

TE Vwgh Erkenntnis 2017/2/1 Ro 2014/04/0056

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.02.2017

Index

L72005 Beschaffung Vergabe Salzburg;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2;
BVergG 2006 §331 Abs1;
BVergG 2006 §334;
LVergKG Slbg 2007 §14 Abs2 Z3;
LVergKG Slbg 2007 §14 Abs2;
LVergKG Slbg 2007 §32 Abs1;
LVergKG Slbg 2007 §35 Abs7;

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): Ro 2014/04/0057

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des

Schriftführers Mag. Mitter, über die Revisionen 1. der R Gesellschaft m.b.H. & Co KG in B, vertreten durch die Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Sterneckstraße 35, (protokolliert zu Ro 2014/04/0056) und 2. des K, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 19, (protokolliert zu Ro 2014/04/0057) gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 26. Februar 2014, LVwG- 5/2/18-2014, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. K, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 19, im Verfahren Ro 2014/04/0056; 2. R Gesellschaft m.b.H. & Co KG in B, vertreten durch die Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Sterneckstraße 35, im Verfahren Ro 2014/04/0057), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen. Ein Kostenzuspruch findet nicht statt.

Begründung

I. römisch eins.

1 1. Im August 2013 veröffentlichte die S Verkehrsverbund GmbH (SVG) im Internet eine Bekanntmachung mit dem Inhalt, dass sie beabsichtige, im Rahmen einer Direktvergabe gemäß dem BVergG 2006 Angebote für die Leistung "Citybus B" einzuholen, wobei sich der Leistungszeitraum auf die Wintersaison 2013/2014 und die Sommersaison 2014 erstrecke. Für die hier gegenständlichen Buslinien langten auf Grund dieser Bekanntmachung keine Angebote ein. 1 1. Im August 2013 veröffentlichte die S Verkehrsverbund GmbH (SVG) im Internet eine Bekanntmachung mit dem Inhalt, dass sie beabsichtige, im Rahmen einer Direktvergabe gemäß dem BVergG 2006 Angebote für die Leistung "Citybus B" einzuholen, wobei sich der Leistungszeitraum auf die Wintersaison 2013 aus 2014, und die Sommersaison 2014 erstrecke. Für die hier gegenständlichen Buslinien langten auf Grund dieser Bekanntmachung keine Angebote ein.

2 Am 30. Oktober 2013 schloss die zweitrevisionswerbende Partei (Auftraggeberin) - ein Tourismusverband gemäß § 1 des Salzburger Tourismusgesetzes 2003 (S.TG 2003) - mit der Autobusbetrieb M GmbH (A M GmbH) eine Vereinbarung über die Durchführung des Citybusverkehrs in B für die Saisons 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 ab. Die Vereinbarung betraf mehrere Buslinien. Die Fahrpläne für die Saison 2013/2014 waren Bestandteil der Vereinbarung und sollten die Grundlage für die Saisons 2014/2015 und 2015/2016 bilden. Hinsichtlich der Verrechnung war je Linie und eingesetztem Bus ein Tagessatz vorgesehen. 2 Am 30. Oktober 2013 schloss die zweitrevisionswerbende Partei (Auftraggeberin) - ein Tourismusverband gemäß Paragraph eins, des Salzburger Tourismusgesetzes 2003 (S.TG 2003) - mit der Autobusbetrieb M GmbH (A M GmbH) eine Vereinbarung über die Durchführung des Citybusverkehrs in B für die Saisons 2013 aus 2014,, 2014 aus 2015, und 2015 aus 2016, ab. Die Vereinbarung betraf mehrere Buslinien. Die Fahrpläne für die Saison 2013 aus 2014, waren Bestandteil der Vereinbarung und sollten die Grundlage für die Saisons 2014 aus 2015, und 2015 aus 2016, bilden. Hinsichtlich der Verrechnung war je Linie und eingesetztem Bus ein Tagessatz vorgesehen.

3 2. Am 29. November 2013 beantragte die erstrevisionswerbende Partei festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen für näher bezeichnete Citybus Linienverkehre in B ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Weiters wurde beantragt, den diesbezüglich abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären sowie in eventu über die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin eine Geldbuße zu verhängen. Die erstrevisionswerbende Partei führte aus, sie erfülle als Busunternehmen mit der Konzession zur Personenbeförderung alle Voraussetzungen, um sich an einer Vergabe der gegenständlichen Verkehrsdienstleistungen zu beteiligen und den Zuschlag zu erhalten.

