bestehenden Umstands mangelt (= behebbarer Mangel) (VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0077 mwN)
  - Vorsicht: Erklärung eines behebbaren Mangels zum unbehebbaren Mangel in den AU bindet auch AG (BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Mängelbehebung

- **Beispiele für behebbare Mängel**
  - fehlende Unterlagen / Nachweise: Eignungsnachweise, (Detail-) Kalkulationsblätter, Prüfzertifikate
  - keine vollständige / firmenmäßige Unterfertigung, sofern Bindungswille vorhanden, nicht unterfertigter TNA
  - Eignungsmangel bei nicht erforderlichem Subunternehmer
- **Beispiele für unbehebbare Mängel**
  - nicht (im Original) unterfertigtes Angebot
  - Angebotsvorbehalte (zB Geltung eigener AGB), bedingte Angebote
  - Nachnominierung von Schlüsselpersonal
  - nicht-ausgefüllte echte Bieterlücke
  - Eignungsnachweis (zB Prüfzeugnis, Verfügbarkeitsbestätigung, Zertifikat) mit Datum nach Angebotsöffnung / nach Ablauf Teilnahmeantragsfrist
  - Ausschreibungswiderspruch

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Mängelbehebung

- **Ausschreibungswiderspruch**
  - klarer Ausschreibungswiderspruch ist unbehebbarer Mangel (Aufklärung/Nachreichung kann unterbleiben)
  - Annahme eines Ausschreibungswiderspruchs nur dann gerechtfertigt, wenn dieser "*klar*" zum Ausdruck kommt
  - kein automatischer Ausschreibungswiderspruch, wenn Bieter im Angebot seine eigenen AGB erwähnt oder dem Angebot beilegt (zB VwGH 21.3.2011, 2007/04/0007)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Preisprüfung

Angebotsprüfung - Preisprüfung

- **Rechnerische Richtigkeit**
  - ohne Rechenfehlerregel in AU → kein Ausscheiden und keine Vorreihung
  - Zweifelsregel (im Zweifel Einheitspreis bzw Pauschalpreise)
  - im Sektorenbereich keine Zweifelsregel
- **Angemessenheit der Preise**
  - Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit (Personalkosten sind insb im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge zu prüfen)
  - Erfahrungswerte, Unterlagen und Marktverhältnisse
  - muss vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt werden (kontradiktorisches Aufklärungsverfahren)
  - im USB keine formalisierte bzw schriftliche Aufklärung erforderlich

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Preisprüfung

1. **Prüfung der Preisangemessenheit** (Erfahrungswerte, Unterlagen, Marktverhältnisse): **„oberflächliche Prüfung“, „Erstprüfung“**

↓

2. **bei Auffälligkeiten** (ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis, ungewöhnliche Einheitspreise in wesentlichen Positionen, sonstige Zweifel): **„vertiefte Angebotsprüfung“** (Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der auffälligen Preise – „Plausibilität“) **im kontradiktorischen Verfahren**

↓

3. **bei nicht plausibler Aufklärung**: **Ausscheiden** des Angebots

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Preisprüfung

- **Rechtsprechung**
  - vertiefte Angebotsprüfung kann stets durchgeführt werden (VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181)
  - Prüfung der Preisangemessenheit darf nicht auf einem bloßen Vergleich mit den Preisen der Mitbieter beruhen (BVA 30.9.2003, 3N-71/03-19)
  - Unterschreitung von Mindestlohnbestimmungen ist zwingender Ausscheidensgrund (zB VKS Wien 3.6.2005, VKS-1648/05)
  - negative Einheitspreise bedürfen einer besonderen Rechtfertigung (BVwG 16.4.2014, W187 20033341/25E)
  - nicht kostendeckende Angebote zulässig, sofern Unternehmensliquidität nicht gefährdet (VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Preisprüfung

- **Rechtsprechung**
  - Synergien können dazu führen, dass Personalkosten nicht zur Gänze einkalkuliert werden müssen (strittig! VKS Wien 19.6.2001, VKS-195/01)
  - Markteinführungsrabatte, Erhöhung von Marktanteilen oder Erlangung einer Referenz können niedrige Preise rechtfertigen (BVA 16.6.2003, 9N-49/03-8)
  - „Verschieben“ von abgefragten Kosten zwischen Leistungspositionen (Mischkalkulation) ist Ausschreibungswiderspruch (zB BVA 19.11.2012, N/0094-BVA/03/2012-19)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Abschluss Angebotsprüfung

