

JETZT IM
NEUEN DESIGN

ZVVB

Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Beiträge

Vergaberecht, Transparenz und Geheimhaltung – ein Dauerthema mit neuer Dynamik

Claudia Fuchs und Thomas Ziniel

Nachhaltige Beschaffung und ihre Herausforderungen

Claus Casati

Die Rahmenvereinbarung in der Praxis – Teil 1

Karlheinz Moick und Florian Kromer

Personenbezogene Vergabekriterien

Jacqueline Raab und Maximilian Weigert

Rechtsprechung

EuGH: Dienstleistungskonzessionen und öffentliche Lieferaufträge

Philipp Pallitsch und Ayo-Victor Hübl

OGH: Konkludente Abtretung von Ansprüchen gegen Werkunternehmer des Schenkungsgebers

Philipp Springer

des BVwG dadurch nicht verlängert wird, bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der EV jederzeit deren Aufhebung beantragt werden kann und die EV mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt.

Zusammengefasst hat das BVwG dem Eventualantrag stattgegeben und der AG untersagt, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen.

Praxistipp

Im Rahmen eines Antrags auf Erlassung einer EV sollte ein Rechtsschutzsuchender die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 351 Abs 3 BVergG beantragen, um zu vermeiden, dass der Antrag auf Erlassung einer EV abgewiesen wird.

Auslieferung von Antigentests Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung

§ 347 Abs 1 Z 1, § 347 Abs 1 Z 2 BVergG 2018. Wenn die Preise nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können, ist mit betriebswirtschaftlich nicht erklärbaren, unter der Annahme eines bestimmten Risikos spekulativen Preises zu rechnen, sodass diese Rechtswidrigkeit wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Daher ist die Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Bearbeitet von SANDRO HUBER, SEJLA KOLAKOVIC

Sachverhalt

Die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (kurz: AG) schrieb eine Rahmenvereinbarung über Dienstleistungen im Oberschwellenbereich im Wege eines offenen Verfahrens aus. Gegenstand des Vergabeverfahrens war die Auslieferung von Antigentests im gesamten Bundesgebiet.

Die ASt brachte einen Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie die Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen bzw der gesamten Ausschreibung begehrte. Die ASt brachte im Wesentlichen vor, dass die Angaben zur Befugnis unklar seien, dass der Angebotspreis aufgrund fehlender Angaben über das Gewicht der zu lagernden und zu transportierenden Güter unkalkulierbar sei, die notwendige Lagerfläche aufgrund der Angaben in der Ausschreibung nicht zu ermitteln seien und die Bestimmungen über die Rücknahme von Antigentests durch die nachträgliche Abgabe eines ergänzenden Angebots einerseits eine wesentliche Änderung der Rahmenvereinbarung darstelle, andererseits spekulative Angebote erwarten ließe.

Aufgrund der beträchtlichen Anzahl der rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen und deren inhaltliche Auswirkungen auf das Vergabeverfahren erklärte das BVwG nicht – wie für gewöhnlich – bloß die einzelnen Bestimmungen, sondern die gesamte Ausschreibung für nichtig.

Entscheidungsgründe

[Rechtliche Beurteilung]

[...]

3.3.4 Zur Angabe des Gewichts

3.3.4.1 Die ASt verlangt Angaben über das Gewicht der zu transportierenden und zu lagernden Waren. Die AG bringt dagegen vor, dass es jedem Unternehmer anhand der Angaben über den Inhalt und die Verpackungsgrößen der Waren oder auf-

Vergaberecht

BVwG 14. 9. 2022, W187 2257846–2

Kalkulationsrisiko; spekulativer Preis; Antigentests; Widerruf

ZVB 2023/8

grund von Nachfragen bei einem Hersteller möglich sein müsse, das Gewicht der Waren zu erfahren.

[...]

3.3.4.3 In der Ausschreibung finden sich [...] [bloß] Angaben über die Verpackungsgrößen. [...] In der Ausschreibung ist an keiner Stelle ein konkretes Produkt genannt [...].

