

# TE Uvs Bescheid 2011/8/18 314-001/11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.08.2011

## Norm

BVergG 2006 §25 Abs10

BVergG 2006 §41

BVergG §2 Z16 lit a sublit nn

BVergG 2006 §13

BVergG 2006 §141 Abs1

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG Art. 2 § 2 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch sein Mitglied Mag Brandtner über den Antrag der W R GmbH, B, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der Vorarlberger Landesregierung betreffend das Vergabeverfahren „Juristische Vorbereitung und anwaltliche Vertretung von natürlichen Personen in einem Verwaltungsverfahren in der Schweiz mit dem Ziel der Betriebseinstellung des KKW Mühleberg und in einem zivilrechtlichen Verfahren in Österreich auf Unterlassung der Gefährdung durch dieses Kernkraftwerks“ zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 und 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird dem Antrag auf Nichtigerklärung Folge gegeben und die Entscheidung der Vorarlberger Landesregierung, MMag L mit der juristischen

Vorbereitung und anwaltlichen Vertretung von natürlichen Personen zu beauftragen, für nichtig erklärt. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2 und 12 Absatz eins, Litera b und Absatz 2, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird dem Antrag auf Nichtigerklärung Folge gegeben und die Entscheidung der Vorarlberger Landesregierung, MMag L mit der juristischen Vorbereitung und anwaltlichen Vertretung von natürlichen Personen zu beauftragen, für nichtig erklärt.

Gemäß § 24 Abs 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat die Vorarlberger Landesregierung der W R GmbH die Hälfte der Gebühr für den Nachprüfungsantrag im Ausmaß von 76,50 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Der darüber hinausgehende Antrag der Antragstellerin wird abgewiesen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, des Vergabenachprüfungsgesetzes hat die Vorarlberger Landesregierung der W R GmbH die Hälfte der Gebühr für den Nachprüfungsantrag im Ausmaß von 76,50 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Der darüber hinausgehende Antrag der Antragstellerin wird abgewiesen.

## **Text**

1. In einem am 27.07.2011 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen vor, ihm sei bis dato offiziell nicht mitgeteilt worden, ob schon ein Zuschlag erteilt worden sei und an wen dieser konkret gegangen sei. Am Samstag, den XXX sei in den VN zu lesen gewesen, dass offenbar die Rechtsanwaltskanzlei Dr S den Auftrag bekommen solle. Einen Hinweis darauf, dass der Artikel unrichtig berichte, habe sich seit Samstag nicht ergeben. Er habe die Vorarlberger Landesregierung daraufhin aufgefordert, diese offenkundig sachwidrige Vergabeentscheidung zurückzunehmen und ihm den Zuschlag zu erteilen. Die Vorarlberger Landesregierung habe schon in ihrer Ausschreibung wohl richtig erkannt, dass die Schweiz vermutlich nicht direkt darauf gewartet habe oder warte, dass Vorarlberger die atomare Zukunft der Schweiz bestimmen werde. Deshalb habe die Ausschreibung sicherlich zu Recht angenommen, dass voraussichtlich schlussendlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anzurufen sein werde. Nun gelinge eine Anrufung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte meistens nicht schon dann, dass am Ende des Verfahrens noch eine Menschenrechtsbeschwerde angehängt werde. Erfolgreiche Menschenrechtsbeschwerden würden sich vielmehr dadurch auszeichnen, dass die entsprechenden Sachverhalte bereits von Anfang an so aufgearbeitet seien, dass sie später beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereicht werden könnten. Mit anderen Worten, bereits von Anbeginn an müsse stets als ultima ratio die Anruf des Gerichtshofes einkalkuliert sein, im Hinblick auf innerstaatliche Rechtswegerschöpfung ebenso wie auf konkrete Grundrechte nach der Menschenrechtskonvention.1.