4 3. Am 16. Dezember 2013 schlossen die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin und die A M GmbH eine weitere Vereinbarung "Citybus B". Diese Vereinbarung unterschied sich von der Vereinbarung vom 30. Oktober 2013 dahingehend, dass die A M GmbH mit der Durchführung des Citybusverkehrs in B für die Saison 2013/2014 und Sommer 2014 beauftragt wurde. Unter dem Punkt Vertragsdauer war festgelegt, dass diese Vereinbarung mit der Unterzeichnung in Kraft tritt, bis zum 30. November 2014 gilt und den Vorvertrag vom 30. Oktober 2013 ersetzt. 4 3. Am 16. Dezember 2013 schlossen die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin und die A M GmbH eine weitere Vereinbarung "Citybus B". Diese Vereinbarung unterschied sich von der Vereinbarung vom 30. Oktober 2013 dahingehend, dass die A M GmbH mit der Durchführung des Citybusverkehrs in B für die Saison 2013 aus 2014, und Sommer 2014 beauftragt wurde. Unter dem Punkt Vertragsdauer war festgelegt, dass diese Vereinbarung mit der Unterzeichnung in Kraft tritt, bis zum 30. November 2014 gilt und den Vorvertrag vom 30. Oktober 2013 ersetzt.

5 4. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 26. Februar 2014 stellte das Landesverwaltungsgericht Salzburg (Verwaltungsgericht) fest, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen an die A M GmbH für näher bezeichnete Citybus Linienverkehre in B ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei (Spruchpunkt I). Von einer Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages wurde abgesehen (Spruchpunkt II). Über die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin wurde eine Geldbuße von EUR 5.000,-- verhängt (Spruchpunkt III). Weiters wurde der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin auferlegt, der erstrevisionswerbenden Partei die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt IV). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt VI).

5 4. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 26. Februar 2014 stellte das Landesverwaltungsgericht Salzburg (Verwaltungsgericht) fest, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen an die A M GmbH für näher bezeichnete Citybus Linienverkehre in B ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei (Spruchpunkt römisch eins). Von einer Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages wurde abgesehen (Spruchpunkt römisch zwei). Über die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin wurde eine Geldbuße von EUR 5.000,-- verhängt (Spruchpunkt römisch drei). Weiters wurde der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin auferlegt, der erstrevisionswerbenden Partei die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt römisch vier). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt römisch sechs).

6 4.1. Das Verwaltungsgericht traf nähere Feststellungen zur Finanzierung der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin.

7 4.2. Das Verwaltungsgericht prüfte, ob es sich bei der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 handle. Auf Grund der Zielsetzung, die örtlichen Belange des Tourismus zu wahren, zu fördern und zu vertreten, bejahte das Verwaltungsgericht, dass die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Da die revisionswerbende Auftraggeberin eine Körperschaft öffentlichen Rechtes sei, sei auch die Voraussetzung des § 3 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG 2006 ("zumindest teilrechtsfähig") erfüllt. Das Verwaltungsgericht ging zudem davon aus, dass die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin überwiegend staatlich finanziert werde. Sie sei daher als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zu qualifizieren.

7 4.2. Das Verwaltungsgericht prüfte, ob es sich bei der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 handle. Auf Grund der Zielsetzung, die örtlichen Belange des Tourismus zu wahren, zu fördern und zu vertreten, bejahte das Verwaltungsgericht, dass die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Da die revisionswerbende Auftraggeberin eine Körperschaft öffentlichen Rechtes sei, sei auch die Voraussetzung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2006 ("zumindest teilrechtsfähig") erfüllt. Das Verwaltungsgericht ging zudem davon aus, dass die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin überwiegend staatlich finanziert werde. Sie sei daher als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu qualifizieren.

8 4.3. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass keine Vergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden: ÖPNV-Verordnung) vorliege.

8 4.3. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass keine Vergabe nach der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden: ÖPNV-Verordnung) vorliege.

9 Nach Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung werden Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit u.a. Bussen gemäß den in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern diese Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Da gegenständlich keine Dienstleistungskonzession vorliege (die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin habe das sie belastende Betriebsrisiko nicht vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil auf die A M GmbH übertragen), sei die ÖPNV-Verordnung nicht anwendbar.

