

plannING Day 2016 des Fachverbandes Ingenieurbüros

Velden, 16. und 17. Juni 2016

Mag. Gerald Katzensteiner

Abteilungsleiter Haftpflicht/Bauwesen, Prokurist

Vergaberecht: Jeder Bieter darf Zuschlag bekämpfen

Eine Entscheidung des EuGH stellt klar, dass Anfechtungen öffentlicher Auftragsvergaben kaum verhindert werden können. In einem anderen wegweisenden Urteil unterbindet das EU-Gericht eine verpönte Praxis zum Erlangen von Referenzprojekten.

Manfred Esletzbichler
Wolfgang Lauchner

Wien – Kürzlich sind zwei brisante Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu ganz zentralen Themen des Vergaberechts ergangen:

■ Die Zahl der Unternehmen, die einen Zuschlag bekämpfen können, wird durch die neue Entscheidung des EuGH massiv ausgeweitet. Im Prinzip kann nun auch jeder Bieter den Bestbieter „angreifen“, der wegen eines Angebotsmangels eigentlich auszuscheiden ist.

■ „Referenz-Shopping“ ist unzulässig: Zum Nachweis der Eignung eines Unternehmens muss dieses oftmals Referenzen nachweisen. Der EuGH hat nun klargestellt: Jenes Unternehmen, das im Zuge der Ausschreibung die geforderten Referenzen nachweist, muss bei der Auftragsausführung die entsprechende Leistung auch selbst erbringen – ein bloßes „Verleihen“ von Referenzen ist daher unzulässig.

Bis ins Jahr 2013 war die Rechtslage in Österreich völlig

Zuschlag nicht in Betracht. Solche Bieter konnten daher nichts gegen einen Zuschlag an einen anderen Bieter unternehmen. Auch wenn das Angebot des Bestbieters fehlerhaft war, konnten sie diesen Fehler nicht mehr geltend machen. Das wurde von Bietern (oft zu Recht) als unfair empfunden.

Eine erste Aufweichung dieser Rechtsprechung gab es bereits 2013 durch den EuGH in der Rechtssache Fastweb; deren Auslegung war aber in einigen Punkten strittig.

Alle Zweifel ausgeräumt

Mit seinem neuen Erkenntnis (C-689/13, Rechtssache PFE/Airgest) räumt der EuGH aber alle Zweifel aus: Ab jetzt kann de facto jeder Bieter den Zuschlag bekämpfen. Es ist daher irrelevant, aus welchem Grund ein Bieter auszuschneiden ist und wie viele Bieter noch im Verfahren sind; natürlich muss der anfechtende Bieter immer noch beweisen, dass der Bestbieter auszuschneiden ist. Das österreichische Bundesverwaltungsgericht, das – vereinfacht gesagt – für Bundesvergaben (z. B.



Referenzprojekte, die Bieter für öffentliche Aufträge vorweisen müssen, werden häufig bloß geliehen. In Zukunft muss das Unternehmen, das über die Referenz verfügt, den Leistungsteil auch ausführen.

2122272-1/34E) dem EuGH auch schon gefolgt.

Diese neue Rechtsprechung hat massive Auswirkungen sowohl auf Auftraggeber als auch auf Bieter: Bisher konnten der Auftraggeber sowie der Bestbieter das Gericht auf Fehler im Angebot des anfechtenden Bieters hinweisen. Damit konnten Anfechtungen oftmals noch abgewendet bzw. der Zuschlag „gerettet“ werden. Dieser Weg ist nun abgeschnitten: Anfechtungen lassen sich jetzt kaum noch verhindern. Dies wird zu vermehrten Anfechtungen und damit zu erheblichen Zeitverzögerungen bei Ausschreibungen füh-

ler aufweisen, viel zu teuer sind, müssen bzw. werden viele Ausschreibungen widerrufen werden. Die Gefahr, dass damit aufgrund bloß geringfügiger (formaler) Fehler wirtschaftlich sehr interessante Angebote ausgeschieden werden müssen, ist evident.

Aus für Referenz-Shopping

Fast ebenso weitreichend ist eine andere neue Entscheidung des EuGH (C-324/14 Rechtssache Partner), die in Österreich vom Bundesverwaltungsgericht bereits ebenfalls aufgegriffen wurde (25.4.2016, W123 2122272-1/34E). Hintergrund der Entscheidungen

wurde in der Praxis jedoch oftmals missbraucht: Das Unternehmen, das seine Referenz hergeliehen hat, hat dann tatsächlich niemals einen Fuß auf die Baustelle gesetzt; es hat also bloß seine Referenz „vermietet“ oder gegebenenfalls „verkauft“.