In einem am 27.07.2011 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen vor, ihm sei bis dato offiziell nicht mitgeteilt worden, ob schon ein Zuschlag erteilt worden sei und an wen dieser konkret gegangen sei. Am Samstag, den römisch 30 sei in den VN zu lesen gewesen, dass offenbar die Rechtsanwaltskanzlei Dr S den Auftrag bekommen solle. Einen Hinweis darauf, dass der Artikel unrichtig berichte, habe sich seit Samstag nicht ergeben. Er habe die Vorarlberger Landesregierung daraufhin aufgefordert, diese offenkundig sachwidrige Vergabeentscheidung zurückzunehmen und ihm den Zuschlag zu erteilen. Die Vorarlberger Landesregierung habe schon in ihrer Ausschreibung wohl richtig erkannt, dass die Schweiz vermutlich nicht direkt darauf gewartet habe oder warte, dass Vorarlberger die atomare Zukunft der Schweiz bestimmen werde. Deshalb habe die Ausschreibung sicherlich zu Recht angenommen, dass voraussichtlich schlussendlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anzurufen sein werde. Nun gelinge eine Anrufung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte meistens nicht schon dann, dass am Ende des Verfahrens noch eine Menschenrechtsbeschwerde angehängt werde. Erfolgreiche Menschenrechtsbeschwerden würden sich vielmehr dadurch auszeichnen, dass die entsprechenden Sachverhalte bereits von Anfang an so aufgearbeitet seien, dass sie später beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereicht werden könnten. Mit anderen Worten, bereits von Anbeginn an müsse stets als ultima ratio die Anruf des Gerichtshofes einkalkuliert sein, im Hinblick auf innerstaatliche Rechtswegerschöpfung ebenso wie auf konkrete Grundrechte nach der Menschenrechtskonvention.

Die Kanzlei S, der der Auftrag nach dem Zeitungsbericht präsumtiv übertragen werden solle, verfüge über keinerlei Erfahrung vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die Datenbank des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte schweige wie ein Grab, wenn die Namen S oder L eingegeben würden. Demgegenüber habe er bzw sein Geschäftsführer eine drei Seiten lange Liste von Verfahren vorgelegt, in denen sie in Straßburg beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Verfahren bis zum Urteil durchgebracht hätten. Darunter fänden sich erfolgreiche

Beschwerdeführungen gegen Österreich und Liechtenstein, finde sich eine vor der Entscheidung stehende Beschwerde gegen die Schweiz, werde demnächst eine Beschwerde gegen Deutschland anhängig gemacht werden und habe der Geschäftsführer des Nachprüfungswerbers auch bereits in einem englischen Fall den österreichischen Beitrag geliefert (Verfahren Fayed). Zuletzt sei sein Geschäftsführer am 23.02.2011 vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aufgetreten, nachdem er schon wiederholt in mündlichen Verfahren vor der Kleinen Kammer aufgetreten sei. Aus seinen vorgelegten Unterlagen sei für den Auftraggeber ersichtlich gewesen, dass kein Mitbewerber in derselben Liga internationaler grenzüberschreitender Sachverhalte und Menschenrechtsverfahren mitspiele wie er.

Er und sein Geschäftsführer hätten aber auch im Anlagenrecht ein Spezialgebiet, das jedem Vergleich im Bundesland Vorarlberg standhalte. Der Auftrag dürfte also nicht nach sachlichen, sondern nach lokalen Gesichtspunkten (der Landesrat stamme aus L, der Kanzleisenior der Kanzlei S aus dem Nachbardorf E) vergeben werden oder worden sein. Da er in grenzüberschreitenden Sachverhalten und Auftritten vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder dem Europäischen Gerichtshof bzw im Unionsrecht Alleinstellung besitze, sei die nachzuprüfende Entscheidung vergaberechtswidrig. Es werde daher beantragt, die mit E-Mail vom 20.07.2011 kommunizierte Entscheidung der Vorarlberger Landesregierung als nichtig aufzuheben. Sollte bereits der Zuschlag erfolgt sein, wolle festgestellt werden, dass die Vergabe rechtswidrig gewesen sei. Es wurde der Ersatz des Schriftsatzaufwandes, des Verhandlungsaufwandes und der Eingabegebühr beantragt.

2. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

3. Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger (RA L) hat mit Schriftsatz vom 02.08.2011 begründete Einwendungen erhoben.

4. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

Das Land will natürliche Personen (und zwar die Obmänner der Klubs des Vorarlberger Landtags sowie die Obfrau des Naturschutzbundes Vorarlberg) dabei unterstützen, gegen das Kernkraftwerk Mühleberg in der Schweiz ein verwaltungsrechtliches Verfahren zur Betriebseinstellung nach Schweizer Recht sowie ein zivilrechtliches Verfahren auf Unterlassung der Gefährdung in Österreich zu führen. Mit der Vorbereitung der erforderlichen Schriftsätze und der Vertretung bei Gericht und Behörden soll ein Rechtsanwalt beauftragt werden.

Mit gleichlautenden Schreiben vom 27.05.2011 wurde an fünf Rechtsanwälte eine Informationsanfrage gestellt. Diese lautet ua wie folgt:

„Das Land Vorarlberg plant, natürliche Personen dabei zu unterstützen, gegen ein Kraftwerk in einem Nachbarstaat Vorarlbergs ein verwaltungsrechtliches Verfahren zur Betriebseinstellung sowie ein zivilrechtliches Verfahren auf Unterlassung der Gefährdung zu führen.

Ziel der gegenständlichen Informationsanfrage ist eine Evaluierung von potentiellen Rechtsanwälten, die das Land Vorarlberg bei den geplanten verwaltungs- und zivilrechtlichen Verfahren juristisch betreuen können und über die dafür notwendigen Kenntnisse verfügen.

Die Informationsanfrage hat keine Rechtsverbindlichkeit für alle Beteiligten. Es leiten sich auch aus der Kenntnisaufnahme der Antwort keinerlei Verpflichtungen für das Land Vorarlberg ab.

Beschreibung der gesuchten Leistung

Vorbereitung und Einbringung eines Gesuchs auf Entzug der Betriebsbewilligung für ein Schweizer Kernkraftwerk gemäß Schweizer Rechtsvorschriften für vom Land Vorarlberg namhaft zu machende Personen (voraussichtlich fünf Personen), Vorbereitung und Einbringung aller weiteren im Rahmen dieses Verfahrens erforderlichen Rechtsmittel, soweit erforderlich Vertretung bei Verhandlungen;

Vorbereitung und Einbringung einer Klage auf Unterlassung der Gefährdung des Lebens bzw. der Gesundheit durch radioaktive Immissionen durch ein Schweizer Kernkraftwerk für vom Land Vorarlberg namhaft zu machende Personen (voraussichtlich fünf Personen) in einem zivilrechtlichen Verfahren in Österreich sowie Vorbereitung und Einbringung

aller weiteren im Rahmen dieses Verfahrens erforderlichen Rechtsmittel, soweit erforderlich Vertretung bei Verhandlungen;

Nach Erschöpfung des jeweiligen innerstaatlichen Instanzenzuges ggf. Vorbereitung und Einbringung einer EMRK-Beschwerde beim EGMR für die vom Land Vorarlberg namhaft zu machenden Personen.

Das Land Vorarlberg bzw. die von diesem namhaft zu machenden Personen werden ggf. auch für ein deutsches Atomkraftwerk einen Antrag auf Entzug / Widerruf der seinerzeit erteilten Genehmigung der kerntechnischen Anlage und eine Klage auf Unterlassung der Gefährdung des Lebens bzw. der Gesundheit durch radioaktive Immissionen einbringen.

Folgende Qualifikationen werden für die Erbringung der o. a. Leistung für erforderlich erachtet:

Nachweis von Kenntnissen im Bereich des nachbarschaftlichen Immissionsschutzes;

Kenntnisse des Schweizer Kernenergierechts;

Kenntnisse des deutschen Atomrechts für die allfällige Variante.

Der Nachweis über die geforderten Qualifikationen kann insbesondere durch nachvollziehbare Referenzen über vergleichbare Verfahren oder durch Referenzen über einschlägige Gutachten erbracht werden.