3.3.4.4 Der ASt ist zuzugestehen, dass für den Transport von Waren das Gewicht der zu transportierenden Waren ein wichtiger Faktor ist. Aus der Ausschreibung und den Angaben der AG ist zu erkennen, dass der AN unterschiedliche Antigentests zustellen muss, deren Größen sich in einer bestimmten Bandbreite bewegen. Angaben über das Gewicht verweigert die AG [...] bewusst. [...]

3.3.4.5 Eine Nachfrage oder Internetrecherche bei einem Hersteller von Antigentests ist mangels Angabe der zu liefernden Produkte nach Ansicht des BVwG nicht zumutbar [...]. Weiters ist zu berücksichtigen, dass Antigentests unterschiedlicher Hersteller zuzustellen sind, weshalb sich der Bieter einen möglichst vollständigen Überblick über die Hersteller und Lieferanten von Antigentests verschaffen muss, um das Gewicht eingrenzen zu können. [...] Damit besitzen Unternehmer, die auf den Transport von Medikamenten und Medizinprodukten spezialisiert sind und damit einen Überblick über den Markt [...] haben, einen Vorteil gegenüber reinen Transportdienstleistern oder Logistikern [...]. Da die AG [die Angabe zumindest einer Spanne an Gewichten der zu liefernden Antigentests] unterlassen hat, genießen auf den Transport von Medizinprodukten spezialisierte Unternehmer bei der Abfassung und Kalkulation einen Wissens- und Wettbewerbsvorteil [...]. Überdies muss ein Bieter ohne dieses Wissen ein nicht kalkulierbares Risiko auf sich nehmen.

3.3.5 Zum Erfüllungsort

3.3.5.1 Die ASt bemängelt, dass [...] keine Vorsorge für Zustellprobleme, die auf der Seite des Empfängers der Sendung lägen, getroffen seien und daher die Leistung nicht kalkulierbar sei. [...]

[...]

3.3.5.5 Die ASt bringt Probleme bei der Zustellung wie die Ortsabwesenheit des Empfängers ins Spiel, die in der Ausschrei-

bung nicht behandelt seien. [...] Es ist [...] anzunehmen, dass es bei öffentlichen Apotheken nicht zu Problemen mit der Annahme kommen kann. Anders ist es bei Hausapotheken. Diese unterliegen nicht diesen strengen Regelungen über Öffnungszeiten, sodass es zu diesen Problemen kommen kann. Die AG verweist dazu auf dispositives Recht, ohne es näher zu bezeichnen. Daher ist davon auszugehen, dass ungeklärt ist, was im Fall eines Problems bei der Annahme einer bestellten Lieferung geschehen soll. Dass diese Probleme bei der Annahme einer bestellten Lieferung den AN belasten und seinen Aufwand bei der Durchführung des Auftrags erhöhen, liegt jedoch auf der Hand. Daher müsste die Ausschreibung dafür Vorsorge treffen. Da sie keine Regelungen für diesen Fall vorsieht, bürdet sie dem Bieter ein insofern nicht kalkulierbares Risiko eines Mehraufwands etwa durch einen wiederholten Zustellversuch auf.

3.3.6 Zur Lagerfläche

3.3.6.1 Die ASt bringt vor, dass sie Angaben über die Verpackungsgrößen und -gewichte der Anlieferung der Antigentests, die zulässigen Lagerstandorte und die nötige Lagerfläche brauche, um die nötige Lagerfläche kalkulieren zu können. [...]

[...]