Genau dieser verpönten Praxis („Referenz-Shoppen“) schieben die beiden erwähnten Entscheidungen nun einen Riegel vor: Eine Referenz wird nun nur noch dann anerkannt, wenn das Unternehmen, das über die Referenz verfügt, also den Referenzauftrag ausgeführt hat, auch tatsächlich den entsprechenden Leistungsteil

Schadenfall EMSR Vergabe für eine Kläranlage

- Nicht offenes Verfahren an Stelle offenes Verfahren
- Nach Ausschreibungsunterlagen an Bestbieter nicht an Billigstbieter
- Spekulativer Preis wurde nicht (ausreichend) untersucht
- Zuschlagsentscheidung wurde anderer Bieter nicht vor Auftragserteilung zugestellt (Stillhaltefrist)

Leistungsbild Technische Ausrüstung

LPH 6 – VORBEREITUNG DER VERGABE	
Ermittlung der Mengen und Erstellung der Ausschreibungsunterlagen	
Der TA-Planung sind folgende mit dem Auftraggeber abgestimmte Mindestangaben bekannt zu geben: <ul style="list-style-type: none"> - Ausschreibungsart und Art des Vergabeverfahrens - Ausführungsterminplan für die Errichtung - Besondere Ausschreibungs-, Angebots- und Vertragsbedingungen des Auftraggebers - Schnittstellen zu anderen Gewerken Des Weiteren ist vom Auftraggeber die mit oder ohne Anmerkungen versehene Freigabe der Projektplanung Grundlage der Vorbereitung der Vergabe (siehe ÖNORM H 2210)	
Grundleistungen	Besondere Leistungen
Ermittlung von Mengen als Grundlage für das Aufstellen von Leistungsverzeichnissen in Abstimmung mit Beiträgen anderer an der Planung fachlich Beteiligter auf Grundlage der Projektplanung	Anfertigung von separaten Ausschreibungsplänen auf Grundlage der Projektplanung als Beilage zu Funktionalausschreibungen
Erstellung der konstruktiven Ausschreibungsunterlagen, gegebenenfalls unter Verwendung von Standardleistungsbüchern, bestehend aus der Leistungsbeschreibung, den fachtechnischen Spezifikationen und dem Leistungs(Positions)verzeichnis, gegliedert in Leistungsgruppen, in Abstimmung mit Beiträgen anderer an der Planung fachlich Beteiligter	Fachbezogene Mitwirkung bei einer funktionalen Ausschreibung des Gesamtprojektes durch die Objekt-(Gebäude)planung bestehend aus der Erstellung der fachtechnischen Leistungsbeschreibung, den fachtechnischen Spezifikationen und dem fachtechnischen Raumbuch
Übergabe der Ausschreibungsunterlagen an den Auftraggeber zur Freigabe	Nachführung der Kosten, sofern die Ausschreibung auf Grundlage der Entwurfs- und nicht der Projektplanung erfolgte
Mitwirkung bei der Ausführungsterminplanung	Erstellung einer vorläufigen Kostenberechnung (= Kostenanschlag laut ÖNORM B 1801-1:2009)
Einholung von vom Auftraggeber geforderten bzw. erforderlichen Nachtrags- bzw. Zusatzangeboten bei ausführenden Unternehmen	Überarbeitung von Leistungs(Positions)verzeichnissen bzw. von gesamten Ausschreibungsunterlagen sowie Wiederholung von Ausschreibungs-/Angebotsverfahren aufgrund des Nichterreichens von Kostenzielen bzw. Kostenvorgaben

Leistungsbild Technische Ausrüstung

LPH 7 – MITWIRKUNG BEI DER VERGABE	
Prüfung der Angebote sowie Mitwirkung bei der Auftragsvergabe	
Grundleistungen	Besondere Leistungen
Mitwirkung bei der Angebotseröffnung	
Mitwirkung bei Verhandlungen und/oder Aufklärungsgesprächen mit Bietern in fachtechnischen Fragen	Mitwirkung bei mehrstufigen Vergabeverfahren in fachtechnischen Fragen
Prüfung und Wertung der für eine Vergabe in Frage kommenden Angebote, einschließlich Erstellung eines Prüfberichtes samt Preisspiegel als Grundlage für die Vergabe durch den Auftraggeber	Prüfung und Wertung von Alternativ- und Abänderungsangeboten auf Basis von Gleichwertigkeitsnachweisen von Bietern
Mitwirkung bei der Zuschlagserteilung und dem Abschluss des Vergabeverfahrens in fachtechnischen Fragen	Erstellung von Vergabe(Auftrags)leistungsverzeichnissen zur Festlegung der Vergabesummen für die Zuschlagserteilungen
Mitwirkung bei der Übergabe der relevanten Unterlagen der Projektplanung an die ausführenden Unternehmen	Teilnahme und Mitwirkung bei Berufungs- und Beschwerdeverfahren vor den Vergabekontrollinstanzen
Prüfung und Wertung von vom Auftraggeber geforderten bzw. erforderlichen Nachtrags- bzw. Zusatzangeboten einschließlich Erstellung eines Prüfberichtes als Grundlage für die Beauftragung durch den Auftraggeber	Mitwirkung bei der Kostenkontrolle durch Vergleich mit den Leistungsphasen 3, 4 und 6

