

Jour fixe bei Willheim Müller Rechtsanwälte

Das Thema: „Update Vergaberecht“

Willheim Müller Rechtsanwälte veranstaltet regelmäßig zu aktuellen Themen des Bau- und Vergaberechtes Jour fixe in ihren Kanzleiräumlichkeiten. So auch am 27.06.2013 zum Thema „Update Vergaberecht“. Dr. Bernhard Kall, Leiter des Vergaberechteams bei Willheim Müller Rechtsanwälte, nahm die in regelmäßigen Abständen vorgenommenen Reformierungen des Bundesvergabegesetzes sowie die laufend neue Judikatur im Vergaberecht zum Anlass, zu aktuellen und für die Vergabepaxis relevanten nationalen und internationalen Entscheidungen der Nachprüfungsbehörden zu referieren.

Dr. Kall erörterte gemeinsam mit den Teilnehmern sowohl für Auftraggeber als auch Bieter relevante Entscheidungen. Weiters referierte er zur Rolle der Nachprüfungsbehörden in Bezug auf den Umfang ihrer Nachprüfungspflichten sowie zu aktuellen EuGH-Entscheidungen.

Der Vortrag beschäftigte sich eingangs mit der Zulässigkeit von Exklusivverhandlungen. Das Bundesvergabeamt (BVA) hat in seiner Entscheidung vom 16.8.2012 (N/0070-BVA/10/2012-39) erkannt, dass es im freien Ermessen eines Sektorenauftraggebers stehe, Verhandlungen ausschließlich mit dem bestgeeigneten Bieter durchzuführen, wenn er sich dieses Vorgehen in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten hat, und vollständig ausgearbeitete und vergleichbare Angebote vorliegen. § 251 Abs 1 BVergG sieht im Gegensatz zu § 105 BVergG keine Verhandlungspflicht des Auftraggebers vor. In diesem Sinn besteht keine Verpflichtung des Sektorenauftraggebers mit allen Bietern zumindest einmal zu verhandeln.

In einer weiteren Entscheidung des BVA besprach Dr. Kall die Frage der Zulässigkeit eines fliegenden Wechsels des Auftraggebers von einer Los- zur Gesamtvergabe (BVA – N/0113- BVA/12/2012-27). Im entscheidungsrelevanten Sachverhalt berichtigte der öffentliche Auftraggeber seine Ausschreibung mehrmals. Die Berichtigungen führten soweit, dass die ur-



Dr. Bernhard Kall leitet das Vergaberechteam bei Willheim Müller Rechtsanwälte

sprünglich in drei Losen ausgeschriebenen Dienstleistungen letztlich nur noch in einem Los ausgeschrieben wurden. Das BVA hat entschieden, dass es einen Unterschied mache, ob aus einer Ausschreibung drei verschiedene Unternehmen jeweils ein Los gewinnen oder ein Unternehmen die gesamte geschätzte Auftragssumme lukriert. Das BVA erkannte daher einen „fliegenden“ Wechsel von Los- zur Gesamtvergabe im Wege einer Berichtigung für nicht zulässig.

Der Vortrag beschäftigte sich außerdem mit einem bei Auftragnehmern häufig auftretenden Ausscheidungsgrund, nämlich dem Nichtausfüllen von Bieterlücken. Dr. Kall zog zu diesem Zweck die Entscheidung des BVA N/0095-BVA/04/2012-24 vom 26.11.2012 heran, in der das BVA bestätigte, dass nicht ausgefüllte echte Bieterlücken zum Ausscheiden eines Angebotes und somit zum Verlust der Antragslegitimation führen. Zur Vermeidung dieses Fehlers empfahl Dr. Kall eine genaue Durchsicht der Ausschreibung hinsichtlich Bieterlücken und die Beachtung der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben über Erzeugnisse und Typen.

Auch die Rolle der österreichischen Vergabekontrollbehörden selbst wurde beleuchtet. Dr. Kall hob hervor, dass der Umfang der Prüfpflichten einer Nachprüfungsbehörde danach variiert, ob eine Antragslegitimation zu prüfen oder in der Sache selbst zu entscheiden ist. Nachprüfungsbehörden haben in der Sache selbst gemäß § 39 Abs 2 AVG jedenfalls

eine umfassende amtswegige Ermittlungspflicht. Im Hinblick auf die Prüfung der Antragslegitimation sind die Vergabekontrollbehörden hingegen durch den Inhalt des Vergabeakts begrenzt. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde, bei der Prüfung der Antragslegitimation die Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen notwendig ist.

Zuletzt wurden aktuelle EuGH-Entscheidungen zur europaweiten Vergabepaxis erörtert. Diese Entscheidungen gaben den Teilnehmern zu bedenken, dass das Bundesvergabegesetz eine Umsetzung des Gemeinschaftsrechts ist und daher auch die nationalen Gesetzgeber z.B. nicht frei in der Regelung von Verjährungsfristen und Eignungskriterien sind. Insbesondere stellte der EuGH fest, dass Auftraggeber den Katalog der Gründe mangelnder Eignung (§ 68 BVergG) nicht erweitern, sondern nur nähere Festlegungen zur Beurteilung der Eignungsgründe festlegen dürfen.

Vergaberecht in ständiger Rechtsfortbildung

Die umfangreiche Judikatur im Vergaberecht zeigt, dass sich das Vergaberecht in ständiger Rechtsfortbildung befindet. Das Vergaberecht hat sich aus der Verschränkung von Gemeinschaftsrecht, Verfassungsrecht, Zivilrecht, ÖNORMEN sowie der Vielzahl an dazu ergangener Judikatur zu einer sehr komplexen wie auch dynamischen Rechtsmaterie entwickelt. Für Bieter und öffentliche Auftraggeber werden dadurch nicht nur die Rechtsunsicherheiten, sondern auch die an sie gesetzten Anforderungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens immer höher. Eine juristische Beratung durch Experten sowohl für Auftraggeber als auch für Bieter wird demnach immer wichtiger.

www.wmlaw.at

willheim | müller
rechtsanwälte
works