3.3.6.5 Zur Größe und dem Gewicht jener Einheiten, in denen Antigentests in das Lager geliefert werden, fehlen in der Ausschreibung alle Angaben. [...] Die Ausführungen der AG, dass die Anlieferung auf Europaletten erfolgt, ist plausibel, weil Europaletten für die Lieferung von Stückgut in Schachteln einen allgemeinen Standard darstellt. Diesen Standard kennt auch die ASt [...]. [...] Da jedoch davon auszugehen ist, dass ein Bieter eine oder mehrere Lagerhallen verwenden muss und allenfalls für die Lagerung der Waren Hochregallager, die selbst einer Gewichtsbeschränkung unterliege, verwendet, ist die Angabe des zu lagernden Gewichts notwendig, um das benötigte Lager abschätzen zu können. Gleiches gilt für die Höhe, mit der Antigentests auf den Paletten gestapelt sind. Sie bestimmt die Möglichkeit, ein bestimmtes Regallager verwenden zu können. [...]

3.3.6.6 Um die benötigte Lagerfläche kalkulieren zu können, muss der Bieter wissen, wie viele Antigentests auf einer Europalette geliefert werden. [...] Die Angabe der Anzahl an Antigentests pro Europalette [...] wäre [...] notwendig, um das Angebot kalkulieren zu können. Durch das Fehlen dieser Angaben muss der Bieter Annahmen treffen und auf einer unsicheren Grundlage seine Preise kalkulieren. Ein auf die Lieferung von Medizinprodukten spezialisierter Unternehmer genießt daher einen Wettbewerbsvorsprung. Ein nicht darauf spezialisierter Unternehmer muss bis zu einem gewissen Grad spekulieren.

3.3.7 Zur Rücknahme von Antigentests

3.3.7.1 Die ASt bringt vor, dass die Teilleistung der Rücknahme von Antigentests nicht auszupreisen, sondern in den in der Ausschreibung vorgesehenen Fällen auf Grundlage eines Abrufs mit Konkretisierung zu erbringen sein werde und dies zur Spekulation einlade. Die AG bringt dagegen vor, dass ein Abruf mit Konkretisierung auch bei einer Rahmenvereinbarung mit nur einem Bieter zulässig sei, nicht sicher sei, in welchem Ausmaß überhaupt Rücknahmen durchzuführen sein würden und auch bei Nachtragsangeboten eine Preisprüfung stattfinden werde.

[...]

3.3.7.5 Fälle der Rücknahme von Antigentests sind nach [den] Ausschreibungsbedingungen bei fehlerhaften Produkten und bei Restkontingenten im Fall der Beendigung der Screening-Programme. Der AG ist zuzubilligen, dass die Anzahl der Rücknahmen bei fehlerhaften Produkten schwer absehbar ist. Allerdings

kann mittlerweile davon ausgegangen werden, dass darüber bereits Erfahrungswerte bestehen, sodass dieser Fall der Rücknahme sicherlich in das Leistungsspektrum der Rahmenvereinbarung aufgenommen werden könnte. [...] Sie stellt in der Intention des Auftrags sicherlich einen unvorhergesehenen Ausnahmefall dar, sodass es sich nicht um eine vorhersehbare Leistung handelt. Es handelt sich aber um eine denkmöglich zu erbringende Leistung. Die Bedingungen für die Erbringung dieser Leistung [...] sind nicht vollständig in der Ausschreibung spezifiziert. Daher ließe sich eine derartige Vorgabe lediglich [...] im Wege des in der Ausschreibung vorgesehenen Abrufs mit Konkretisierung vornehmen. [...] Ein solcher Abruf darf jedenfalls nicht zu einer gänzlich anderen Leistung führen [...]. Da jedoch anders als bei der Verteilung von Antigentests an Apotheken bei der Rücknahme mit bereits ausgepackten Verpackungseinheiten aus welchem Lager auch immer zu rechnen ist und der AN diese allenfalls selbst in Gebinde packen muss, ist die Leistung bereits anders als die Verteilung. [...]

3.3.7.6 Dass deshalb mit einer spekulativen Angebotslegung zu rechnen ist, ergibt sich nicht automatisch. [...]

3.3.8 Zusammenfassung

[...]