Angebotsprüfung - Ausscheiden

- **Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung**
  - Begründungspflicht
  - 10 Tage Anfechtungsfrist
  - keine Stillhaltefrist → Verfahren kann fortgesetzt werden
  - (idR) keine eV gegen Ausscheidensentscheidung
  - keine Pflicht zur Bekanntgabe einer formalen Ausscheidensentscheidung
  - auch ohne formales Ausscheiden wird ein mangelhaftes Angebot zu keinem mangelfreien und zuschlagsfähigem Angebot (BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007- 41)
  - nicht ausgeschiedenen mangelhaften Angeboten fehlt idR die Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Angebotsprüfung - Abschluss

- **Dokumentation der Angebotsprüfung**
  - „*alle für die Beurteilung wesentliche Umstände*“
  - Einsichtsrecht der Bieter in "ihren" Teil der Dokumentation (AG muss Vorkehrungen treffen)
- **Verlängerung der Zuschlagsfrist bei Zustimmung der Bieter möglich**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensbeendigung

Verfahrensbeendigung - Zuschlagsentscheidung

- **Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung** (§ 143 / § 305)
  - an alle verbliebenen Bieter (dh auch nicht „rechtskräftig“ ausgeschiedene Bieter)
  - elektronische Übermittlung oder Bereitstellung / Fax oder Postweg
- **Inhalt der Zuschlagsentscheidung**
  - Name des Bestbieters
  - Ende der Stillhaltefrist
  - Gründe für die Ablehnung des Angebots
  - Merkmale / Vorteile des erfolgreichen Angebots
  - Vergabesumme

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensbeendigung - Zuschlagsentscheidung

- **Nichtigkeitssanktion** (§ 144 / § 306)
  - absolute Nichtigkeit: nur bei Nichteinhaltung der Stillhaltefrist
  - in allen anderen Fällen einer fehlerhaften Zuschlagsentscheidung: keine „automatische“ Nichtigkeit (zB Nichtbekanntgabe des Best- bzw Billigstbieters, fehlende Begründung)
  - → Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung durch Vergabekontrolle (mittels Nachprüfungsantrag)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensbeendigung - Zuschlagsentscheidung

- **Beginn Stillhaltefrist/Anfechtungsfrist**
  - mit Übermittlung / Bereitstellung
  - Praxis: Versendung an letzten Bieter löst (Gesamt-) Stillhaltefrist aus
- **Dauer Stillhaltefrist** (§ 144 / § 306) **und Anfechtungsfrist** (§ 343 Abs 1)
  - OSB + USB: 10 Tage (15 Tage bei postalischer Übermittlung)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensbeendigung - Zuschlag

- **Zuschlagserteilung** (§ 145 / 307)
  - Inhalt: Angebotsannahme
  - Form: schriftlich (Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief)
- **Vergabevermerk** (§ 147 / § 309)
  - Inhalt: AG, Leistungsgegenstand, berücksichtige/ausgeschiedene Bewerber/Bieter, Begründung für Berücksichtigung/Ausscheidung, Bestbieter und Begründung, Ausnahmetatbestände usw
  - im USB kein verpflichtender Vergabevermerk, wenn Inhalte im Vergabeakt ersichtlich

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensbeendigung – Bekanntgabe- und Meldepflichten

- **Bekanntgabe vergebener Aufträge** (§§ 62 und 66 / §§ 232 u 237)
  - OSB: Bekanntgabe im Amtsblatt der EU („TED“) unter Verwendung der Standardformulare
  - (zusätzlich) jeder Auftrag ab EUR 50.000,- über www.data.gv.at

    → zB Direktvergaben und Abrufe aus einer Rahmenvereinbarung!
  - bei Verstoß Verwaltungsstrafe bis zu EUR 50.000,- möglich
- **Meldepflichten bei Bauaufträgen** (§ 367)
  - (zusätzlich) jeder Bauauftrag ab EUR 83.333,33 (exkl USt) bzw EUR 100.000,- (inkl USt) in Baustellendatenbank der BUAK

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Verfahrensbeendigung – Widerruf

