

KEIN ZUSCHLAG IST MEHR SICHER! UND: AUS FÜR "REFERENZ-SHOPPING"!

Kürzlich sind zwei weitreichende Entscheidungen des EuGH zu folgenden Themen ergangen:

- **Jeder auszuscheidende Bieter kann anfechten:** Auch ein Bieter, dessen Angebot einen Ausscheidensgrund aufweist, kann eine Zuschlagsentscheidung bekämpfen – dies gilt unabhängig von der Zahl der verbleibenden (nicht-auszuscheidenden) Bieter und der Art der Ausscheidensgründe (siehe Punkt 1 unten).
- **"Referenz-Shopping" ist unzulässig:** Jenes Unternehmen, das im Zuge der Ausschreibung die geforderten Referenzen nachweist, muss bei der Auftragsausführung die entsprechende Leistung selbst auch erbringen – ein bloßes "Leihen" oder "Verkaufen" von Referenzen ist folglich unzulässig (siehe Punkt 2 unten).

* * *

1. JEDER AUSZUSCHIEDENDE BIETER KANN ANFECHTEN – ERHEBLICHE AUSWEITUNG DER ANTRAGSLEGITIMATION

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) seine Judikatur zur Antragslegitimation in Nachprüfungsverfahren massiv ausgeweitet (EuGH 5.4.2016, C-689/13 *Airgest*). Das österreichische Bundesverwaltungsgericht (BVwG) ist dieser Rechtsprechung in einem brandaktuellen Erkenntnis bereits gefolgt (26.4.2016, W123 2122272-1/34E).

Eine grundlegende Änderung hat die Rechtsprechung zur Antragslegitimation schon mit der Entscheidung des EuGH in der Rs "*Fastweb*" (4.7.2013, C-100/12) erfahren (wonach grundsätzlich auch einem auszuscheidenden Bieter unter gewissen Umständen Antragslegitimation zukommen kann). Das neue Erkenntnis des EuGH sowie die darauf basierende Entscheidung des BVwG weitet diese Rechtsprechung jedoch noch massiv aus: Einem auszuscheidenden Antragsteller kommt nun jedenfalls Antragslegitimation zu, wenn der Zuschlagsempfänger auszuscheiden wäre. Dies gilt unabhängig davon, wie viele Bieter noch im Verfahren sind, und auch unabhängig davon, ob gleichartige oder verschiedenartige Ausscheidensgründe bei den Angeboten vorliegen (diese Fragen hat die *Fastweb*-Entscheidung noch offen gelassen).

Diese neue Rechtsprechung hat massive Auswirkungen sowohl auf Auftraggeber als auch auf Bieter: Bisher war es dem Auftraggeber und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger möglich, dem Gericht Ausscheidensgründe in Hinblick auf das Angebot des Antragstellers zu "präsentieren" (oder Bieter, die potentiell anfechten könnten, bereits zuvor auszuscheiden). Damit konnten Anfechtungen von Zuschlagsentscheidungen oftmals noch abgewendet werden bzw. Zuschlagsentscheidungen auf diese Weise "gerettet" werden. Dieser Weg ist nun

abgeschnitten: Durch die weite Auslegung der Antragslegitimation ist ein Nachprüfungsverfahren künftig nur mehr schwer zu verhindern, was zu erheblichen Zeitverzögerungen und auch vermehrten Widerrufen (wenn alle Bieter – aus welchen, verschiedenartigen Gründen auch immer – auszuscheiden sind) führen kann. Der Rechtssicherheit und der Vergabep Praxis wurde damit womöglich ein Bärendienst erwiesen: Zwar trägt diese Rechtsprechung natürlich zur Fairness von Vergaben bei (viel mehr als die Novelle des BVergG), da in Zukunft wohl nur noch ganz "saubere" Angebote den Zuschlag erhalten werden. Die Gefahr, dass damit aufgrund bloß geringfügiger (formaler) Fehler wirtschaftlich sehr interessante Angebote ausgeschieden werden müssen, ist jedoch evident.

Auf Grund dieser neuesten Entwicklung ist es jedenfalls **für Auftraggeber** umso wichtiger, die Angebote der Bieter genau zu prüfen, widrigenfalls der Auftraggeber bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung "seinen" Zuschlagsempfänger verliert und dem Antragsteller die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag ersetzen muss (im Falle eines Widerrufs – etwa weil alle Bieter auszuscheiden sind – muss sogar das gesamte Verfahren wiederholt werden!). Der bisherige (und nunmehr auszuscheidende) Zuschlagsempfänger kann aber wiederum eine Nichtigerklärung der neuen Zuschlagsentscheidung beantragen (sofern er einen Ausscheidensgrund betreffend den präsumtiven Zuschlagsempfänger darlegen kann). Dies gilt u.E. selbst dann, wenn er zwischenzeitig rechtskräftig ausgeschieden wurde (so er denn von der Zuschlagsentscheidung rechtzeitig erfährt).