9 Nach Artikel 5, Absatz eins, dieser Verordnung werden Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit u.a. Bussen gemäß den in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern diese Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Da gegenständlich keine Dienstleistungskonzession vorliege (die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin habe das sie belastende Betriebsrisiko nicht vollständig oder zumindest zu einem wesentlichen Teil auf die A M GmbH übertragen), sei die ÖPNV-Verordnung nicht anwendbar.

10 4.4. Die vorliegende Direktvergabe sei nicht nach den Regelungen betreffend Sektorenauftraggeber zu behandeln. Für die Einstufung als Sektorenauftraggeber müsse es sich einerseits um eine Einrichtung handeln, die einem der genannten Auftraggebertypen zuzurechnen sei, andererseits müsse die konkrete Auftragsvergabe im Rahmen der Ausübung einer der gesetzlich bezeichneten Sektorentätigkeiten erfolgen. Es könne dahingestellt bleiben, "ob die konkret gegenständliche Auftragsvergabe der gesetzlich bezeichneten Sektorentätigkeit zuzurechnen ist, da der Antragsgegner als Tourismusverband jedenfalls nicht einer jener Auftraggebertypen ist, die das BVergG als Sektorenauftraggeber qualifiziert". Die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin als Tourismusverband stelle weder Verkehrsleistungen mit Bussen bereit noch betreibe sie ein diesbezügliches Netz. Sie versorge durch die Bereitstellung oder das Betreiben eines derartigen Netzes auch nicht die Allgemeinheit, weil die gegenständlichen Buslinien primär für Touristen betrieben werden. Die gegenständliche Vergabe sei daher nach den Regeln für klassische öffentliche Auftraggeber zu beurteilen.

1 1 4.5. Zur Antragslegitimation führte das Verwaltungsgericht aus, dass die erstrevisionswerbende Partei bis Herbst 2013 über zwei der in der Ausschreibung der SVG geforderten Busse verfügt habe und jederzeit weitere Busse besorgen (kaufen oder anmieten) hätte können. Die erstrevisionswerbende Partei sei Inhaberin einer Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie in B. Dass sie nach der Bekanntmachung durch die SVG kein Angebot gelegt habe, könne ihr nicht zum Nachteil gereichen, weil diese Bekanntmachung nicht die gegenständliche Direktvergabe betroffen habe.

12 4.6. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sei der gegenständliche Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006 ein prioritärer Dienstleistungsauftrag der Kategorie 2 des Anhanges III zum BVergG 2006. Der geschätzte Auftragsnettowert betrage EUR 693.126,--. Für die Linie 1 erhalte die A M GmbH für ein Jahr EUR 63.842,--, für die Linie 8 den Betrag von EUR 53.430,- 12 4.6. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sei der gegenständliche Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG 2006 ein prioritärer Dienstleistungsauftrag der Kategorie 2 des Anhanges römisch drei zum BVergG 2006. Der geschätzte Auftragsnettowert betrage EUR 693.126,--. Für die Linie 1 erhalte die A M GmbH für ein Jahr EUR 63.842,--, für die Linie 8 den Betrag von EUR 53.430,-

-, für die Linie 6 den Betrag von EUR 32.370,-- und für die City-Bus G-Linie den Betrag von EUR 81.400,-- , was in Summe EUR 231.042,-- ergebe, dies auf eine Vertragslaufzeit von drei Jahren. Es liege damit eine Vergabe im Oberschwellenbereich vor.

13 4.7. Zum Gegenstand des Feststellungsverfahrens hielt das Verwaltungsgericht fest, dass dafür die Vereinbarung vom 30. Oktober 2013 maßgeblich sei. Demgegenüber sei die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013, wonach die A M GmbH nur mehr ein Jahr mit den Verkehrsdienstleistungen beauftragt werde, eine nicht nur unwesentliche Veränderung der ersten Vereinbarung und somit als Neuvergabe des Auftrags anzusehen. Die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 wäre daher allenfalls in einem gesonderten Verfahren auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, sei hier aber nicht verfahrensgegenständlich. Allerdings habe die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 nicht zu einem kompletten Wegfall der Vereinbarung vom 30. Oktober 2013 (im Sinn einer Klaglosstellung) geführt, weil die Vereinbarung vom 30. Oktober 2013 bis 15. Dezember 2013 wirksam gewesen sei.

