

# ZVVB

## Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

### Beiträge

#### Angebotsprüfung in der Praxis

Karlheinz Moick und Florian Kromer

#### Befugnisnachweis bei gemeinnützigen Bietern

Sebastian Allerberger

#### CPV-Codes: Historie, Praxis und Anwendbarkeit

Cornelia Krismann

#### Erfassung von Baustellengemeinkosten (Teil 2)

Andreas Kropik und Martin Entacher

### Rechtsprechung

#### OGH: Schiedsgutachterklauseln in Bauträgerverträgen

Stefanie Hauser

#### LVwG Tirol: Bewertungskommission: Fachkunde

Normann Plattner-Schwarz

#### EuGH: Auftraggeber haben „Vorrecht“ auf Beurteilung der Eignung

Ruth Bittner

gen. Für die Zulässigkeit einer Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung muss es objektiv betrachtet an einem Wettbewerb fehlen. Die AG gab nicht an, warum ihr bestimmte Leistungsmerkmale besonders wichtig waren, die Vergabekammer bemängelte zudem, dass die AG nicht darlegte, wer, wann und wie Internetrecherchen zu welchen Alternativen durchführte. **Es wäre eine umfassende Marktanalyse auf europäischer Ebene durchzuführen gewesen, um das objektive Fehlen eines Wettbewerbs nachweisen zu können und in weiterer Folge auf ein Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu verzichten.** Gespräche über verfügbare Produkte auf Seiten der ASt wurden erst nach der Auftragserteilung geführt. Im Vergabevermerk gestand die AG ein, dass zwischen den Herstellern von Laserlithografieanlagen grundsätzlich ein Wettbewerb besteht. Die anfangs definierten Alleinstellungsmerkmale wurden ohne ausreichende Begründung als unbedingt erforderlich bezeichnet. Rein wirtschaft-

liche Überlegungen sind für die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung jedoch unzureichend. Dafür hat eine ordnungsgemäße Untersuchung des Markts zwingend vor der Wahl des Verfahrens und der Entscheidung, ausschließlich ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, zu erfolgen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hatte die AG nach Ansicht der Vergabekammer nicht ausreichend nachgewiesen. Der festgestellte Vergaberechtsverstoß konnte im Nachprüfungsverfahren daher nicht nachgeholt und geheilt werden.

Die Rechtssätze der Vergabekammer Rheinland-Pfalz können im Wesentlichen auf das österr Vergaberecht übertragen werden. MMag. Dr. NORMANN PLATTNER-SCHWARZ ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Schramm Öhler Rechtsanwälte. HENRY ALEXANDER NEUMAYR ist juristischer Mitarbeiter bei Schramm Öhler Rechtsanwälte.

## Die Angebotsprüfung in der Praxis

### Der Beitrag schnell gelesen

Die Angebotsprüfung bringt öffentliche Auftraggeber:innen in viele herausfordernde Situationen. Die Autoren beleuchten typische Angebotsmängel, bei denen für Auftraggeber:innen oft nicht klar ist, ob das Angebot auszuschneiden ist oder nicht. Anhand höchstgerichtlicher Judikatur werden die folgenden Problemfelder aufgezeigt und Lösungsansätze präsentiert:

- ▶ Nachreichbarkeit von fehlenden oder unzureichenden Referenzen;
- ▶ Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen;
- ▶ fehlende qualifizierte elektronische Signatur;
- ▶ Strafregisterbescheinigungen: Ausstellungsdatum als Mittelpunkt des juristischen Diskurses;

- ▶ (keine) Bagatellgrenze bei mangelhaften Positionen;
- ▶ Ausschreibungskonformität von Erstangeboten im Verhandlungsverfahren;
- ▶ Festlegungen zur (Un-)Behebbarkeit in der Ausschreibung.

### Vergaberecht

§§ 78 ff, 134 ff BVergG 2018

VwGH 22. 12. 2020, Ra 2020/04/0097-3; EuGH 6. 10. 2021, C-316/21, *Monument Vandekerckhove*; BVwG 8. 8. 2022, W139 2253938-1; VwGH 8. 9. 2021, Ro 2020/04/0007

ZVB 2024/17



Dr. KARLHEINZ MOICK ist Partner der Kanzlei FSM Rechtsanwälte.  
Mag. FLORIAN KROMER ist Vergabejurist in der ÖBB-Holding AG.

### Inhaltsübersicht:

- A. Referenzen
- B. Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen
- C. Fehlende Qualifizierte elektronische Signatur
- D. Strafregisterbescheinigungen
- E. Bagatellgrenze bei mangelhaften Preispositionen?
- F. Müssen Erstangebote ausschreibungskonform sein?
- G. Unbehebbarkeit durch Festlegungen in der Ausschreibung?

### A. Referenzen

Referenzen sind seit jeher „der Klassiker“ bei Prüfung und Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in Vergabeverfahren. Sie werden aber nicht immer nur zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gefordert, sondern sind regelmäßig auch für die Auswahlprüfung im zweistufigen Verfahren relevant und kommen (wenn auftragsbezogen)<sup>1</sup> mitunter auch im Rahmen

der Bestbieterermittlung als Zuschlagskriterium vor. Man sollte deshalb denken, dass die Verbesserbarkeit fehlender oder mangelhafter Referenzen bereits vollständig ausjudiziert ist.

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit als Teil der Eignung gibt die Judikatur auch ein klares Bild: Referenzen sind grundsätzlich Umstände, die bereits vor Angebotslegung bzw. Teilnahmeantragslegung bestanden haben. Eine fehlende oder unzureichende Referenz zum Nachweis der Eignung kann verbessert werden, sofern sie bereits im relevanten Zeitpunkt vorlag und es nur an ihrem Nachweis fehlte.<sup>2</sup>

Schwieriger ist die Beurteilung dann, wenn eine **Referenz** (auch) **im Rahmen eines Auswahlkriteriums** bewertungsrelevant ist. Auf den ersten Blick scheint es, die erstinstanzlichen Vergabekontrollbehörden hätten derartige Sachverhalte in der Vergangenheit uneinheitlich beantwortet und „Auswahlreferen-

<sup>1</sup> VwGH 26. 6. 2009, 2009/04/0024.