3.3.8.2 Wie oben ausgeführt sind insbesondere die Angabe des Gewichts der Antigentests und die Packungshöhen bei der Anlieferung in das Lager des AN wesentliche Angaben, um die Leistung kalkulieren zu können. Das Fehlen dieser Angaben führt dazu, dass die ASt das Angebot nicht kalkulieren kann. Weiters macht das Fehlen von Festlegungen für den Fall, dass es bei der Zustellung an einen Lieferort zu Lieferschwierigkeiten kommt, weil etwa eine Hausapotheke nicht geöffnet hat, den Preis schwer kalkulierbar. Daher widerspricht das Fehlen dieser Angabe § 88 Abs 2 BVergG 2018 und verletzt die ASt in dem von ihr geltend gemachten subjektiven Recht auf gesetzmäßige Ausgestaltung von Ausschreibungsunterlagen, sodass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken angeboten werden können. Schließlich stellt sich die Frage, ob ein Abruf mit Konkretisierung nicht den Rahmen des § 155 Abs 3 Z 2 lit b BVergG 2018 sprengt und die Rücknahme noch eine gleichartige Leistung ist. Damit ist die Ausschreibung gemäß § 347 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 rechtswidrig. Wenn nun die Preise nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können, ist mit betriebswirtschaftlich nicht erklärbaren, unter der Annahme eines bestimmten Risikos spekulativen Preises zu rechnen, sodass diese Rechtswidrigkeit wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens [...] hat. Daher ist die Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Anmerkung



SANDRO HUBER ist Partner bei Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG in Wien mit Schwerpunkt in den Bereichen der Bauwirtschaft sowie Vergabe- und Zivilrecht.

SEJLA KOLAKOVIC ist juristische Mitarbeiterin mit Schwerpunkt Vergabe- und Zivilrecht in der Bauwirtschaft bei Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG in Wien.

Im gegenständlichen Fall hatte das BVwG über die Anfechtung der Ausschreibung zur Verteilung von Antigentests im gesamten Bundesgebiet zu entscheiden, nachdem der erste Versuch eines

solchen Vergabeverfahrens nach einer Anfechtung (freiwillig) bereits mit einem Widerruf beendet wurde.

Die Besonderheit des gegenständlichen Falls liegt darin, dass es das BVwG nicht bloß einzelne Ausschreibungsbestimmungen, sondern die Ausschreibung zur Gänze für nichtig erklärte.

Dies ist aber in Anbetracht der Anzahl und der inhaltlichen Auswirkungen der rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen nicht verwunderlich. Schließlich traf die AG in den Ausschreibungsbestimmungen keine Feststellungen zum Gewicht der zu transportierenden Waren. Nach Ansicht der AG wäre es den Bietern zumutbar, das Gewicht der – nicht näher spezifizierten Waren – bei den (nicht genannten) Herstellern zu eruiieren. Angesichts dieser vielen Unbekannten einen angemessenen Preis zu kalkulieren, ohne in den Bereich der Spekulation nach dem Prinzip eines Glücksrads zu kommen, erschien der ASt unmöglich. Einen Wettbewerbsvorteil für Unternehmer, die auf den Transport von Medikamenten und Medizinprodukten spezialisiert sind, wollte die AG darin erstaunlicherweise nicht erkennen.

Auch bezüglich der Abmessungen der zu lagernden bzw zu liefernden Waren (Höhe der gestapelten Antigentests auf einer Europalette) ließ die AG die Bieter im Dunkeln tappen. Die Angabe, dass die Anlieferung auf Europaletten erfolge, reichte der AG zufolge als Grundlage aus, um den Angebotspreis zu kalku-

lieren. Das BVwG war diesbezüglich aber richtigerweise der Meinung, dass es für den Bieter hinsichtlich der Lagerungsmöglichkeiten unerlässlich ist zu wissen, wie viele Antigentests auf einer Europalette geliefert werden, da der Bieter ansonsten „Annahmen treffen und auf einer unsicheren Grundlage seine Preise kalkulieren“ müsse.