14 4.8. Da die von der A M GmbH bis 15. Dezember 2013 erbrachten Dienstleistungen nicht mehr zurückgestellt bzw. rückabgewickelt werden können, sei von einer Nichtigklärung bzw. von einer Aufhebung des Vertrages abzusehen gewesen. Abschließend erfolgten Ausführungen zur Bemessung der Geldbuße.

15 5.1. Am 11. April 2014 beantragten die erstrevisionswerbende Partei und S R jeweils die Feststellung, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen für näher bezeichnete Citybus Linienverkehre in B gemäß der Vereinbarung Citybus B, geändert mit Vereinbarung vom 16. Dezember 2013, ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Weiters wurde die Nichtigklärung der Vereinbarung, in eventuelle Verhängung einer Geldbuße über die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin beantragt. Beide Antragsteller verwiesen in ihren Anträgen im Wesentlichen auf das vorliegend angefochtene Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2014.

1 6 5.2. Mit Erkenntnis vom 9. Mai 2014 stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen für näher bezeichnete Buslinienverkehre in B gemäß "Vereinbarung Citybus B (...) vom 30.10.2013 geändert mit der Vereinbarung vom 16.12.2013" ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei (Spruchpunkt I). Der genannte Vertrag wurde soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar seien (Spruchpunkt II). Die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin wurde zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet (Spruchpunkt III) und die ordentliche Revision an den

Verwaltungsgerichtshof wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt IV). 16 5.2. Mit Erkenntnis vom 9. Mai 2014 stellte das Verwaltungsgericht fest, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen für näher bezeichnete Buslinienverkehre in B gemäß "Vereinbarung Citybus B (...)" vom 30.10.2013 geändert mit der Vereinbarung vom 16.12.2013" ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei (Spruchpunkt römisch eins). Der genannte Vertrag wurde soweit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar seien (Spruchpunkt römisch zwei). Die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin wurde zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet (Spruchpunkt römisch drei) und die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt römisch vier).

17 5.3. Mit hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ro 2014/04/0065, hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 9. Mai 2014 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes war die Vertragsänderung vom 16. Dezember 2013 nicht als wesentliche Vertragsänderung und damit nicht als Neuvergabe anzusehen, weshalb sie nicht zum Gegenstand einer Feststellung gemäß § 32 Abs. 1 Z 2 S.VKG 2007 gemacht werden konnte. 17 5.3. Mit hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ro 2014/04/0065, hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 9. Mai 2014 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes war die Vertragsänderung vom 16. Dezember 2013 nicht als wesentliche Vertragsänderung und damit nicht als Neuvergabe anzusehen, weshalb sie nicht zum Gegenstand einer Feststellung gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 2, S.VKG 2007 gemacht werden konnte.

18 6. Die vorliegenden (ordentlichen) Revisionen richten sich gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2014.

19 Die erstrevisionswerbende Partei brachte als Mitbeteiligte im Verfahren Ro 2014/04/0057 eine Revisionsbeantwortung ein und beantragte kostenpflichtige Abweisung der Revision der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin. Diese erstattete wiederum als Mitbeteiligte im Verfahren Ro 2014/04/0056 eine Revisionsbeantwortung, in der sie die kostenpflichtige Zurückbzw. Abweisung der Revision der erstrevisionswerbenden Partei begehrt.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die beiden Revisionen auf Grund ihres sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs verbunden und darüber erwogen:

20 1. Die Revisionen sind schon aus dem vom Verwaltungsgericht angeführten Grund zulässig, wonach sich der Verwaltungsgerichtshof noch nicht zur Frage des Gegenstandes eines Feststellungsverfahrens geäußert habe, wenn der Auftraggeber mit der anderen Vertragspartei einvernehmlich Änderungen der ursprünglich zu beurteilenden Vereinbarung vornehme. Soweit das Verwaltungsgericht - wie auch die revisionswerbenden Parteien - die fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Qualifikation von Tourismusverbänden als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ins Treffen führen, ist auf das - bereits genannte - hg. Erkenntnis Ro 2014/04/0065 zu verweisen. Darin hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass es sich bei der zweitrevisionswerbenden Partei um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 handelt (auf die Entscheidungsgründe wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen). 20 1. Die Revisionen sind schon aus dem vom Verwaltungsgericht angeführten Grund zulässig, wonach sich der Verwaltungsgerichtshof noch nicht zur Frage des Gegenstandes eines Feststellungsverfahrens geäußert habe, wenn der Auftraggeber mit der anderen Vertragspartei einvernehmlich Änderungen der ursprünglich zu beurteilenden Vereinbarung vornehme. Soweit das Verwaltungsgericht - wie auch die revisionswerbenden Parteien - die fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Qualifikation von Tourismusverbänden als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ins Treffen führen, ist auf das - bereits genannte - hg. Erkenntnis Ro 2014/04/0065 zu verweisen. Darin hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass es sich bei der zweitrevisionswerbenden Partei um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 handelt (auf die Entscheidungsgründe wird gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen).