<sup>2</sup> VwGH 24. 2. 2010, 2005/04/0253; 12. 5. 2011, 2008/04/0087; 11. 11. 2009, 2009/04/0203, 22. 11. 2011, 2006/04/0056; 17. 9. 2014, 2013/04/0056; 27. 10. 2014, 2012/04/0065; 11. 11. 2015, Ra 2015/04/0077; 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0015.

zen“ manchmal als nachreichbar angesehen, manchmal hingegen nicht.<sup>3</sup> Kürzlich hat auch der VwGH am Rande zu dieser Frage Stellung genommen und angedeutet, dass das Nachreichen einer Referenz für die Auswahlbewertung die Wettbewerbsstellung von Bewerber:innen verbessern kann und deshalb nicht zulässig ist.<sup>4</sup>

UE ist jedoch ein **differenzierter Maßstab** anzulegen. Dieser findet bei näherer Betrachtung auch Deckung in der zitierten Rsp:

Zunächst ist auf die **Entscheidung des VwGH** einzugehen. Sie kann uE nicht unreflektiert verallgemeinert werden, weil sie einerseits auf besonderen Sachverhaltselementen fußt und andererseits die Auslegung des LVwG Vbg lediglich als nicht unvertretbar bestätigt. Im konkreten Fall war festgelegt, dass Bieter:innen für jedes der insgesamt drei Lose, für das die Teilnahme beantragt wird, eine (eigene) Referenz vorlegen müssen. Die Referenzen waren sowohl eignungs- als auch auswahlrelevant. Die nicht zugelassene Bieterin legte in allen Losen (dieselben) zwei Referenzen vor, ohne eine Zuordnung vorzunehmen. Das LVwG Vbg sah sich mangels Loszuordnung nicht in der Lage, die technische Leistungsfähigkeit zu prüfen, und problematisierte (nur) darüber hinaus die Auswahlprüfung.<sup>5</sup> Der VwGH hielt diese Auslegung für vertretbar. Bzgl der Relevanz der Referenzen für die Auswahl verwies er allerdings nur in einem Satz auf die Feststellungen des VwG, ohne selbst eine rechtliche Würdigung dazu vorzunehmen.<sup>6</sup>

### Bei der Nachreichbarkeit von „Auswahlreferenzen“ muss differenziert werden, ob das Vorliegen der Referenz bereits aus dem Teilnahmeantrag ersichtlich war.

Ausgehend von der ständigen VwGH-Rsp zur Mängelbehebbarkeit muss für die Nachreichbarkeit von „Auswahlreferenzen“ uE differenziert werden, ob das Vorliegen der Auswahlreferenz bereits aus dem Teilnahmeantrag ersichtlich war oder nicht. Mängel sind nämlich immer dann unbehebbar, wenn durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung eines:einer Bieter:in gegenüber den Mitbieter:innen materiell verbessert würde.<sup>7</sup> Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist dafür relevant, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand fehlt, oder ob es bloß am Nachweis des an sich bereits bestehenden Umstands mangelt.<sup>8</sup> Richtigerweise haben die Vergabekontrollbehörden daher die Nachreichung einer Auswahlreferenz dann zugelassen, wenn das Vorhandensein der Referenz aus dem Teilnahmeantrag klar ersichtlich war (weil etwa ein Referenzblatt abgegeben wurde, das jedoch mangelhaft war).<sup>9</sup> Ist dem Teilnahmeantrag hingegen kein Hinweis auf das Vorliegen einer Auswahlreferenz zu entnehmen, kommt auch eine Nachreichung nicht in Betracht.<sup>10</sup>

Doch wie verhält es sich in dem (in der Praxis durchaus verbreiteten) Fall, dass ein AG „**gemischte Referenznachweise**“ verlangt die sowohl für die Eignungsprüfung als auch im Rahmen der Auswahlkriterien relevant sind? UE muss auch in diesem Fall eine Nachreichung von Referenzen **zum Zwecke des Eignungsnachweises** immer zulässig sein. Die Referenzen dürfen (nur) nicht im Rahmen der Auswahlkriterien berücksichtigt werden, wenn ihr Vorhandensein sich nicht bereits aus dem Teilnahmeantrag ergibt. UE ist kein sachlicher Grund ersichtlich, Referenzen, die zugleich für die Auswahl relevant sind, im Hinblick auf das Vorliegen der Eignung ungleich zu behandeln und nicht verbessern zu lassen. Dies va deshalb, weil der faire und lautere Wettbewerb durch weniger einschneidendere Maßnahmen – nämlich die Nichtberücksichtigung der Referenz im Rahmen der Auswahlprüfung – er-

reicht werden kann. Im Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze (va der Verhältnismäßigkeit, aber auch der Wirtschaftlichkeit und des freien und lautereren Wettbewerbs) ist dieser Auslegung daher der Vorrang zu geben. Durch die Nichtberücksichtigung der Referenz im Rahmen der Auswahlprüfung ist zudem sichergestellt, dass weder die Wettbewerbsstellung materiell verbessert noch der Teilnahmeantrag geändert wird.

Für diese Auslegung spricht auch, dass es durchaus denkbar ist, dass eine von einem:einer Bewerber:in nachgereichte Referenz von Natur aus nur zum Nachweis der Eignung geeignet ist (weil zB die Eignungsanforderungen nicht übererfüllt werden und die Referenz somit gar nicht zum Nachweis eines Auswahlkriteriums in Frage kommt). Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, könnte eine solche bloße Eignungsreferenz nicht nachgereicht werden.

Mit diesen uE gewichtigen Argumenten hat sich der VwGH in der oben zitierten Entscheidung nicht auseinandergesetzt. Dies musste er auch nicht, weil im Anlassfall schon die Eignung (technische Leistungsfähigkeit) nicht nachgewiesen worden war. Eine höchstgerichtliche Auseinandersetzung mit Auswahlreferenzen wäre jedenfalls äußerst praxisrelevant und daher wünschenswert.

**Im Ergebnis** ist somit uE davon auszugehen, dass eine Nachreichung von ursprünglich vorhandenen Referenzen **zum Nachweis der Eignung immer zulässig** ist – auch dann, wenn die Referenzen auswahlrelevant sind. Für eine allfällige Auswahlentscheidung dürfen sie – wie auch „bloße“ Auswahlreferenzen – nur berücksichtigt werden, wenn ihr Vorhandensein sich bereits aus dem Teilnahmeantrag ergab.

## B. Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen

Bieter:innen können sich zum Nachweis der Befugnis sowie der (technischen bzw finanziellen und wirtschaftlichen) Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmer:innen stützen. Solche Subunternehmer:innen werden eignungsrelevante oder auch notwendige bzw erforderliche Subunternehmer:innen genannt.

Weisen namhaft gemachte eignungsrelevante Subunternehmer:innen nicht die Befugnis bzw Leistungsfähigkeit auf, auf die sich der:die Bieter:in stützen möchte, oder fällt diese nachträglich weg, hat dies zur Folge, dass der:die Bieter:in selbst seine Eignung nicht ordnungsgemäß nachgewiesen hat. Hinsichtlich der Frage, ob dieser Mangel behebbar ist, herrscht scheinbar Uneinigkeit in der Judikatur.

<sup>3</sup> Vgl etwa BVA N/0106-BVA/05/2009–22; LVwG Wien 11. 12. 2014, VGW-123/061/30756/2014 (behebbar); BVA 11. 11. 2009, N/0105-BVA/04/2009–39 (unbehebbar).

<sup>4</sup> VwGH 22. 12. 2020, Ra 2020/04/0097–3. Dieselbe Logik müsste auch für die Referenzen iZm Zuschlagskriterien gelten, weil hier ebenfalls eine Bewertung stattfindet.

<sup>5</sup> Für die Zulässigkeit einer nachträglichen Zuordnung vgl hingegen BVA 16. 11. 2009, N/106-BVA/05/2009–22.

<sup>6</sup> „Zudem lässt sich dem vom VwG festgestellten Inhalt der Ausschreibungsunterlagen entnehmen, dass die Referenzen vorliegend bewertungsrelevant (für die Auswahlentscheidung) waren.“

<sup>7</sup> Etwa VwGH 25. 3. 2010, 2005/04/0144.