- **Widerrufsgründe** (§ 148f / § 310)
  - zwingende Gründe
    - nachträgliche Umstände, die Verfahren ausgeschlossen/anderes Verfahren bedingt hätten
    - kein Angebot
  - fakultative Gründe
    - sachliche Gründe
    - nur 1 Angebot
- **Trennung Widerrufsentscheidung / Widerrufserklärung**
  - Stillhaltefrist wie bei Zuschlagsentscheidung
  - keine Verpflichtung zur Widerrufsentscheidung im USB!
- **Bekanntmachung des Widerrufs vor Ablauf Angebotsfrist**
- **Verständigung der Bieter nach Ablauf Angebotsfrist**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz

Vergaberechtsschutz – „zweistufige“ Verwaltungsgerichtsbarkeit

- **Bundesvergaben**
  - Bundesverwaltungsgericht (BVwG) für AG im Vollzugsbereich des Bundes
  - Revision an VwGH und/oder Beschwerde an VfGH → (idR) keine aufschiebende Wirkung
- **Landes- und Gemeindevergaben**
  - 9 Landesverwaltungsgerichte (LVwG) und Vergaberechtsschutzgesetze für AG im Vollzugsbereich eines Landes
  - Revision an VwGH und/oder Beschwerde an VfGH → (idR) keine aufschiebende Wirkung
- **auf Gemeinschaftsebene**
  - EuGH
- **Außergerichtliche Kontrolle von Vergabeentscheidungen**
  - Rechnungshof, parlamentarische Kontrolle,…

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Angabe der Vergabekontrolleinrichtung in AU

- **in Bekanntmachung oder AU ist zuständige Vergabekontrolleinrichtung anzugeben**
  - bei unrichtiger Angabe ist ein Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag auch dann rechtzeitig, wenn er innerhalb der Antragsfrist bei „falscher“ Behörde eingebracht wird (§ 344 Abs 4 bzw 354 Abs 3)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Verfahrensarten

- **Nachprüfungsverfahren**
  - vor Beendigung eines Vergabeverfahrens → Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung
  - einstweilige Verfügung: aufschiebende Wirkung („Verfahrensstopp“) → Interessensabwägung idR gegen AG!
  - Achtung: bei COVID-19-„Notvergaben“ idR keine aufschiebende Wirkung!
- **Feststellungsverfahren**
  - nach Beendigung eines Vergabeverfahrens → Feststellung von Rechtswidrigkeiten, Nichtigerklärung von Verträgen oder Geldbuße
  - keine einstweilige Verfügung
- **kurze Entscheidungsfristen**
  - Nachprüfungs-/Feststellungsverfahren: 6 Wochen
  - Provisorialverfahren: 10 Tage

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – anfechtbare Entscheidungen (NPV)

- **gesondert anfechtbare und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen**
  - (nur) gesondert anfechtbare Entscheidungen sind mit Nachprüfungsantrag bekämpfbar
  - gesetzlicher Katalog:
    - Ausschreibung
    - Festlegungen während der Angebotsfrist (zB Berichtigungen, Fragenbeantwortungen) bzw der Verhandlungsphase
    - Nicht-Zulassung zur Teilnahme / Ausscheiden von Angeboten
    - Widerrufsentscheidung
    - Zuschlagsentscheidung
  - nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (= alle anderen) mit darauffolgender gesondert anfechtbarer Entscheidung zu bekämpfen

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – anfechtbare Entscheidungen (NPV)

- Nichtigerklärung = Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung
- BVwG trifft keine Entscheidungen an Stelle des AG! (BVwG trifft keine „richtige“ Zuschlagsentscheidung usw!)
- neue Entscheidung des AG ist wieder bekämpfbar
- Entscheidungen nur bekämpfbar bei Rechtswidrigkeit und wesentlichem Einfluss auf den Verfahrensausgang („*potentielle Ergebnisrelevanz*“ VwGH 2015/04/0012)
- Wenn sogar richtig ermittelte Punktezahl keinen Einfluss auf die Reihung der Angebote hat → kein wesentlicher Einfluss (BVwG 29.11.2019, W 187 222 4118-2/36E)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Anfechtungsfristen (NPV)

- **OSB + USB** (§ 343)
  - 10 Tage (15 Tage bei postalischer Übermittlung)
  - Anfechtung TNU/AU: bis 7 Tage vor Ende der Abgabefrist (wenn >17 Tage)
- **Direktvergabe**
  - 10 Tage ab Kenntnis / Kennenmüssen von der Wahl der Vergabeverfahrensart "Direktvergabe"
  - Wahl der Vergabeverfahrensart = einzig gesondert anfechtbare Entscheidung