21 2.1. Die erstrevisionswerbende Partei bringt vor, die Vereinbarung, die Vertragslaufzeit von drei Jahren auf ein Jahr zu verkürzen, sei keine neue Auftragsvergabe im Sinne der vergaberechtlichen Bestimmungen. Aus Spruchteil I des angefochtenen Erkenntnisses hätte daher hervorgehen müssen, dass die Vergabe des Auftrages Verkehrsdienstleistungen "Vereinbarung/Citybus (...)" gemäß Vertrag vom 30. Oktober 2013 mit den gemäß

Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 geänderten Bestimmungen rechtswidrig gewesen sei. 21 2.1. Die erstrevisionswerbende Partei bringt vor, die Vereinbarung, die Vertragslaufzeit von drei Jahren auf ein Jahr zu verkürzen, sei keine neue Auftragsvergabe im Sinne der vergaberechtlichen Bestimmungen. Aus Spruchteil römisch eins des angefochtenen Erkenntnisses hätte daher hervorgehen müssen, dass die Vergabe des Auftrages Verkehrsdienstleistungen "Vereinbarung/Citybus (...)" gemäß Vertrag vom 30. Oktober 2013 mit den gemäß Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 geänderten Bestimmungen rechtswidrig gewesen sei.

22 Die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin argumentiert, dass, wenn man von zwei getrennten Verträgen ausgehe, die erstrevisionswerbende Partei als Antragstellerin mit dem zweiten Vertrag klaglos gestellt sei und der Feststellungsantrag daher abzuweisen gewesen wäre. Im vorliegenden Fall sei aber richtigerweise davon auszugehen, dass beide Verträge tatsächlich einen einzigen Vertrag bildeten, der eine Einheit sei. Das Verwaltungsgericht habe nicht ausreichend gewürdigt, dass nur dann, wenn eine untrennbare Einheit der beiden Vereinbarungen angenommen werde, somit ein Vertrag über ein Jahr den Anfechtungsgegenstand bilde, auch ein Absehen von der Nichtigkeitssanktion unter Verhängung einer alternativen Sanktion überhaupt möglich sei, setze dieses Absehen doch einen noch "aufrechten Vertrag" voraus.

23 2.2. Nach § 32 Abs. 1 Z 2 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 (S.VKG 2007), LGBl. Nr. 28/2007 in der Fassung LGBl. Nr. 106/2013, kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 oder des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrages hatte, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Gemäß § 14 Abs. 2 Z 3 S.VKG 2007 ist das Landesverwaltungsgericht nach Zuschlagserteilung zuständig auf Antrag festzustellen, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. 23 2.2. Nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 2, Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 (S.VKG 2007), Landesgesetzblatt Nr. 28 aus 2007, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 106 aus 2013,, kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 oder des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrages hatte, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Gemäß Paragraph 14, Absatz 2, Ziffer 3, S.VKG 2007 ist das Landesverwaltungsgericht nach Zuschlagserteilung zuständig auf Antrag festzustellen, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

24 Das Antragsrecht gemäß § 32 Abs. 1 S.VKG 2007 zielt auf die Feststellung bestimmter Vorgehensweisen des Auftraggebers als rechtswidrig ab (vgl. zum - wortgleichen - § 331 Abs. 1 BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, Ro 2015/04/0013, 0014). Gegenstand der Feststellung ist, dass der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung (vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) erteilt wurde (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergaberecht 2006 (2012) § 312 Rz. 268). 24 Das Antragsrecht gemäß Paragraph 32, Absatz eins, S.VKG 2007 zielt auf die Feststellung bestimmter Vorgehensweisen des Auftraggebers als rechtswidrig ab vergleiche , zum - wortgleichen - Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, Ro 2015/04/0013, 0014). Gegenstand der Feststellung ist, dass der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung (vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) erteilt wurde vergleiche , Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergaberecht 2006 (2012) Paragraph 312, Rz. 268).