<sup>8</sup> VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087.

<sup>9</sup> BVA N/0106-BVA/05/2009–22; LVwG Wien 11. 12. 2014, VGW-123/061/30756/2014. In diesem Fall kommt es auch nicht zu einer (schon gar nicht zu einer wesentlichen) Änderung des Teilnahmeantrags, die iSd EuGH-Rsp unzulässig wäre (EuGH 11. 5. 2017, C-131/16, Archus).

<sup>10</sup> IdS wohl BVA 11. 11. 2009, N/0105-BVA/04/2009–39. Die Nachreichung würde nämlich eine Änderung des Teilnahmeantrags darstellen und die Wettbewerbsstellung des:der Bewerbers:in materiell verbessern.

Gem der bisherigen **Rsp des VwGH**<sup>11</sup> ist die **nachträgliche Nennung von eignungsrelevanten Subunternehmer:innen** genauso unzulässig wie der nachträgliche Austausch von nicht geeigneten eignungsrelevanten Subunternehmer:innen. Die Begründung leuchtet ein: Fällt ein:e eignungsrelevante:r Subunternehmer:in weg, dann geht mit ihm:ihr auch ein Teil der Eignung des:der Bieters:in verloren. Die Eignung muss aber vom relevanten Zeitpunkt (§ 79 BVergG) bis zur Zuschlagserteilung durchgehend bestehen bleiben. Ein:e Bieter:in, der:die die Eignung nicht (durchgehend) nachweisen kann, ist auszuschneiden.<sup>12</sup> Nach der nationalen Rsp handelt es sich also im Ergebnis um einen unbeheblichen Mangel.

Der **EuGH** wiederum hat einen Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen in einem Anlassfall nicht nur als zulässig erkannt, sondern sogar festgehalten, dass der AG diese Möglichkeit zwingend einzuräumen hat.<sup>13</sup> Die Auswechslung dürfe allerdings nicht zu einer wesentlichen Änderung des Angebots führen.

Es stellt sich die Frage, ob die Rsp des EuGH Auswirkungen auf die gefestigte österr. Judikatur haben wird. Für AG ist va relevant, wie sie bis zu einer (neuerlichen) Klärung durch den VwGH in derartigen Anlassfällen agieren sollen.

Das **BvwG** hat bereits in einer Entscheidung auf die Rsp des EuGH Bezug genommen und geht scheinbar davon aus, dass der Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen seit der Entscheidung des EuGH zuzulassen ist<sup>14</sup> (zumindest insoweit, als keine anders lautende, präkludierte Festlegung existiert).

UE erscheint noch offen, ob auch der VwGH diese Ansicht auf Basis der derzeitigen Rechtslage teilen würde.<sup>15</sup> Dies aus mehreren Gründen:

- ▶ Zum einen stützt der EuGH seine Entscheidung auf Art 63 Abs 1 UAbs 2 der Vergabe-RL 2014/24/EU. Dieser sieht einen Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen vor. Allerdings wurde diese Richtlinienbestimmung im BVergG nicht umgesetzt. Die Bestimmungen des BVergG (insb § 79) scheinen einem Austausch sogar widersprechen. Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinienregelung erscheint nicht ausgeschlossen, aber jedenfalls fraglich. Nicht rechtzeitig umgesetzte Richtlinienbestimmungen können nur dann ausnahmsweise unmittelbare Wirkung entfalten, wenn sie uneingeschränkt und hinreichend klar und eindeutig sind und Rechte für den Einzelnen beinhalten.<sup>16</sup>
- ▶ Zum anderen ist der Sachverhalt der EuGH-Entscheidung nicht eindeutig nachvollziehbar. Insb geht nicht klar hervor, ob ein:e (weitere:r) eignungsrelevante:r Subunternehmer:in möglicherweise bereits im Angebot genannt war.<sup>17</sup> In diesem Fall wäre ein „Austausch“ wohl auch nach geltender österr. Rechtslage zulässig, weil die Eignung als durchgehend vorliegend anzusehen wäre. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der EuGH zur Frage des Austauschs eignungsrelevanter Subunternehmer:innen schon in der Vergangenheit differenziert Stellung genommen hat.<sup>18</sup>
- ▶ Der EuGH hat in seiner Entscheidung festgehalten, dass ein Austausch nicht in Frage kommt, wenn dadurch das ursprüngliche Angebot wesentlich verändert würde. Ein Austausch eignungsrelevanter Subunternehmer:innen kommt also jedenfalls nur in Frage, wenn das erkennende Gericht zur Ansicht gelangt, dass im konkreten Einzelfall keine wesentliche Änderung des Angebots vorliegt.

Aus Sicht eines AG ist weiters zu bedenken, dass auch im Fall der Zulässigkeit eines Austauschs der gesetzlich festgelegte Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung jedenfalls zu beachten bleibt. Das ist etwa (zumindest bis zu einer allfälligen gesetzlichen Änderung)

beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung oder beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung der Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist (§ 79 BVergG). Das bedeutet, dass der:die Bieter:in im Fall eines nachträglichen Austauschs eignungsrelevanter Subunternehmer:innen die Eignung (zB mittels vordatierter Nachweise) zu diesem relevanten Zeitpunkt nachweisen müsste, was in der Praxis Herausforderungen mit sich bringt.<sup>19</sup>

### Praxistipp

Bis zu einer endgültigen Klärung empfiehlt sich daher eine eindeutige Festlegung in den Teilnahme- bzw Ausschreibungsunterlagen.

## C. Fehlende Qualifizierte elektronische Signatur

Gem § 48 Abs 12 BVergG sind (ua) Teilnahmeanträge und Angebote im Oberschwellenbereich mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur zu versehen.<sup>20</sup> Diese Anforderung führt in der Vergabepaxis gelegentlich zu Problemen.

Einerseits werden immer wieder Teilnahmeanträge und Angebote **ohne digitale Signatur** abgegeben oder lediglich eine einfache oder fortgeschrittene elektronische Signatur (Art 3 Z 10 und 11 eIDAS-VO) verwendet. Dadurch kann es (aus AG-Sicht) zum Verlust interessierter Bieter:innen und zu einer Einschränkung des Wettbewerbs kommen. Hinzu kommt, dass auch die AG zur Verfügung stehenden Prüfmöglichkeiten eingeschränkt sind. Das Signatur-Prüfungs-Service der RTR übernimmt für elektronische Signaturen/Siegel auf Basis von **Zertifikaten ausländischer Zertifizierungsdiensteanbieter:innen** keine Garantien für eine korrekte technische Interpretation der Zertifikate. Seine Verwendung führt auch tatsächlich mitunter zu uneindeutigen Ergebnissen.<sup>21</sup> Damit sind gelegentlich weder AG noch Bieter:innen in der Lage, das (Nicht-)Vorliegen einer qualifizierten elektronischen Signatur nachzuweisen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Fehlen einer korrekten elektronischen Signatur einen behebbaren Mangel darstellt. Die Antwort auf diese Frage ist aus dem Wortlaut des § 48 BVergG allein nicht eindeutig zu beantworten. Nicht jede gesetzliche Anforderung an Angebote stellt automatisch ei-

<sup>11</sup> Siehe etwa VwGH 29. 6. 2016, Ra 2017/04/0055.