Sofern Sie an der gegenständlichen Informationsanfrage interessiert sind, werden Sie gebeten, die mit der Durchführung der Leistung zu beauftragende/n Person/en namentlich zu benennen und deren fachliche Qualifikationen nachzuweisen. Eine Substitution durch andere als die genannten Rechtsanwälte ist nicht gewünscht.

Sie werden auch gebeten mitzuteilen, ob es sich bei den genannten Personen um Rechtsanwälte Ihrer Rechtsanwalt-Partnerschaft bzw. GmbH handelt oder ob Subaufträge vergeben werden.

Weiters werden Sie im Fall eines Interesses an der Informationsanfrage gebeten, folgende unverbindliche Preis- bzw. Mengenangaben zu machen:

Für das Verfahren in der Schweiz:

Stundensatz netto, der der Erbringung der gesuchten Leistungen zugrunde gelegt wird; die geschätzte Stundenanzahl, die für notwendig angesehen wird, um ein Gesuch auf Entzug der Betriebsbewilligung für ein Schweizer Kernkraftwerk vorzubereiten.

Für das innerstaatliche Verfahren wird ein Streitwert von 36.000 € zugrunde gelegt. Im Hinblick auf eine Evaluierung der Kosten wird gebeten mitzuteilen,

Stundensatz netto, der der Erbringung der gesuchten Leistungen zugrunde gelegt wird;

die geschätzte Stundenanzahl, die für notwendig angesehen wird, um eine Unterlassungsklage wegen Gefährdung des Lebens bzw. der Gesundheit durch radioaktive Immissionen durch ein Schweizer Kernkraftwerk vorzubereiten;

sowie

Rechtsanwaltstarif, der der Unterlassungsklage zugrunde gelegt wird sowie gegenüber dem RAT gewährter Nachlass.“

Der Antragsteller, RA L sowie ein weiterer Rechtsanwalt haben diese Informationsanfrage beantwortet.

Mit Schreiben vom 07.07.2011 hat RA L einen weiteren Schriftsatz vorgelegt, in welchem er anhand eines „Szenarios“ die Kosten für ein diesbezügliches zivilrechtliches Verfahren in Österreich anhand des Rechtsanwaltstarifgesetzes aufschlüsselte.

Die Vorarlberger Landesregierung hat mit Beschluss vom 14.07.2011 die Beauftragung von RA L mit der juristischen Vorbereitung von verwaltungsrechtlichen Verfahren in der Schweiz zur Betriebseinstellung des Kernkraftwerks Mühleberg sowie von zivilrechtlichen Verfahren in Österreich auf Unterlassung der Gefährdung durch dieses Kernkraftwerk sowie mit der anwaltlichen Vertretung der die Verfahren anstrebbenden natürlichen Personen genehmigt.

Mit Schreiben vom 19.07.2011 des Amtes der Vorarlberger Landesregierung wurde RA L von diesem Beschluss informiert.

Weiters wurde mit Schreiben vom selben Tag dem Antragsteller ua Folgendes mitgeteilt:

„Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass ein anderer Rechtsanwalt mit der juristischen Vorbereitung und anwaltlichen Vertretung von natürlichen Personen in dem im Betreff genannten Verfahren [erg.: Verfahren zum Entzug der Betriebsbewilligung eines Kernkraftwerkes bzw Unterlassungsklage] betraut wurde.“