25 Feststellungsverfahren greifen anders als Nachprüfungsverfahren nicht in laufende Vergabeverfahren ein, sondern setzen deren Beendigung durch Zuschlagserteilung oder Widerruf voraus (vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz. 2228). Spätere Änderungen können zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen oder Gegenstand gesonderter vergaberechtlicher Verfahren sein (vgl. etwa das hg. Erkenntnis Ro 2014/04/0065, in dem es darum ging, ob die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 als wesentliche Vertragsänderung und damit als

Neuvergabe anzusehen ist). Auf den Gegenstand eines bereits anhängigen Feststellungsverfahrens hat eine solche Änderung jedoch keine Auswirkungen. Eine nachträgliche Abänderung eines Vertrages ist für die vorzunehmende Beurteilung des Vorliegens eines vergaberechtlichen Tatbestandes irrelevant (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, 2013/04/0046). So kann der Umstand, dass die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin die am 30. Oktober 2013 mit der A M GmbH abgeschlossene Vereinbarung über die Durchführung des Citybusverkehrs in B für die Saisons 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 nachträglich abänderte und damit unter anderem die Laufzeit auf die Saison 2013/2014 und Sommer 2014 einschränkte, einen Vergaberechtsverstoß, der nach § 32 Abs. 1 S.VKG 2007 festzustellen ist, nicht beseitigen. 25 Feststellungsverfahren greifen anders als Nachprüfungsverfahren nicht in laufende Vergabeverfahren ein, sondern setzen deren Beendigung durch Zuschlagserteilung oder Widerruf voraus (vergleiche, Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz. 2228). Spätere Änderungen können zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen oder Gegenstand gesonderter vergaberechtlicher Verfahren sein (vergleiche, etwa das hg. Erkenntnis Ro 2014/04/0065, in dem es darum ging, ob die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 als wesentliche Vertragsänderung und damit als Neuvergabe anzusehen ist). Auf den Gegenstand eines bereits anhängigen Feststellungsverfahrens hat eine solche Änderung jedoch keine Auswirkungen. Eine nachträgliche Abänderung eines Vertrages ist für die vorzunehmende Beurteilung des Vorliegens eines vergaberechtlichen Tatbestandes irrelevant (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, 2013/04/0046). So kann der Umstand, dass die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin die am 30. Oktober 2013 mit der A M GmbH abgeschlossene Vereinbarung über die Durchführung des Citybusverkehrs in B für die Saisons 2013 aus 2014, 2014 aus 2015, und 2015 aus 2016, nachträglich abänderte und damit unter anderem die Laufzeit auf die Saison 2013 aus 2014, und Sommer 2014 einschränkte, einen Vergaberechtsverstoß, der nach Paragraph 32, Absatz eins, S.VKG 2007 festzustellen ist, nicht beseitigen.

26 Zu einer "Klagosstellung" der erstrevisionswerbenden Partei hat die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 schon deshalb nicht geführt, weil das Vorliegen eines Feststellungserkenntnisses eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einbringung einer Schadenersatzklage bildet. Schließlich verkennt die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin mit ihrem Argument, die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des Absehens von der Nichtigkeitssanktion unter Verhängung einer alternativen Sanktion setze einen noch "aufrechten Vertrag" voraus, dass es in einem Feststellungsverfahren gemäß § 32 Abs. 1 S.VKG 2007 bzw. § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 allein um die vergaberechtliche Bewertung einer Vorgehensweise des Auftraggebers geht und dieses Verfahren alleine die Zuschlagserteilung als Voraussetzung hat (vgl. § 14 Abs. 2 S.VKG 2009). 26 Zu einer "Klagosstellung" der erstrevisionswerbenden Partei hat die Vereinbarung vom 16. Dezember 2013 schon deshalb nicht geführt, weil das Vorliegen eines Feststellungserkenntnisses eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einbringung einer Schadenersatzklage bildet. Schließlich verkennt die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin mit ihrem Argument, die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des Absehens von der Nichtigkeitssanktion unter Verhängung einer alternativen Sanktion setze einen noch "aufrechten Vertrag" voraus, dass es in einem Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 32, Absatz eins, S.VKG 2007 bzw. Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 allein um die vergaberechtliche Bewertung einer Vorgehensweise des Auftraggebers geht und dieses Verfahren alleine die Zuschlagserteilung als Voraussetzung hat (vergleiche, Paragraph 14, Absatz 2, S.VKG 2009).