<sup>12</sup> VwGH 9. 9. 2015, Ro 2014/04/0062.

<sup>13</sup> EuGH 6. 10. 2021, C-316/21, *Monument Vandekerckhove*.

<sup>14</sup> BVwG 5. 8. 2022, W187 2256803-1.

<sup>15</sup> Vgl auch *Reisner*, Nachweis der Eignung durch Austausch des notwendigen Subunternehmers, RPA 2022, 237.

<sup>16</sup> EuGH 4. 12. 1974, Rs 41/74, *Van Duyn gegen Home Office*.

<sup>17</sup> So auch *Pesendorfer/Rief*, Austausch von eignungsrelevanten Subunternehmern nach Angebotsöffnung? ZVB 2023/27.

<sup>18</sup> Vgl EuGH 14. 9. 2017, C-223/16, *Casertana Construzioni*; EuGH 3. 6. 2021, C-210/20, *Rad Service*.

<sup>19</sup> Dies könnte sich ändern, wenn, wie derzeit diskutiert wird, die Bestimmungen zum Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung im Zuge einer BVergG-Novelle geändert werden (*Fruhmman*, Vortrag Vergabeforum 2023).

<sup>20</sup> Alternativ kann die Übermittlung so erfolgen, dass die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze mit einer Qualität gewährleistet ist, die mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist.

<sup>21</sup> Gelegentlich führt das Prüfservice etwa bei ausländischen Signaturen zu dem Ergebnis, dass keine formal korrekte Zertifikatskette vom Signatur-/ Siegel-Zertifikat zu einem vertrauenswürdigen Wurzelzertifikat konstruiert werden kann, wobei die Richtigkeit des Ergebnisses aber nicht garantiert wird.

nen unbehebbarer Mangel dar. Allerdings hat die Rsp schon mehrfach zur Frage des Fehlens einer ordnungsgemäßen elektronischen Signatur **bei Angeboten** Stellung genommen, mit eindeutigen Ergebnis: Das Fehlen der Signatur wurde stets als **unbehebbarer Mangel** qualifiziert.<sup>22</sup>

Doch lässt sich diese Rsp **auch auf Teilnahmeanträge übertragen?** Eine mögliche schlichte Argumentation, dass Teilnahmeanträge aufgrund der gleichlautenden Formulierung in § 48 BVergG wie Angebote zu behandeln seien, wäre uE zu kurz gegriffen. Angebote und Teilnahmeanträge unterscheiden sich nämlich in einem wesentlichen Punkt:

Ein **Angebot** liegt nach der Rsp des VwGH nur dann vor, wenn es rechtsgültig unterfertigt ist.<sup>23</sup> Fehlt die rechtsgültige Fertigung, fehlt es überhaupt an einem Angebot. Die rechtsgültige Fertigung kann bei elektronischen Angeboten nur in Form einer qualifizierten elektronischen Signatur erfolgen, weil nur diese Form der elektronischen Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist. Fehlt nun diese qualifizierte elektronische Signatur, ist das Angebot nicht rechtsgültig. Dieser Mangel kann nicht verbessert werden, weil sonst erst durch die Verbesserung ein – verspätetes – rechtsgültiges Angebot eingereicht werden würde.

Bei **Teilnahmeanträgen** könnte hingegen argumentiert werden, dass eine rechtsgültige Unterfertigung nicht erforderlich ist. Schließlich sieht das Gesetz auch bei Einreichungen in Papierform (die im Unterschwellenbereich zulässig sind), nur bei Angeboten das Erfordernis einer rechtsgültigen Fertigung vor (§ 127 Abs 1 Z 9 BVergG). Ein Teilnahmeantrag in Papierform muss hingegen mangels vergleichbarer gesetzlicher Regelung nicht rechtsgültig gefertigt sein. Diese Differenzierung leuchtet grundsätzlich auch ein, weil ein Teilnahmeantrag keine mit einem Angebot vergleichbare Bindungswirkung entfaltet. Ein Teilnahmeantrag verpflichtet den:die Bieter:in nicht, weder zur Teilnahme am Vergabeverfahren, noch zur Angebotsabgabe. Der Teilnahmeantrag wahrt vielmehr das Recht des:der Bieters:Bieterin, am Vergabeverfahren teilzunehmen, und verpflichtet gleichsam den AG zur Prüfung des Antrags, gegebenenfalls zur Einladung zur Angebotsabgabe etc.

Wäre ein elektronischer Teilnahmeantrag zwingend qualifiziert elektronisch zu signieren, ein Teilnahmeantrag in Papierform hingegen nicht zu fertigen, würde das einen Wertungswiderspruch darstellen. Dieser wird im Beispiel eines Verhandlungsverfahrens im Unterschwellenbereich besonders plakativ, in dem sowohl Teilnahmeanträge in Papierform als auch in elektronischer Form zugelassen werden. Fehlt bei einem:er Teilnehmer:in, der:die Papier abgibt, die handschriftliche Unterschrift, würde dies nicht einmal einen Mangel darstellen; fehlt bei einem: einer elektronisch einreichenden Bieter:in die qualifizierte elektronische Signatur, müsste der:die Bieterin ohne Möglichkeit der Verbesserung ausgeschlossen werden.

Freilich ist zuzugestehen, dass ein Wertungswiderspruch auch schon grundsätzlich darin besteht, dass Teilnahmeanträge in Papierform nach dem BVergG keiner Unterfertigung bedürfen, elektronische Teilnahmeanträge aber grundsätzlich schon eine qualifizierte elektronische Signatur erfordern (vgl § 48 Abs 12).

### Praxistipp

Bis zu einer Klärung durch die Rsp ist AG jedenfalls zu empfehlen, in den Teilnahmeunterlagen eine eindeutige Festlegung zu treffen.

## D. Strafregisterbescheinigungen

Strafregisterbescheinigungen werden für den Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit herangezogen und sind daher Teil der Eignungsprüfung.<sup>24</sup> Die Eignung muss zu dem in § 79 BVergG definierten Zeitpunkt vorliegen.

Grundsätzlich handelt es sich beim Nichtvorliegen der erforderlichen Strafregisterbescheinigungen um einen behebbaren Mangel.<sup>25</sup> Allerdings holen zur Nachreichung aufgeforderte Bieter:innen die fehlende Bescheinigung häufig erst aufgrund der Nachforderung und damit nach Ablauf der Teilnahme- bzw Angebotsfrist ein. Da es aber keine historischen Strafregisterauszüge gibt, wird dies den betroffenen Bieter:innen oftmals zum Verhängnis: Ein zu aktueller Auszug stellt isoliert betrachtet nämlich keinen tauglichen Nachweis dar, weil er keine Aussage zum Vorliegen von Verurteilungen im gem § 79 BVergG relevanten Zeitpunkt trifft. Aufgrund der Bestimmungen des Tilgungsgesetzes könnten Verurteilungen, die im relevanten Zeitpunkt vielleicht noch aus dem Auszug ersichtlich waren, mittlerweile durch Tilgung aus diesem gelöscht worden sein.<sup>26</sup>

Nun scheint grundsätzlich unstrittig, dass durch eine Zusammenschau einer „zu jungen“ und einer „alten“ Strafregisterbescheinigung eine verlässliche Prüfung erfolgen könnte, wenn sich deren Tilgungsfristen überschneiden: Mögliche Verurteilungen, die in einer zu jungen Strafregisterbescheinigung vielleicht schon getilgt wären, würden nämlich in einer älteren Strafregisterbescheinigung aufscheinen. Dennoch besteht in der erstinstanzlichen Rsp bislang Uneinigkeit darüber, ob ein solcher Nachweis von AG zugelassen werden muss.