5.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. 5.1. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Bei der Vorarlberger Landesregierung handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag dar. Es handelt sich nämlich um Rechtsberatungsleistungen im Sinne der Kategorie 21 (Klasse 861 der CPC-Nomenklatur) des Anhanges IV zum BVerG 2006. Darunter fallen ua jene Dienstleistungen, die der berufsmäßigen Parteienvertretung durch Rechtsanwälte (vgl § 8 Abs 2 RAO) vorbehalten sind (insbesondere daher die Wahrnehmung von Parteienrechten in Verbindung mit Gerichtsverfahren). Bei der Vorarlberger Landesregierung handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag dar. Es handelt sich nämlich um Rechtsberatungsleistungen im Sinne der Kategorie 21 (Klasse 861 der CPC-Nomenklatur) des Anhanges römisch vier zum BVerG 2006. Darunter fallen ua jene Dienstleistungen, die der berufsmäßigen Parteienvertretung durch Rechtsanwälte vergleiche Paragraph 8, Absatz 2, RAO) vorbehalten sind (insbesondere daher die Wahrnehmung von Parteienrechten in Verbindung mit Gerichtsverfahren).

Der Auftraggeber beabsichtigt, den gegenständlichen Auftrag im Wege der Direktvergabe zu vergeben. Der Auftrag ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

5.2. Gemäß § 3 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er 5.2. Gemäß Paragraph 3, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

1. a) Litera a  
ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und
2. b) Litera b  
durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages hat und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden zu erleiden droht. Der vorliegende Nachprüfungsantrag ist daher von vornherein zulässig.

6.1. Gemäß § 13 Abs 1 BVerG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. 6.1. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVerG 2006 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

Gemäß § 13 Abs 3 leg cit ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, leg cit ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für

die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46,, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung.

§ 16 Abs 4 leg cit lautet wie folgt: „Besteht eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.“ Paragraph 16, Absatz 4, leg cit lautet wie folgt: „Besteht eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.“

Gemäß § 141 Abs 1 leg cit gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der erste Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs 1, 6, 9, 10, 12 Abs 1 und 3, 13, 16, 20 Abs 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Abs 9 sowie der vierte bis sechste Teil dieses Bundesgesetzes. Gemäß Paragraph 141, Absatz eins, leg cit gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der erste Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 3, Absatz eins, 6, 9, 10, 12, Absatz eins und 3, 13, 16, 20 Absatz 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Absatz 9, sowie der vierte bis sechste Teil dieses Bundesgesetzes.

Gemäß § 141 Abs 3 leg cit ist die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro zulässig. Gemäß Paragraph 141, Absatz 3, leg cit ist die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro zulässig.

6.2. Gemäß § 2 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz sind in einem Verfahren zur Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen jene Entscheidungen des Auftraggebers gesondert anfechtbar, die der Auftraggeber veröffentlicht oder den Bietern, Bewerbern oder sonstigen Unternehmern mitteilt. Ausgenommen sind Ersuchen um Aufklärung oder um Erläuterung von Angeboten, es sei denn, der Auftraggeber legt ausdrücklich etwas anderes fest. 6.2. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz sind in einem Verfahren zur Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen jene Entscheidungen des Auftraggebers gesondert anfechtbar, die der Auftraggeber veröffentlicht oder den Bietern, Bewerbern oder sonstigen Unternehmern mitteilt. Ausgenommen sind Ersuchen um Aufklärung oder um Erläuterung von Angeboten, es sei denn, der Auftraggeber legt ausdrücklich etwas anderes fest.

7.1. Zunächst ist festzuhalten, dass der Auftraggeber für die Beschaffung der gegenständlichen Rechtsberatungsleistungen die Verfahrensart der „Direktvergabe“ gewählt hat. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (§ 25 Abs 10 BVergG 2006). Das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt. Der Vertragsabschluss richtet sich daher nach allgemeinem Zivilrecht (vgl Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Anmerkung 14 zu § 41). 7.1. Zunächst ist festzuhalten, dass der Auftraggeber für die Beschaffung der gegenständlichen Rechtsberatungsleistungen die Verfahrensart der „Direktvergabe“ gewählt hat. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (Paragraph 25, Absatz 10, BVergG 2006). Das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt. Der Vertragsabschluss richtet sich daher nach allgemeinem Zivilrecht vergleiche Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Anmerkung 14 zu Paragraph 41,).