2 7 3.1. Die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin bringt vor, Verkehrsdienstleistungen einschließlich Buslinien stellten in der Regel eine "Verkehrsversorgung" im Sinne des Sektorenrechts dar und seien somit dem Sektorenbereich zuzurechnen. Für den vergebenen Vertrag sei ein Auftragswert von EUR 237.800,-- geschätzt worden. Sohin liege gegenständlich ein Auftrag unter dem für Sektoren relevanten Schwellenwert (EUR 414.000,--) vor, sodass die Wahl des Verfahrens im Sinne des § 192 BVergG 2006 frei gewesen sei. Wie dem Sachverhalt entnommen werden könne, habe man faktisch ein den Wettbewerbsgrundsatz ausreichend wahrendes Verfahren gewählt, indem mehrere Bieter durch Bekanntmachung aufgefordert worden seien, ein Angebot zu legen. 27 3.1. Die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin bringt vor, Verkehrsdienstleistungen einschließlich Buslinien stellten in der Regel eine "Verkehrsversorgung" im Sinne des Sektorenrechts dar und seien somit dem Sektorenbereich zuzurechnen. Für den vergebenen Vertrag sei ein Auftragswert von EUR 237.800,-- geschätzt worden. Sohin liege gegenständlich ein Auftrag unter dem für Sektoren relevanten Schwellenwert (EUR 414.000,--) vor, sodass die Wahl des Verfahrens im Sinne des Paragraph 192, BVergG 2006 frei gewesen sei. Wie dem Sachverhalt entnommen werden könne, habe man faktisch ein den Wettbewerbsgrundsatz ausreichend wahrendes Verfahren gewählt, indem mehrere Bieter durch Bekanntmachung aufgefordert worden seien, ein Angebot zu legen.

28 3.2. Da - wie oben unter Punkt 2.2. ausgeführt - Gegenstand des Feststellungsverfahrens die am 30. Oktober 2013 abgeschlossene Vereinbarung (ohne Berücksichtigung der am 16. Dezember 2013 erfolgten vertraglichen Änderung) ist, dieser ein vom Verwaltungsgericht festgestellter Auftragsnettowert von EUR 693.126,-- zugrunde liegt und der Schwellenwert in Verfahren von Sektorenauftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen EUR 418.000,-- beträgt (§ 180 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006), kommt es auf die von der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin aufgeworfene Frage des Vorliegens einer Sektorentätigkeit im vorliegenden Fall nicht an. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund von Revisionen gemäß Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG aber nicht zuständig (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. Oktober 2016, Ra 2016/04/0104).

28 3.2. Da - wie oben unter Punkt 2.2. ausgeführt - Gegenstand des Feststellungsverfahrens die am 30. Oktober 2013 abgeschlossene Vereinbarung (ohne Berücksichtigung der am 16. Dezember 2013 erfolgten vertraglichen Änderung) ist, dieser ein vom Verwaltungsgericht festgestellter Auftragsnettowert von EUR 693.126,-- zugrunde liegt und der Schwellenwert in Verfahren von Sektorenauftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen EUR 418.000,-- beträgt (Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006), kommt es auf die von der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin aufgeworfene Frage des Vorliegens einer Sektorentätigkeit im vorliegenden Fall nicht an. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund von Revisionen gemäß Artikel 133, Absatz 6, Ziffer eins, B-VG aber nicht zuständig vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 10. Oktober 2016, Ra 2016/04/0104).

29 4.1. Die erstrevisionswerbende Partei wendet sich auch gegen die Höhe der vom Verwaltungsgericht verhängten Geldbuße. Dem Antragsteller im Feststellungsverfahren komme auch hinsichtlich der verhängten Geldbuße Parteistellung zu, wenn die Geldbuße nicht im gesetzlich vorgegebenen Rahmen verhängt worden sei. Das Verwaltungsgericht habe im vorliegenden Fall bei der Festlegung der Geldbuße von dem ihm gesetzlich eingeräumten Ermessen nicht "pflichtgemäß" Gebrauch gemacht. Die verhängte Geldbuße in der Höhe von EUR 5.000,-- entspreche nur 0,72 % der Auftragssumme und wirke weder general- noch spezialpräventiv, weshalb sie nicht geeignet sei künftigen Vergaberechtsverstößen vorzubeugen.