In zwei derartigen Konstellationen hielt das **BVwG 2018**<sup>27</sup> und **2019**<sup>28</sup> unter Verweis auf die Rsp des VwGH fest, dass es AG möglich sein müsse, amtliche Bestätigungen ohne weiteren Ermittlungsaufwand überprüfen zu können. Es sei ihnen nicht zumutbar, einen weiteren Ermittlungsaufwand zu tätigen, indem sie Tilgungsvorschriften mit dem Strafregister abgleichen. Die Entscheidungen sind uE dahingehend zu verstehen, dass AG keine Zusammenschau durchführen **müssen**, aber (unter Wahrung der Gleichbehandlung) durchführen **können**.

In nachfolgenden Entscheidungen ist das **BVwG** allerdings **2021**<sup>29</sup> und **2022**<sup>30</sup> von dieser streng formalistischen Ansicht abgewichen. Nunmehr scheint das BVwG den Ermittlungsaufwand bei der Zusammenschau zweier Auszüge für zumutbar zu halten. Dies würde bedeuten, dass AG zu einer solchen Zusammenschau **verpflichtet** sind. Das BVwG argumentiert in seinen jüngeren Entscheidungen mit den Mindesttilgungsfristen gem Tilgungsge-

<sup>22</sup> BVwG 10. 9. 2021, W131 2243410-2; BVwG 1. 2. 2021, W134 2237183-2, W134 2237183-3; sa BVA 25. 10. 2005, 16N-91/05-20.

<sup>23</sup> VwGH 22. 4. 2010, 2008/04/0077.

<sup>24</sup> § 82 Abs 2 Z 1 BVergG.

<sup>25</sup> BVwG 28. 2. 2019, W123 2213111-2/18E.

<sup>26</sup> Der Wertungswiderspruch zur verbreiteten Praxis, dass Nachweise (auch Strafregisterauszüge) analog zu § 82 Abs 3 letzter Satz BVergG 2018 bis zu sechs Monate alt sein dürfen und damit möglicherweise im relevanten Zeitpunkt vorliegende Verurteilungen nicht enthalten, ist offensichtlich; er ist aber aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen und der dazu ergangenen Judikatur aktuell zu akzeptieren. Als Vorschau auf die bevorstehende BVergG-Novelle 2024 ist anzumerken, dass die diskutierte Verschiebung des relevanten Eignungszeitpunktes, beispielsweise auf den Zeitpunkt der Frist zur Vorlage nach Aufforderung durch AG, diesen Wertungswiderspruch auflösen könnte.

<sup>27</sup> BVwG 4. 5. 2018, W138 2188714-2.

<sup>28</sup> BVwG 17. 4. 2019, W123 2216051-2.

<sup>29</sup> BVwG 14. 9. 2021, W187 2244216-1.

<sup>30</sup> BVwG 8. 8. 2022, W139 2253938-1.

setz<sup>31</sup> (3 Jahre bei Jugendstraftaten und 5 Jahre bei Erwachsenstraftaten). Liegen die Strafregisterbescheinigungen nicht mehr als 3 Jahre (im entscheidungsgegenständlichen Fall ca 1 Jahr) auseinander, könne mittels Zusammenschau sehr einfach eine eindeutige Aussage getroffen werden. Dies stelle keinen erheblichen Ermittlungsaufwand dar und sei AG daher zumutbar. Der Aufwand würde aber unzumutbar werden, wenn die Strafregisterbescheinigungen mehr als drei Jahre auseinander liegen. Das BVwG geht damit offenbar davon aus, dass AG nicht zuzumuten ist, zu prüfen, ob ein Jugenddelikt vorliegt.

Im Ergebnis scheint sich – zumindest beim BVwG – eine **Trendumkehr** hin zu einem weniger formalistischen Ansatz **abzuzichnen**, die aus Sicht der Vergabepaxis sehr zu begrüßen ist. Endgültige Rechtssicherheit wird allerdings erst eine höchstgerichtliche Entscheidung bringen.

### Praxistipp

AG ist zu empfehlen, bis dahin eine Zusammenschau vorzunehmen. Denn wenn diese auch nach der älteren Rsp nicht vorgenommen werden musste, war sie dennoch auch nach dieser zulässig.

Aber Achtung: Nach der Rsp sind Bieter:innen im Fall eines behebbaren Angebotsmangels grundsätzlich nur einmal zur Mängelbehebung aufzufordern.<sup>32</sup> Fordert ein AG fehlende Strafregisterbescheinigungen nach, sind Bieter:innen daher gut beraten, bereits auf diese erste Aufforderung beide Strafregisterbescheinigungen (zu alt und zu jung) vorzulegen.

Bei **Verbandsregisterauszügen** stellt sich die Problematik übrigens nicht: Da das Tilgungsgesetz auf Verbände nicht anwendbar ist,<sup>33</sup> dürften Verbandsregisterauszüge immer aktuell sein und somit auch verspätete Auszüge als Nachweis geeignet sein.

## E. Bagatellgrenze bei mangelhaften Preispositionen?

Die Aufgliederung der Preise einzelner Leistungen stellt für Bieter:innen mitunter eine Herausforderung dar, weil die Preisblätter in Ausschreibungsunterlagen regelmäßig vom hauseigenen Pricing abweichen. Dies birgt großes Potential für folgenschwere Fehler. So werden Preise häufig nicht wie gefordert aufgeschlüsselt, es werden Anmerkungen mit Bedingungen gemacht oder einzelne Preisbestandteile auf andere Positionen umgelegt. Dies kann zu unzulässigen **Mischkalkulationen**<sup>34</sup> und zum Entstehen von „**Nullpositionen**“ bzw „**Quasi-Nullpositionen**“ führen – also Positionen, in denen ein Einheitspreis von € 0,- oder von wenigen Cents eingesetzt wird.

Wird eine Position mit € 0,- ausgepreist, erklärt der:die Bieter:in damit grundsätzlich, diese kostenlos anzubieten.<sup>35</sup> Ein solches Angebot kann, muss aber nicht auszuschneiden sein.<sup>36</sup> Nach der Rsp des EuGH müssen Bieter:innen zur **Erläuterung** der Höhe des Angebotspreises aufgefordert werden.<sup>37</sup> Gelegentlich argumentieren Bieter:innen in solchen Aufklärungsschreiben, es handle sich bei der mit € 0,- bepreisten Position um eine Position geringen Werts, die die Plausibilität des Gesamtpreises nicht in Frage stellen könne. Vergleichbare Argumentationen kommen auch bei (unplausibel) bepreisten Positionen geringen Werts vor. Aber kann eine solche Argumentation auch die VwG überzeugen?