Ein weiteres nicht kalkulierbares Risiko wurde auf die Bieter umgewälzt, indem die AG keine Regelung für Probleme bei der Zustellung an Hausapotheken traf. Das BVwG führte dabei plausibel ins Treffen, dass die Ausschreibung auch dafür Vorsorge treffen müsse. Ebenso kritisch wurde zu Recht der Umstand betrachtet, dass die Bedingungen allfälliger Warenrücknahmen erst im Zuge der konkreten Leistungserbringung mit dem AN ausverhandelt werden. Hierzu wurde praxisnah angemerkt, dass ausgepackte Retourware nicht unbedingt mit der Auslieferung von Originalverpackungen zu vergleichen ist. Für interessierte Bieter, die typischerweise auf das Ausliefern aus dem Warenlager spezialisiert sind, ist das Einsammeln und Retourliefern unverpackter Waren unterschiedlicher Verpackungsgrößen ein systemwidriger Vorgang, der auch gesondert kalkuliert werden muss.

Das BVwG entschied schließlich zu Recht, dass die ASt in ihrem subjektiven Recht auf gesetzmäßige Ausgestaltung von Ausschreibungsunterlagen verletzt wurde und die Ausschreibung für nichtig zu erklären ist.

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Anschluss an ein offenes Verfahren

§ 36 Abs 1 BvergG 2018

- ▶ Das gescheiterte offene Verfahren und das anschließende Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bilden ein „untrennbares Ganzes“.
- ▶ Im anschließenden Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung darf der Angebotspreis nicht höher liegen als der Marktpreis bzw der geschätzte Auftragswert.

Bearbeitet von ALBERT OPPEL

Sachverhalt¹

Die Gemeinde *Razlog* in Bulgarien führte zunächst ein offenes Verfahren im USB zur Vergabe offenbar eines Lieferauftrags, welcher in vier Lose geteilt war. Das verfahrensgegenständliche Los 2 betraf „Geräte zur Metallbearbeitung“, welche für das Agrarwissenschaftliche Gymnasium der Gemeinde bestimmt waren.

Im offenen Verfahren ist für Los 2 lediglich ein Angebot eingelangt. Der Angebotspreis war jedoch mehr als doppelt so hoch wie der von der Gemeinde geschätzte Auftragswert. Daraufhin erklärte der AG das Vergabeverfahren für erfolglos und stellte dieses ein. Anschließend führte er mit dem Bieter, der im vorangegangenen Verfahren ein Angebot gelegt hat, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und vergab an diesen den Auftrag zu einem Preis, der minimal unter dem geschätzten Auftragswert lag. Die ursprünglichen Auftragsbedingungen wurden dabei von der Gemeinde nicht geändert.

Das Vorhaben sollte teilweise aus europäischen Finanzmitteln zur Verbesserung der Bildungsinfrastruktur und des Lernprozesses finanziert werden. Der Zuschuss von europäischen Finanzmitteln war an die Einhaltung bestimmter vergaberechtlicher Grundsätze gebunden. Der zuständige Minister sah in der Vorgangswei-

Vergaberecht

EuGH 16. 6. 2022, C-376/21, *Obshtina Razlog*
ZVB 2023/9

se der Gemeinde einen Verstoß gegen Vergaberecht und verfügte eine Finanzkorrektur. Gegen diese Finanzkorrektur erhob die Gemeinde Klage an das OVwG Bulgariens. Dieses richtete ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.

Die Vorlagefragen waren, wenn man den hier nicht im Detail interessierenden beihilfenrechtlichen Aspekt weglässt und grob zusammenfasst, darauf gerichtet, ob die Vorgangsweise der Gemeinde mit den (vergaberechtlichen) Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und des freien Wettbewerbs vereinbar ist.

Hat in einem offenen Verfahren lediglich ein Bieter ein Angebot mit einem überhöhten Preis gelegt, so darf mit diesem über eine Absenkung des Preises auf den geschätzten Auftragswert verhandelt werden.

¹ Anmerkung und Praxistipp geben lediglich die persönliche Ansicht des Autors wieder. Die Hervorhebungen und die Gliederung in Absätze sind vom Verfasser des Beitrages. Die Zitate sind in den Fußnoten.