Im vorliegenden Fall kann – entgegen der Auffassung des Auftraggebers und der mitbeteiligten Partei – nicht davon ausgegangen werden, dass mit dem Schreiben des Auftraggebers vom 19.07.2011 an RA L bereits ein Zuschlag erfolgt ist. Der Auftraggeber hat mit diesem Schreiben, hinsichtlich dessen der Antragsteller die Nichtigkeitsklärung begehrt, der mitbeteiligten Partei zwar mitgeteilt, dass die Landesregierung die Beauftragung von RA L (auf Grundlage dessen Preis- und Mengenauskunft vom 08.06.2011) genehmigt habe. Mit diesem Schreiben ist aber der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und der mitbeteiligten Partei noch nicht zustande gekommen, da sowohl das Informationsschreiben des Auftraggebers vom 27.05.2011 als auch das Angebot von RA L (Preis- und Mengenauskunft vom 08.06.2011) ausdrücklich unverbindlich waren. Der Vertrag würde somit erst mit Zugang der Annahmeerklärung der mitbeteiligten Partei (hinsichtlich des Schreibens des Auftraggebers vom 19.7.2011) beim Auftraggeber zustande kommen. Dass eine

solche Annahmeerklärung beim Auftraggeber zugegangen ist, hat das Verfahren nicht ergeben. Insbesondere haben sowohl der Auftraggeber als auch die mitbeteiligte Partei im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein zivilrechtlicher Vertrag noch nicht abgeschlossen worden sei.

Da somit im gegenständlichen Fall noch kein Zuschlag erfolgt ist, handelt es sich im vorliegenden Fall um ein Nichtigerklärungs- und nicht um ein Feststellungsverfahren.

7.2. Der Auftraggeber hat vorgebracht, dass bei einer direkten Vergabe nur die Entscheidung über die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert angefochten werden könne; dies beantrage der Antragsteller jedoch nicht, weshalb der gegenständliche Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen sei. Abgesehen davon habe der Antragsteller mit der Informationsanfrage vom 27.05.2011 im Hinblick auf die rechtliche Unverbindlichkeit der Anfrage Kenntnis davon erlangt, dass eine Direktvergabe erfolge; diese Entscheidung des Auftraggebers sei nicht binnen sieben Tagen angefochten worden, weshalb der gegenständliche Antrag wegen Fristversäumnis zurückzuweisen sei.

Mit diesem Vorbringen ist der Auftraggeber nicht im Recht. Zunächst ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall (Direktvergabe) nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens angefochten werden kann. Dies deshalb, da es in der gegenständlichen Rechtssache um die Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung geht und daher die Bestimmung des § 2 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz anzuwenden ist, wonach (alle) jene Entscheidungen des Auftraggebers gesondert anfechtbar sind, die der Auftraggeber veröffentlicht oder den Bietern, Bewerbern oder sonstigen Unternehmern mitteilt. Diese Bestimmung ist auch dann anzuwenden, wenn der Auftraggeber bei der Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung freiwillig ein gesetzlich vorgesehenes Vergabeverfahren (hier: Direktvergabe) wählt (vgl auch 71 BlgLT, 28. GP). Mit diesem Vorbringen ist der Auftraggeber nicht im Recht. Zunächst ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall (Direktvergabe) nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens angefochten werden kann. Dies deshalb, da es in der gegenständlichen Rechtssache um die Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung geht und daher die Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz anzuwenden ist, wonach (alle) jene Entscheidungen des Auftraggebers gesondert anfechtbar sind, die der Auftraggeber veröffentlicht oder den Bietern, Bewerbern oder sonstigen Unternehmern mitteilt. Diese Bestimmung ist auch dann anzuwenden, wenn der Auftraggeber bei der Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung freiwillig ein gesetzlich vorgesehenes Vergabeverfahren (hier: Direktvergabe) wählt vergleiche auch 71 BlgLT, 28. GP).