Zum Teil folgten die Vergabekontrollbehörden dieser Ansicht: Der **UVS Vbg** erkannte etwa in einer älteren Entscheidung Nullpositionen, die lediglich 1,96% der Gesamtangebotssumme ausmachten, für plausibel.<sup>38</sup> Ebenso ging der **UVS OÖ**<sup>39</sup> davon aus,

dass ein Betrag einer Nullposition, der im Verhältnis zum Gesamtangebotspreis nur einen Prozentsatz von rund 2% darstellt, keinesfalls eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises in Form einer spekulativen Preisgestaltung bewirken würde. Anders sah bzw sieht dies aber offenbar das **BVwG**: Seiner Ansicht nach spielt der Anteil der betroffenen Positionen am gesamten Auftragswert bei einer Verlagerung von Kosten keine Rolle.<sup>40</sup>

Eine gewisse Klarstellung hat der **VwGH** im Jahr 2021 herbeigeführt:<sup>41</sup> Im Anlassfall forderte die AG die Bieterin zur Aufklärung von Preispositionen auf. Das Antwortschreiben enthielt im Hinblick auf bestimmte Positionen, deren Wert ca 0,31% des Gesamtwerts entsprach, keine nachvollziehbare Begründung. Die Bieterin wurde daher gem § 141 Abs 2 BVergG 2018 ausgeschieden. Dieser Ausscheidenstatbestand ist allerdings fakultativ und erlaubt es AG lediglich (zwingt sie aber nicht dazu), Angebote von Bieter:innen ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Der angerufene VwGH entschied, dass bei der Prüfung der Preisangemessenheit **keine Einschränkung der Prüfmöglichkeit** des AG (zB auf sog wesentliche Positionen) besteht. Wenn bei der Prüfung keine Einschränkung bestehe, könne wiederum auch im Hinblick auf den **Ausscheidenstatbestand keine Einschränkung** vorliegen. Und nicht nur das: Wenn der AG eine entsprechend detaillierte Prüfung vornimmt, dann habe er (ohne Rücksicht auf den Anteil am Gesamtwert) alle Angebote auszuschneiden, die ohne die erteilte Aufklärung einer weiteren Prüfung nicht zugänglich sind.

## Nicht jede Bagatellposition muss im Hinblick auf Unklarheiten des Preises aufgeklärt werden.

Auch das Erk des VwGH lässt AG, die einen weniger formalistischen Zugang wählen möchten, allerdings eine „**Hintertür**“: Der fakultative Ausscheidenstatbestand des § 141 Abs 2 erster Satz knüpft nämlich an das in § 138 Abs 1 BVergG 2018 normierte Vorgehen bei einer Mangelhaftigkeit der Angebote an, wonach von Bieter:innen Aufklärung zu verlangen ist, wenn sich bei der Angebotsprüfung Unklarheiten über ein Angebot ergeben und diese Unklarheiten „für die Beurteilung des Angebots von Bedeutung sind“. UE ist aus dem Gesetz nicht ableitbar, dass AG verpflichtet sind, jeder noch so kleinen Preisposition Bedeutung für

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 15. 2. 1972 über die Tilgung von Verurteilungen und die Beschränkung der Auskunft (Tilgungsgesetz 1972), BGBl 1972/68 idF I 148/2021.

<sup>32</sup> Vgl *Oppel*, Ein kurzer Grundriss zum neuen § 79 BVergG (Inhalt der Ausschreibungsunterlagen), ZVB 2016/111 mwN.

<sup>33</sup> *Kert* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 1 TilgG Rz 22 (Stand 8. 9. 2017, rdb.at); *Akyürek/Haas*, Zur Verfassungswidrigkeit der Verbandsregisterauskunft nach § 89 m GOG, ZWF 2022, 134.

<sup>34</sup> Vgl etwa VwGH 9. 10. 2023, Ra 2021/04/0205.

<sup>35</sup> VwGH 6. 4. 2005, 2004/04/0040.

<sup>36</sup> Wenn bspw nicht aufgegliederte Preise herangezogener (Sub-)Lieferant:innen als „Gesamtpreis“ angegeben werden und für andere Positionen daher keine Kosten entstehen, ist dies betriebswirtschaftlich erklärbar (VwGH 9. 6. 2023, Ro 2019/04/0237). Unsubstantiierte Verweise auf Erfahrungswerte sind hingegen nicht geeignet, um bestehende Unklarheiten aufzuklären; VwGH 8. 9. 2021, Ro 2020/04/0007.

<sup>37</sup> EuGH 10. 9. 2020, C-367/19. Zur Erklärbarkeit von Nullpositionen s bereits VwGH 27. 6. 2007, 2006/04/0106.

<sup>38</sup> UVS Vbg 8. 11. 2023, 314–008/12.

<sup>39</sup> UVS OÖ 22. 12. 2010, VwSen-550554/26/Wim/Bu und VwSen-550559/26/Wim/Bu.

<sup>40</sup> BVwG 25. 11. 2016, W187 2135663-2. Vgl aber auch BVwG 12. 4. 2023, W279 2264248-1/23E, in der sehr wohl betont wird, dass es sich nicht um eine bloß geringfügige Verlagerung von Preisbestandteilen handelt.

<sup>41</sup> VwGH 8. 9. 2021, Ro 2020/04/0007.

die Beurteilung des Angebots zuzumessen. MaW: Nicht jede Bagatellposition muss im Hinblick auf Unklarheiten des Preises aufgeklärt werden. Auch eine vertiefte Preisprüfung auf Einheitspreisebene ist gem § 137 Abs 2 BVergG grundsätzlich nur bei wesentlichen Positionen oder bei sonstigen begründeten Zweifeln an der Preisangemessenheit verpflichtend. Bestehen solche nicht, kann sich der AG unter Wahrung der Gleichbehandlung auf die Aufklärung von Unklarheiten in für die Beurteilung bedeutsamen Positionen beschränken.

## F. Müssen Erstangebote ausschreibungskonform sein?

In der Vergabepaxis sind AG in Verhandlungsverfahren mitunter mit Angeboten konfrontiert, die von den Ausschreibungsbedingungen abweichen. Dass es Bieter:innen freisteht, neben einem ausschreibungskonformen Erstangebot Verhandlungsvorschläge zu unterbreiten, ist hinreichend klar. Wie ist allerdings vorzugehen, wenn das Erstangebot selbst nicht alle Bedingungen der Ausschreibung erfüllt?

Grundsätzlich hat sich der:die Bieter:in gem § 125 Abs 1 BVergG bei der Erstellung des Angebots an die Ausschreibungsunterlagen zu halten.<sup>42</sup> Konsequenterweise sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote gem § 141 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Die Ausscheidenstatbestände gelten auch für Erstangebote.

