

Neue EuGH Entscheidungen verbessern Bieter-Position

Jeder Bieter darf Zuschlag bekämpfen + „Referenz-Shopping“ ist unzulässig

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 klar: Weist ein Bieter einen Fehler (Ausscheidungsgrund) in seinem Angebot auf, dann kommt er für den 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 auszuscheiden ist und wie viele Bieter noch im Verfahren sind; natürlich muss der anfechtende Bieter immer noch beweisen, dass der Bestbieter auszuscheiden ist.

Das österreichische Bundesverwaltungsgericht, das – vereinfacht gesagt – für Bundesvergaben (z. B. Ministerien, Asfinag etc) zuständig ist, ist in einer brandneuen Entscheidung ([25.4.2016, W123 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 führen. Wenn sich herausstellt, dass alle Angebote auszuscheiden sind oder die Angebote, die keine Fehler 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 ist, dass bei Ausschreibungen meistens sogenannte "Referenzen" verlangt werden. Bieter müssen also durch in der Vergangenheit erfolgreich abgewickelte, vergleichbare (Referenz-)Projekte nachweisen, dass sie geeignet sind, die jetzt ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Da die Anzahl solcher Referenzprojekte gerade bei größeren Projekten beschränkt ist, wird durch diese Vorgehensweise die Zahl möglicher Bieter natürlich reduziert.

Um sich aber trotzdem um den Auftrag bewerben zu können, haben sich Unternehmen bisher dadurch beholfen, dass sie sich auf ein anderes Unternehmen als Subunternehmer gestützt haben. Dieser Subunternehmer hat in diesem Fall eine Erklärung unterschrieben, dass er dem Bieter seine Eignung (das Referenzprojekt) sozusagen "leiht" bzw. "verkauft"; dem Bieter wird die Referenz dann zugerechnet.

Diese grundsätzlich zulässige und sinnvolle Praktik 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 ausführen wird. Möglich ist auch – das geht aus den Entscheidungen nicht ganz klar hervor –, dass diese Gesellschaft zumindest die Ausführung im Wesentlichen leiten und überwachen wird. Es muss also das Unternehmen, das über die entsprechende Erfahrung verfügt, die Leistung in der Folge auch selbst erbringen. Dies ist durchaus vernünftig; eine bloß geliehene Referenz ist ja wertlos. Zwar können sich Bieter auch weiterhin auf die Mittel und Referenzen Dritter berufen, um ihre Eignung nachzuweisen. Der Bieter muss aber gleichzeitig nachweisen, dass der Dritte bei der Auftragsausführung auch dementsprechend "auf der Baustelle" zum Einsatz kommen wird.

Quelle: derstandard.at / pressreader.com