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Anfechtungsfristen (NPV)

- **Folgen einer Fristversäumung / Bestandsfestigkeit**
  - Antragstellung unzulässig (Präklusion)
  - Bestandsfestigkeit der Entscheidung → kann im weiterem Verlauf des Vergabeverfahrens nicht mehr bekämpft werden
  - Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten AU können später nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 17.6.2014, 2013/04/0029)!
  - zB Bekämpfung der Befangenheit der Mitglieder einer Bewertungskommission: entweder mit AU (wenn Kommission in AU bekannt gegeben) oder mit Zuschlagsentscheidung (BVwG 29.8.2019, W134 2196556-4/11E)

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Feststellungsverfahren

- **Grundsätze**
  - mögliche Feststellungen zB:
    - dass, Durchführung eines Verfahrens ohne BM rechtswidrig war
    - dass, Zuschlagserteilung ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung rechtswidrig war
    - dass, Verfahren weder durch Widerruf beendet noch fortgeführt wurde („Vogel-Strauss“) → positive Feststellung gilt als Widerrufserklärung
  - Feststellungsantrag unzulässig, wenn Nachprüfungsantrag möglich war!
  - Sanktionen: Nichtigerklärung des Vertrags oder Geldbuße iHv 10% (USB) / 20% (OSB) der Auftragssumme

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Feststellungsverfahren

- **Grundsätze**
  - Feststellungsantrag ist Voraussetzung für Schadenersatz (§ 373 Abs 2) (Ausnahme: vergaberechtlich zulässiger Widerruf)
  - Anfechtungsfrist bei Durchführung eines Verfahrens ohne BM (grds) 6 Monate ab Kenntnis / Kennenmüssen (subjektive Frist)
  - Nichtigerklärung des Vertrags nur, wenn Antragstellung innerhalb von 6 Monaten ab Zuschlagserteilung (objektive Frist), danach Geldbuße möglich
  - keine Rechtssicherheit bei formlosen (Direkt-) Vergaben nach Ablauf von 6 Monaten

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberechtsschutz – Zivilrechtlicher Rechtschutz

- **Nur nach (positivem) Feststellungsbescheid des BVwG**
  - (grundsätzlich) auch UWG-Klage
  - keine Feststellung bei rechtmäßigem Widerruf erforderlich, der durch hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Vergaberecht verursacht wurde
- **Ersatz des Vertrauensschadens**
  - Kosten der Angebotserstellung, Teilnahmekosten usw
  - Voraussetzung: echte Chance auf Zuschlagserteilung
- **Ersatz des Nichterfüllungsschadens**
  - Stellung wie bei Auftragserteilung
  - Voraussetzung: Beweis, dass man Auftrag erhalten hätte müssen
- **Zuständigkeit des Gerichtshofs erster Instanz**

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

Vergaberecht und Förderungen

Vergaberecht und Förderungen

- **Öffentliche Förderungen bedingen regelmäßig Einhaltung Vergaberecht → Abhängig von Eu-Kofinanzierung bzw Fördervertrag**
- **EU-Kofinanzierte Projekte besonders strenges Regime**
  - Leitlinien EU Kommission für Rückforderungen/Finanzkorrekturen bei Verstößen gegen Vergaberecht
  - Abhängig von Art und Schweregrad der Unregelmäßigkeit sowie Höhe entstandener finanzieller Verlust – pauschalierter Abzug von 5% bis 100% der Fördersumme
  - zB im Oberschwellenbereich keine Begründung, warum keine Aufteilung eines Auftrages in Lose: Abzug von 5%
  - zB zu weitreichende Beschränkung Subunternehmer für Leistungserbringung einzubeziehen: Abzug von 5%
  - Bieterfragen, die weniger als sechs Tage vor dem Ende der Angebotsfrist veröffentlicht werden: Abzug von 10%

© vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

GÖTZL PEKAR
RECHTSANWÄLTE

Anwälte für öffentliche Projekte.

Regional. Mit Weitblick. Am Punkt.

RA Mag. Rudolf Pekar
Pekar Rechtsanwalts GmbH
Nonntaler Hauptstraße 58
A - 5020 Salzburg
Mobil: +43 699 1909 7398
Tel: +43 662 82 90 00
Mail: rudolf.pekar@vergabekanzlei.at
www.vergabekanzlei.at