Die Rsp des **EuGH** legt bei Erstangeboten in Verhandlungsverfahren aber einen **differenzierten Maßstab** an: Der EuGH hat schon vor längerer Zeit ausgesprochen, dass (nur) die Anforderungen des Auftrags, die der AG als verbindlich eingestuft hat, erfüllt werden müssen. Eine Verhandlung über Angebote, die die „Mindestanforderungen“ nicht erfüllen, ist laut EuGH unzulässig.<sup>43</sup> Die nationale Rsp interpretiert die EuGH-Judikatur zurückhaltend. Sie hielt wiederholt fest, dass im Hinblick auf die Ausschreibungskonformität ein strenger Maßstab anzulegen ist; dennoch weicht sie nicht von der Terminologie des EuGH (Bezugnahme auf „Mindestanforderungen“) ab.<sup>44</sup>

Was ist nun aber unter „**Mindestanforderungen**“ iSd Rsp zu verstehen? *Oppel* geht davon aus, dass in der österr Vergabepaxis regelmäßig verlangt werde, dass bereits die Erstangebote vollständig ausgearbeitet sind. Daher führe die Nichterfüllung einer Ausschreibungsbedingung (Anm: immer?) zum Ausscheiden.<sup>45</sup> Er weist zwar darauf hin, dass auch eine abweichende, weniger strenge Auslegung der EuGH-Judikatur denkbar erscheint. Gleichzeitig hält er aber fest, dass eine Festlegung, nach der die Erstangebote nicht vollständig ausgearbeitet sein müssen oder erst die Letztangebote ausschreibungskonform sein müssen, von der strengen österr Vergabekontrolle möglicherweise als vergaberechtswidrig angesehen werden könnte.

**UE** sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen ein Angebot, das nicht alle in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen erfüllt, **nicht auszuschneiden ist**. Der AG kann und hat im Verhandlungsverfahren nämlich den Verhandlungsspielraum festzulegen.<sup>46</sup> Dies erfolgt regelmäßig zumindest implizit durch die gem § 114 Abs 1 BVergG zu definierenden Mindestanforderungen an den Leistungsgegenstand. Diese sind jedenfalls unverhandelbar, wodurch im Zweifel eine Verhandelbarkeit der übrigen Anforderungen abgeleitet werden könnte. Mitunter finden sich in der Praxis aber auch detailliertere Festlegungen zur Qualifikation bzw Verhandelbarkeit von Anforderungen.

Erfüllt nun ein (nicht zuschlagsfähiges<sup>47</sup>) Erstangebot eine als nicht zwingend festgelegte Anforderung nicht, führt dies uE nicht zum sofortigen Ausscheiden des betroffenen Angebots.<sup>48</sup>

Dies findet – zumindest im Umkehrschluss – auch Deckung in der Rsp der VwG. So hielt etwa das LVwG Stmk fest: „Aufgrund der zu wahrenen Gleichbehandlung der Bieter besteht keine Möglichkeit nachträglich durch die Verhandlungen ein widersprechendes Angebot zu sanieren und hat daher das Erstangebot jedenfalls den zwingenden Vorgaben der Ausschreibung zu entsprechen. Diese zwingenden Vorgaben ergeben sich einerseits aus der konkreten Festlegung als Muss-Kriterien, aber auch aus dem Kontext der Unterlagen und der Erklärungen bzw dem Wortlaut.“<sup>49</sup>

Wären hingegen bereits mit dem Erstangebot sämtliche (somit auch alle verhandelbaren) Anforderungen zu erfüllen, bräuchte dies erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich. Wird ein:e Bieter:in etwa wegen Nichterfüllung einer Anforderung ausgeschlossen, und entfällt diese Anforderung infolge der weiteren Verhandlungen, so hat diese:r Bieter:in keine Möglichkeit zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren, obwohl er:sie in weiterer Folge ausschreibungskonform anbieten hätte können. Das führt nicht nur zu einer (unnötigen) Verringerung des Wettbewerbs: Möglicherweise wären AG in einer derartigen Situation sogar zum Widerruf gezwungen. Gem § 149 Abs 1 Z 2 BVergG stellen nämlich (vereinfacht gesprochen) wesentliche Änderungen der Leistung einen zwingenden Widerrufsgrund dar.<sup>50</sup> Es sprechen durchaus Gründe dafür, dass eine Änderung von Anforderungen, die zur „Zulassung“ weiterer Bieter:innen führen würde, als eine solche wesentliche Änderung anzusehen wäre. Daraus folgt: Scheidet ein AG eine:n Bieter:in wegen Nichterfüllung einer verhandelbaren Anforderung aus, sollte diese Anforderung nicht verhandelt und geändert werden, möchte sich der AG nicht dem Risiko eines zwingenden Widerrufsgrunds aussetzen.

Die **Nichterfüllung einer verhandelbaren Anforderung** durch das Erstangebot stellt uE auch keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar. Dies zumindest, solange das Vorgehen des AG transparent festgelegt ist und für alle Bieter:innen gleichermaßen gilt.

## Praxistipp

Im Ergebnis ist AG zu raten, klare Festlegungen dazu zu treffen, welche Anforderungen bereits mit dem Erstangebot zwingend erfüllt werden müssen.

Vorsicht ist mit der Terminologie geboten: Grundsätzlich sollten eindeutige Begriffe wie jener der (auch im Gesetz erwähnten)

<sup>42</sup> Vgl im Gegensatz dazu noch § 106 Abs 1 BVergG 2006, nach dem dies nur für das offene und das nicht offene Verfahren festgelegt war.

<sup>43</sup> EuGH 5. 12. 2013, C-561/12, *Nordecon und Ramboll Eesti*; sa EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, *Kommission/Dänemark (Storebaelt)*.

<sup>44</sup> BVA 11. 8. 2008, N/0075-BVA/07/2008–36; 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009–25; LVwG NÖ 1. 2. 2018, LVwG-VG-16/002–2007; LVwG Steiermark 21. 12. 2021, 443.16–3010/2021.

<sup>45</sup> *Oppel* zu LVwG NÖ 1. 2. 2018, LVwG-VG-16/002–2007, ZVB 2019/6.

<sup>46</sup> So auch *Fink/Heid in Heid/Preslmayr*, *Handbuch Vergaberecht* Rz 854.

<sup>47</sup> Erstangebote sind im Verhandlungsverfahren in der Regel nicht zuschlagsfähig, sofern der AG sich dies nicht ausdrücklich vorbehalten hat (§ 114 Abs 3 BVergG).

<sup>48</sup> Noch weiter geht *Arrowsmith*, sie erachtet es sogar als zulässig, ein nicht den zwingenden Mindestanforderungen entsprechendes Angebot im Laufe des Vergabeverfahrens zu „verbessern“; *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement* I<sup>3</sup> Rz 9–99.

<sup>49</sup> LVwG Steiermark 21. 12. 2021, 443.16–3010/2021.