30 4.2. Mit diesem Vorbringen dringt die erstrevisionswerbende Partei schon deshalb nicht durch, weil ihr betreffend die Verhängung einer Geldbuße nach § 35 Abs. 7 S.VKG 2007 kein Antragsrecht zukommt (vgl. zur Verhängung einer Geldbuße gemäß dem - wortgleichen - § 334 BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070, sowie hinsichtlich der Verhängung von Sanktionen nach § 16 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, Ro 2014/04/0007). Ein Antragsrecht besteht gemäß § 32 Abs. 1 S.VKG 2007 nur hinsichtlich der Feststellung bestimmter Vorgehensweisen des Auftraggebers als rechtswidrig (vgl. zum - wortgleichen - § 331 Abs. 1 BVergG 2006 das hg. Erkenntnis Ro 2015/04/0013, 0014).

30 4.2. Mit diesem Vorbringen dringt die erstrevisionswerbende Partei schon deshalb nicht durch, weil ihr betreffend die Verhängung einer Geldbuße nach Paragraph 35, Absatz 7, S.VKG 2007 kein Antragsrecht zukommt vergleiche , zur Verhängung einer Geldbuße gemäß dem - wortgleichen - Paragraph 334, BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070, sowie hinsichtlich der Verhängung von Sanktionen nach Paragraph 16, NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, Ro 2014/04/0007). Ein Antragsrecht besteht gemäß Paragraph 32, Absatz eins, S.VKG 2007 nur hinsichtlich der Feststellung bestimmter Vorgehensweisen des Auftraggebers als rechtswidrig vergleiche , zum - wortgleichen - Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 das hg. Erkenntnis Ro 2015/04/0013, 0014).

3 1 5. Zu den Vorbringen der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin betreffend die Vorlagepflicht der neu eingerichteten Verwaltungsgerichte bzw. ihre Qualifikation als letztinstanzliche Gerichte im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV, die Antragslegitimation der erstrevisionswerbenden Partei im Feststellungsverfahren und die Präklusion der Anfechtung durch die bestandsfest gewordene Wahl der Direktvergabe hat sich der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis Ro 2014/04/0065 geäußert, weshalb gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die dortigen (abweisenden) Erwägungsgründe verwiesen werden kann. Schließlich vermag die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin mit ihrem Vorbringen, das Verwaltungsgericht habe durch die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen Geheimhaltungsinteressen verletzt, was mögliche Amtshaftungsansprüche der A M GmbH (als Zuschlagsempfängerin) begründe, keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufzuzeigen.

31 5. Zu den Vorbringen der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin betreffend die Vorlagepflicht der neu eingerichteten Verwaltungsgerichte bzw. ihre Qualifikation als letztinstanzliche Gerichte im Sinne des Artikel 267, Absatz 3, AEUV, die Antragslegitimation der erstrevisionswerbenden Partei im Feststellungsverfahren und die Präklusion der Anfechtung durch die

bestandsfest gewordene Wahl der Direktvergabe hat sich der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis Ro 2014/04/0065 geäußert, weshalb gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG auf die dortigen (abweisenden) Erwägungsgründe verwiesen werden kann. Schließlich vermag die zweitrevisionswerbende Auftraggeberin mit ihrem Vorbringen, das Verwaltungsgericht habe durch die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen Geheimhaltungsinteressen verletzt, was mögliche Amtshaftungsansprüche der A M GmbH (als Zuschlagsempfängerin) begründe, keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufzuzeigen.

32 6. Die Revisionen erweisen sich somit als unbegründet und waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 32 6. Die Revisionen erweisen sich somit als unbegründet und waren daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

3 3 7. Von einer Zuerkennung der in den Revisionsbeantwortungen jeweils begehrten Kosten konnte abgesehen werden, weil sich die geltend gemachten wechselseitigen Ansprüche auf Grund der besonderen Konstellation, dass die revisionswerbende Partei jeweils auch Mitbeteiligte im anderen Revisionsverfahren ist, inhaltlich aufheben.

Wien, am 1. Februar 2017

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2017:RO2014040056.J00

Im RIS seit

08.03.2017

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at