Weiters ist der Verwaltungssenat nicht der Ansicht, dass der Antragsteller die Wahl des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber (Direktvergabe) bereits aufgrund der Informationsanfrage vom 27.05.2011 bekämpfen hätte müssen. Einerseits wird in diesem Schreiben nicht expressis verbis zum Ausdruck gebracht, dass der Auftraggeber eine „Direktvergabe“ beabsichtigt. Andererseits lässt sich aus diesem Schreiben aber auch nicht „im Hinblick auf die rechtliche Unverbindlichkeit der Anfrage“ eine derart beabsichtigte Vorgangsweise des Auftraggebers ableiten.

7.3. Die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 finden bei der Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen nur in sehr eingeschränktem Ausmaß Anwendung. Dem Auftraggeber kommt bei der Festlegung der Regeln für die Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen ein großer Gestaltungsspielraum zu. Er hat sich insbesondere an kein im Gesetz vertyptes Vergabeverfahren zu halten. Die Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen in einem formfreien und nicht bekanntgemachten Verfahren an einen Unternehmer ist ausschließlich bis zum Schwellenwert für Direktvergaben (nach § 141 Abs 3 BVergG 2006 100.000 Euro) zulässig. 7.3. Die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 finden bei der Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen nur in sehr eingeschränktem Ausmaß Anwendung. Dem Auftraggeber kommt bei der Festlegung der Regeln für die Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen ein großer Gestaltungsspielraum zu. Er hat sich insbesondere an kein im Gesetz vertyptes Vergabeverfahren zu halten. Die Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen in einem formfreien und nicht bekanntgemachten Verfahren an einen Unternehmer ist ausschließlich bis zum Schwellenwert für Direktvergaben (nach Paragraph 141, Absatz 3, BVergG 2006 100.000 Euro) zulässig.

Der Auftraggeber hat sich dahingehend verantwortet, dass er den gegenständlichen Auftrag im Wege der Direktvergabe zu vergeben beabsichtige, da der Auftragswert unter 100.000 Euro liege.

Im vorliegenden Fall kommt somit dem Umstand entscheidungswesentliche Bedeutung zu, ob der Auftraggeber die von ihm gewählte Verfahrensart (Direktvergabe) zu Recht gewählt hat, ob somit der geschätzte Auftragswert nicht höher als 100.000 Euro beträgt.

Zunächst ist hier festzuhalten, dass zufolge § 141 Abs 1 BVergG 2006 bei nichtprioritären Dienstleistungen auch die

Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (§§ 13 und 16) Anwendung finden. Nach diesen Bestimmungen hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Der geschätzte Auftragswert muss für die Zwecke der Überprüfung in einem allfälligen Vergabekontrollverfahren dokumentiert werden (vgl. BVA N/0013-BVA/12/2008-20). Zunächst ist hier festzuhalten, dass zufolge Paragraph 141, Absatz eins, BVergG 2006 bei nichtprioritären Dienstleistungen auch die Bestimmungen über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes (Paragraphen 13 und 16) Anwendung finden. Nach diesen Bestimmungen hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Der geschätzte Auftragswert muss für die Zwecke der Überprüfung in einem allfälligen Vergabekontrollverfahren dokumentiert werden (vergleiche BVA N/0013-BVA/12/2008-20).

Aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeakt lässt sich eine solche nachvollziehbare Dokumentation nicht entnehmen. In dem Aktenvermerk vom 14.07.2011 ist diesbezüglich lediglich festgehalten, dass die Gesamtkosten des Verfahrens (incl. Gerichtsgebühren, Durchlaufen von drei Instanzen, Ersatz des gegnerischen Anwalts) mit 90.000 Euro geschätzt worden seien, wobei 20.000 Euro auf die juristische Vorbereitung entfielen. Wer diese Schätzung vorgenommen hat und aus welchen Beträgen sich die Gesamtsumme zusammensetzt, lässt sich aus diesem Aktenvermerk nicht entnehmen. Insbesondere ergibt sich aus diesem Aktenvermerk auch nicht, ob die vom Auftraggeber allenfalls beabsichtigten EGMR-Beschwerden in diesem Betrag bereits enthalten sind oder nicht. Es ist aufgrund dieses Aktenvermerkes bzw. des übrigen Akteninhaltes auch nicht klar, ob eine Abrechnung nach Stundensatz oder nach dem Rechtsanwaltsstarif beabsichtigt ist, ob die Abrechnung der juristischen Vorbereitung neben dem Rechtsanwaltsstarif (zusätzlich) erfolgen soll und wie bzw. in welchem Umfang die Abgeltung für die Leistungen in der Schweiz vorgesehen ist.