<sup>50</sup> Konkret liegt der Widerrufsgrund vor, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

„Mindestanforderung“ verwendet werden. Vorstellbar sind auch eindeutige Beschreibungen („*zwingend mit dem Erstangebot zu erfüllen*“). Die Begriffe „Muss-Kriterien“ und „Kann-Kriterien“ können im Einzelfall zu Missverständnissen führen. Muss/Kann wird nämlich mitunter auch in anderem Zusammenhang verwendet, etwa bei Verwendung von optionalen Leistungen („Sollanforderungen“) im Rahmen von Zuschlagskriterien.<sup>51</sup>

### Beispiel

Eine AG führt ein Verhandlungsverfahren zur Beschaffung einer IT-Software. Den Ausschreibungsunterlagen für das Erstangebot liegt ein Anforderungskatalog bei, der die gewünschten Anforderungen enthält. Er beinhaltet einerseits „Soll-Kriterien“, deren Erfüllung zur Vergabe von Punkten führt und damit bewertungsrelevant ist, und andererseits „Muss-Kriterien“, deren Erfüllung die AG grundsätzlich als erforderlich ansieht. Die AG möchte aber dennoch über diese, ihrer ex ante-Ansicht nach erforderlichen „Muss-Kriterien“ verhandeln können, um im Laufe des Vergabeverfahrens alternative Lösungsansätze berücksichtigen zu können.

In diesem Fall verwendet die AG den Begriff „Muss-Kriterium“ also lediglich als Abgrenzung zum (bewertungsrelevanten) „Soll-Kriterium“, und keineswegs dazu, um deren Unverhandelbarkeit auszudrücken. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollten nicht verhandelbare Anforderungen in diesem Fall eindeutig und anders bezeichnet werden.

## G. Unbehebbarkeit durch Festlegungen in der Ausschreibung?

Gem der Rsp des VwGH<sup>52</sup> kann ein Mangel, auch wenn er für sich gesehen verbesserbar wäre, dann nicht saniert werden, wenn er durch eine entsprechende bestandsfeste Festlegung als unbehebbar definiert wurde – unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre. Liegt eine solche **präkludierte Festlegung** vor, kommt es also auf die ansonsten maßgebliche Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaaren Mängeln, nämlich die materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung, nicht an.

Möchten AG eine Klarstellung zur Behebbarkeit eines Mangels vornehmen, ist jedoch in zweifacher Hinsicht **Vorsicht geboten**:

- ▶ Erstens ist eine solche Festlegung, wenn sie dem Gesetz oder der Judikatur widerspricht, rechtswidrig und damit anfechtbar.
- ▶ Zweitens muss darauf geachtet werden, die Festlegung derart eindeutig zu fassen, dass kein Raum für Zweifel bleibt.

Die Judikatur hat sich bereits mit mehreren Festlegungen im Hinblick auf die Behebbarkeit von Mängeln auseinandergesetzt – mit **unterschiedlichen Ergebnissen**:

So reichte etwa die folgende Festlegung dem VwGH nicht aus, um einen unbehebbaaren Mangel zu begründen: „*Ein Prüfbericht [...] muss im Angebot enthalten sein (fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen!*)“.<sup>53</sup> Der VwGH hielt zunächst fest, dass Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für durchschnittlich fachkundige Bieter:innen bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen und Festlegungen im Zweifel gesetzeskonform zu lesen sind. Im Anlassfall fehlte der Prüfbericht im maßgeblichen Zeitpunkt nicht als solcher, sondern wurde bloß nicht vorgelegt. Eine Nachreichung stellte daher weder eine Angebotsänderung noch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung dar. Der VwGH legte die Festle-

gung gesetzeskonform dahingehend aus, dass sie eine Nachreichung des Prüfberichts erlaubte.

**Anders** urteilte der VwGH im Hinblick auf folgende Festlegung: „*Der Bewerber [...] hat mit Abgabe des Teilnahmeantrages – bei sonstigem Vorliegen eines unbehebbaaren Mangels, der zum zwingenden Ausscheiden des Teilnahmeantrages führt – [...] die Rechtsgültigkeit [erg: durch Vorlage einer Vollmacht] nachzuweisen, sofern die qualifizierte elektronische Signatur nicht von Personen geleistet wurde, deren alleinige Vertretungsbefugnis jeweils aus dem Firmenbuch ersichtlich ist [...]*“.<sup>54</sup> Eine solche Festlegung lässt nach Ansicht des VwGH im Hinblick auf ihren eindeutigen Erklärungswert keinerlei Raum für Zweifel.<sup>55</sup>

### Praxistipp

An diesen Beispielen aus der Judikatur wird deutlich, dass es entscheidend ist, Festlegungen in Bezug auf die (Un-)Behebbarkeit von Mängeln eindeutig zu formulieren. Nicht ausreichend ist, einen Teilnahmeantrags- oder Angebotsbestandteil „*bei sonstigem Ausscheiden*“ mit dem Teilnahmeantrag oder Angebot zu verlangen. Da trotz Verbesserungsversuch unvollständig gebliebene Angebote grundsätzlich immer zum Ausscheiden führen, ist aus diesem Beisatz bei gesetzeskonformer Auslegung keine Aussage über die Behebbarkeit des Mangels zu entnehmen. Möchten AG daher die Unbehebbarkeit eines Mangels statuieren, sollte diese ausdrücklich angesprochen werden („*bei sonstigem Vorliegen eines unbehebbaaren Mangels*“). Eine solche Festlegung ist zwar gegebenenfalls anfechtbar; sollte sie bestandsfest werden, lässt sie uE aber keinen Raum für Zweifel.

Diese Grundsätze gelten übrigens nicht nur für die Festlegung von Ausscheidensgründen, sondern auch für damit zusammenhängende Festlegungen. AG können gem § 141 Abs 2 erster Satz BVergG 2018 Angebote ausscheiden, wenn verlangte Umstände iZm der Angebotsprüfung nicht innerhalb der ihnen gesetzten Frist (nachvollziehbar) aufgeklärt werden. Sofern ein:e Bieter:in einen nachgeforderten Nachweis – wenn auch erst nach Ablauf der gesetzten Frist – noch vor Versand einer Ausscheidensentscheidung nachreicht, ist ein Ausscheiden grundsätzlich nicht mehr zulässig.<sup>56</sup> Auch idZ hat jedoch der VwGH ausgesprochen, dass, wenn nach den bestandsfesten Festlegungen allein schon die Fristversäumnis zum Ausscheiden führt, dieser präkludierten Festlegung der Vorrang einzuräumen ist.<sup>57</sup>

### Plus

#### ÜBER DIE AUTOREN

E-Mail: moick@fsm.law; Florian.Kromer@oebb.at

<sup>51</sup> Dies ist etwa bei IT-Beschaffungen weit verbreitet.

<sup>52</sup> VwGH 1. 8. 2022, Ra 2021/04/0102–5; VwGH 3. 9. 2008, 2007/04/0017.

<sup>53</sup> VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087. Im Zweifel sind Festlegungen in Ausschreibungen gesetzeskonform und in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen.

<sup>54</sup> VwGH 1. 8. 2022, Ra 2021/04/0102–5.

<sup>55</sup> Ebenso VwGH 3. 9. 2008, 2007/04/0017 zu einer Festlegung in der Ausschreibungsunterlage, nach der fehlende Urkunden/Eignungsnachweise einen unbehebbaaren Mangel darstellten und zur Ausscheidung des Angebots führten.

<sup>56</sup> VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083.

<sup>57</sup> VwGH 308.2023, Ra 2020/04/0110 und 0111–5.