Für Bieter gilt, dass sie die Ausschreibungsunterlagen nun noch genauer prüfen und noch größere Sorgfalt bei der Erstellung der Angebote walten lassen müssen, widrigenfalls ein sicher geglaubter Auftrag womöglich doch noch verloren geht (obwohl auch das Angebot des Antragstellers auszuscheiden ist).

2. AUS FÜR REFERENZ-SHOPPING – REFERENZ-AUFTRAGNEHMER MUSS AUCH TATSÄCHLICH LEISTUNG AUSFÜHREN

Fast ebenso weitreichend ist eine neue Rechtsprechungslinie des EuGH (7.4.2016, C -324/14 Rs *Partner*), die in Österreich ebenfalls bereits vom BVwG aufgegriffen wurde (BVwG 26.4.2016, W123 2122272-1/34E): Darin wird klar ausgesprochen, dass jenes Unternehmen, das Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt, auch tatsächlich den entsprechenden Leistungsteil ausführen muss. Dem "Referenz-Shoppen" (bei dem Subunternehmer Referenzen zur Verfügung stellen, ohne tatsächlich Teile der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen) wird damit ein Riegel vorgeschoben!

Zwar können sich Bieter auch weiterhin auf die Mittel und Referenzen Dritter berufen, um die Befugnis oder Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Der Bieter muss aber gleichzeitig nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall auch tatsächlich zur Verfügung stehen und dementsprechend auch zum Einsatz kommen). Dem EuGH zufolge reicht es nicht aus, sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmer zu berufen, nur um "rein formal" die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Voraussetzungen zu erfüllen. Nicht

abschließend geklärt ist durch die Entscheidungen des EuGH und des BVwG jedoch, ob der Dritte tatsächlich auch 100 % der Leistung, für die er die Referenzen zur Verfügung stellt, erbringen muss oder ob im Einzelfall ein geringerer Anteil an der Leistungserbringung (wohl mit entsprechender Aufsicht über bzw. Anleitung des Ausführenden) ausreicht. Es ist davon auszugehen, dass jenes Unternehmen, das die Referenz zur Verfügung stellt, jedenfalls einen signifikanten Anteil der Leistung zu erbringen haben wird (je schwieriger die konkreten Leistungen sind und je größer die nachzuweisende Erfahrung sein muss, desto höher wird der Leistungsanteil des "Referenz-Unternehmens" wohl sein müssen).

Aufgrund dieser neuen Entwicklung ist es für Bieter nicht mehr möglich, sich auf von Dritten ausgeführte Referenzen zu berufen, ohne diese Dritten auch tatsächlich in die Durchführung einzubinden (was den Markteintritt für neue, "unerfahrene" Unternehmen natürlich zusätzlich erschwert).

Spannend ist in diesem Zusammenhang auch der im Zuge der BVergG-Novelle geänderte § 83 BVergG: Gemäß Abs 4 dieser Bestimmung können Auftraggeber bestimmte kritische Leistungsteile vorsehen, die jedenfalls vom Bieter, einem Mitglied der Bietergemeinschaft oder einem mit diesem/n (konzern-) verbundenen Unternehmen erbracht werden müssen. Im Falle einer solchen Festlegung müssen diese Unternehmen denklogisch auch die Referenzen für die kritischen Leistungen aufweisen – eine Substitution der technischen Leistungsfähigkeit ist dementsprechend nicht möglich.

Über WOLF THEISS

Durch die Kombination von lokalem Wissen mit internationaler Kompetenz und wirtschaftlichem Know-how hat sich WOLF THEISS seit der Gründung vor etwa 60 Jahren in Wien zu einer der größten Kanzleien in Mittel-, Ost- und Südosteuropa (CEE/SEE) entwickelt. Heute beschäftigen wir über 340 Juristen aus den unterschiedlichsten Rechtsbereichen in 13 Ländern.

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.



Manfred Essletzbichler
Partner
manfred.essletzbichler@wolftheiss.com
T: +43 1 51510 5350



Sebastian Oberzaucher
Partner
sebastian.oberzaucher@wolftheiss.com
T: +43 1 51510 5352

This memorandum has been prepared solely for the purpose of general information and is not a substitute for legal advice.

Therefore, WOLF THEISS accepts no responsibility if – in reliance on the information contained in this memorandum – you act, or fail to act, in any particular way.

If you would like to know more about the topics covered in this memorandum or our services in general, please get in touch with your usual WOLF THEISS contact or with:

Wolf Theiss
Schubertring 6
AT – 1010 Vienna

www.wolftheiss.com