Soweit der Auftraggeber in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass vor der Informationsabfrage mit der Abteilung IIIb eine Schätzung des Auftragswertes durchgeführt worden sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass es über eine solche Schätzung – unbestrittenermaßen – keine Unterlagen gibt, sodass der Nachprüfungsbehörde eine diesbezügliche Überprüfung der Kostenschätzung nicht möglich ist. Soweit der Auftraggeber in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass vor der Informationsabfrage mit der Abteilung römisch drei b eine Schätzung des Auftragswertes durchgeführt worden sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass es über eine solche Schätzung – unbestrittenermaßen – keine Unterlagen gibt, sodass der Nachprüfungsbehörde eine diesbezügliche Überprüfung der Kostenschätzung nicht möglich ist.

Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass auch in der Gegenschrift lediglich – ohne Bezugnahme auf konkrete Detailkosten – die Kosten des Klagsvertreters mit je 25.000 Euro für die Verfahren in Österreich und in der Schweiz sowie einer EGMR-Beschwerde mit 10.000 Euro beziffert werden.

Nicht nachvollziehbar sind auch die Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, wonach die im Aktenvermerk vom 14.07.2011 genannten 20.000 Euro die gesamten Vertretungskosten in erster Instanz darstellen würden. Jedenfalls ergibt sich aus dem Aktenvermerk vom 14.07.2011, dass die dort genannten 20.000 Euro nur für die juristische Vorbereitung (zur Klagseinbringung in Österreich bzw. Antragseinbringung in der Schweiz) veranschlagt sind.

Bei diesem Ergebnis kommt dem Umstand, dass der Auftraggeber bei der Aktenvorlage nicht auch sein E-Mail vom 06.07.2011 an RA L vorgelegt hat, keine Bedeutung mehr zu.

8. Gemäß § 12 Abs 1 lit b des Vergabenachprüfungsgesetzes ist der Unabhängige Verwaltungssenat bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. 8. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Litera b, des Vergabenachprüfungsgesetzes ist der Unabhängige Verwaltungssenat bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären.

Gemäß § 12 Abs 2 leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Abs 1 lit b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Gemäß Paragraph 12, Absatz 2, leg cit darf eine Entscheidung nur dann für nichtig erklärt werden (Absatz eins, Litera b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat.

Die Entscheidung des Auftraggebers, den gegenständlichen Auftrag im Wege der Direktvergabe zu vergeben, steht aufgrund der im obigen Punkt dargelegten Ausführungen im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Weiters hat diese Entscheidung zwangsläufig wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Der Antrag, die Entscheidung des Auftraggebers, RA L mit dem gegenständlichen Auftrag zu

beauftragen, war daher für nichtig zu erklären.

9. Gemäß § 24 Abs 4 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.9. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Im gegenständlichen Fall hat der Antragsteller für seinen Nachprüfungsantrag 153 Euro an Gebühren entrichtet. Zufolge der obzitierten Bestimmung war daher dem Auftraggeber vorzuschreiben, dass er die Hälfte dieser Gebühr, somit 76,50 Euro, an den Antragsteller zu ersetzen hat.

Demgegenüber war der weitere Antrag des Antragstellers, ihm die Kosten für Schriftsatzaufwand, Verhandlungsaufwand und die Eingabegebühr zu ersetzen, abzuweisen, da es diesbezüglich keine gesetzliche Grundlage gibt.

#### **Schlagworte**

Direktvergabe, unverbindliche Anfragen, Zuschlag, geschätzter Auftragswert, nachvollziehbare Dokumentation

#### **Zuletzt aktualisiert am**

12.09.2017

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)