Ablauf des Vergabeverfahrens

Einstufiges Vergabeverfahren

z.B. Offenes Verfahren

BEKANNTMACHUNG
ÜBERMITTLUNG DER AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN
ANGEBOTSLEGUNG
ANGEBOTSÖFFNUNG
EIGNUNGSPRÜFUNG
ANGEBOTSPRÜFUNG
ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG
MITTEILUNG
STILLHALTEFRIST
ZUSCHLAGSERTEILUNG

Zweistufiges Vergabeverfahren

z.B. Nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung
- Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

BEKANNTMACHUNG
TEILNAHMEANTRÄGE
EIGNUNGSPRÜFUNG
AUFFORDERUNG ZUR ANGEBOTSABGABE
ÜBERMITTLUNG DER AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN
ANGEBOTSLEGUNG
ANGEBOTSPRÜFUNG
ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG
MITTEILUNG
STILLHALTEFRIST
ZUSCHLAGSERTEILUNG

Typische Fehler im Vergabeverfahren

Falsche Vorgehensweise

Wahl des falschen Vergabeverfahrens

Ausscheiden von fehlerhaften Angeboten während der Angebotsöffnung im offenen Verfahren

Aufforderung an einen Bieter, im offenen Verfahren ein nicht unterschriebenes Anbot nachträglich zu unterfertigen.

Mitteilung der anderen Bieter im Verhandlungsverfahren

Verhandeln eines niedrigeren Preises während eines Aufklärungsgespräches im offenen Verfahren oder im nicht offenen Verfahren

Richtige Vorgehensweise

Die Wahl des zulässigen Vergabeverfahrens hängt von den geschätzten Herstellungskosten ab, die bei Bau-, Liefer-, Dienstleistungsauftrag etc. unterschiedlich sind.

Bei der Angebotsöffnung sind alle Angebote in der Niederschrift festzuhalten

Das Fehlen einer rechtsgültigen Unterschrift ist ein unbehebbarer Mangel. Ein solches Anbot ist auszuschneiden

Im Verhandlungsverfahren sind Anzahl und Namen der anderen Bieter bis zur Zuschlagsentscheidung geheim zu halten

Im offenen Verfahren und im nicht offenen Verfahren herrscht strenges Verhandlungsverbot

Typische Fehler im Vergabeverfahren

Vermischung oder Doppelverwertung von Auswahl-, Eignungs- und Zuschlagskriterien

Auslaufenlassen eines Vergabeverfahrens

Auftragserteilung ohne Zustellung der Zuschlagsentscheidung und Abwarten der Stillhaltefrist

Verletzung von Dokumentationspflichten

Auswahl- Eignungskriterien sind unternehmensbezogen, Zuschlagskriterien beziehen sich nur auf das Angebot

Jedes Vergabeverfahren hat durch Zuschlag oder Widerruf der Ausschreibung zu enden.

Jede Zuschlagsentscheidung ist allen Bietern zuzustellen, womit die Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsantrages zu laufen beginnt.

Im Vergabeverfahren sind alle Schritte durch Niederschriften zu protokollieren, ansonsten hat der Auftraggeber idR den Schritt nicht gesetzt.

Ausschlüsse Art. 6 AHTB

Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Schadenersatzverpflichtungen

- Aus der Beratung hinsichtlich der Auswahl der Ausführenden und Lieferanten in Bezug auf deren Bonität
- Aus der Überschreitung von Voranschlägen und Krediten sowie aus Einbußen bei Krediten oder Kapitalinvestitionen, aus der Anschaffung und Verwertung von Waren; aus der entgeltlichen oder unentgeltlichen Vermittlung, Empfehlung oder kaufmännischen Durchführung von Geld-, Grundstück- und anderen wirtschaftlichen Geschäften sowie aus Folgehandlungen dieser Tätigkeiten

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

VAV 
VERSICHERUNGEN

