

TE Vwgh Erkenntnis 2010/10/8 2007/04/0188

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.10.2010

Index

E3L E06301000;
E6j;
L72009 Beschaffung Vergabe Wien;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art9 Abs3;
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge;
62000CJ0411 Swoboda VORAB;
62003CJ0026 Stadt Halle VORAB;
62006CJ0454 Presstext Nachrichtenagentur VORAB;
62006CJ0480 Kommission / Deutschland;
BVergG 2006 §13 Abs4;
BVergG 2006 §16 Abs4;
BVergG 2006 §30 Abs2 Z4;
BVergG 2006 §38 Abs3;
LVergRG Wr 2007 §33 Abs1 Z1;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwRallg;

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 § 16 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 38 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. VwGG § 42 heute

2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008

5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990

6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des X in Y, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 11. Juli 2007, Zl. VKS - 2650/07, betreffend Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Fonds K in Y, vertreten durch Sundström/Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, in 1010 Wien, Schreyvogelgasse 3), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des römisch zehn in Y, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 11. Juli 2007, Zl. VKS - 2650/07, betreffend Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Fonds K in Y, vertreten durch Sundström/Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, in 1010 Wien, Schreyvogelgasse 3), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird im angefochtenen Umfang (zweiter Absatz des Spruchpunktes 2.) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Wien hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Vergabeverfahren:

Nach den insoweit unstrittigen Feststellungen im angefochtenen Bescheid beabsichtigte die mitbeteiligte Partei, ein gemeinnütziger Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit (im Folgenden: öffentliche Auftraggeberin), in Y ein Jugendwohnhaus samt Garage zu errichten, um dadurch im Sinne ihrer Satzungen entsprechende Wohnmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Dazu führte die mitbeteiligte Partei einen einstufigen, geladenen städtebaulichen Ideenwettbewerb im Jahre 2004 durch. Als Sieger dieses Wettbewerbes ging auf Grund einer Juryempfehlung vom 23. Dezember 2004 der Beschwerdeführer hervor.

Auf Grund eines daraufhin von der öffentlichen Auftraggeberin mit dem Beschwerdeführer geführten Verhandlungsverfahrens wurde am 21. Februar 2006 ein Architektenvertrag zur Errichtung des geplanten Objektes abgeschlossen. Dieser Vertrag sah als Leistungen vor: Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, technische Oberleitung (Teilleistung 50 %).

Dieses Vertragsverhältnis wurde in der Folge von der öffentlichen Auftraggeberin (auf Grund von Kostenüberschreitungen, so die öffentliche Auftraggeberin, auf Grund unterschiedlicher Auffassungen über die Ausführung des Bauvorhabens, so der Beschwerdeführer) am 24. Oktober 2006 mit sofortiger Wirkung gekündigt.

Nach Kündigung des Vertrages mit dem Beschwerdeführer entschied sich die öffentliche Auftraggeberin, das Projekt mit der nach den Wettbewerbsergebnissen an zweiter Stelle gereihten Architektin S umzusetzen.

Für die Adaptierung der bereits vorliegenden Garagenplanung an das Projekt der Architektin S wurde mit Baumeister J, einem ehemaligen Angestellten der öffentlichen Auftraggeberin, der seine ruhende Baumeisterkonzession (nach § 94 Z 5 iVm § 99 GewO 1994) für diese Tätigkeit wieder aufleben ließ, am 29. Dezember 2006 ein Werkvertrag

abgeschlossen. Als Begründung für diesen Vertragsabschluss hielt die Auftraggeberin fest, das Garagenkonzept von Architektin S erscheine nicht optimal, Baumeister J habe das hauseigene Projekt konzipiert und wesentlich am Garagenprojekt des Beschwerdeführers mitgearbeitet. Als Honorar wurde ein Betrag von EUR 40.000,-- (ohne Umsatzsteuer) sowie ein Pauschalbetrag von 5 % des Honorars für Nebenkosten vereinbart. Für die Adaptierung der bereits vorliegenden Garagenplanung an das Projekt der Architektin S wurde mit Baumeister J, einem ehemaligen Angestellten der öffentlichen Auftraggeberin, der seine ruhende Baumeisterkonzession (nach Paragraph 94, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 99, GewO 1994) für diese Tätigkeit wieder aufleben ließ, am 29. Dezember 2006 ein Werkvertrag abgeschlossen. Als Begründung für diesen Vertragsabschluss hielt die Auftraggeberin fest, das Garagenkonzept von Architektin S erscheine nicht optimal, Baumeister J habe das hauseigene Projekt konzipiert und wesentlich am Garagenprojekt des Beschwerdeführers mitgearbeitet. Als Honorar wurde ein Betrag von EUR 40.000,-- (ohne Umsatzsteuer) sowie ein Pauschalbetrag von 5 % des Honorars für Nebenkosten vereinbart.

Mit Architektin S wurde (ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens) am 9. Jänner 2007 ein Architektenvertrag abgeschlossen. Darin wurde festgehalten, dass der Tiefbau (die Garagen) nicht Gegenstand des Vertrages sei, da eine diesbezügliche Anpassung von Baumeister J vorgenommen werde.

Bereits zu Beginn des Jahres 2006 hatte die öffentliche Auftraggeberin nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich das Büro V&P als Generalkonsulent im Zusammenhang mit der Errichtung des geplanten Objektes beauftragt. In diesem Auftrag für die Generalkonsulenten-Leistung war auch die gesamte Haustechnik und Elektroplanung enthalten. Auch ist dieses Büro bereits im Zuge der Umsetzung des Projektes des Beschwerdeführers mit 50 % der technischen Oberleitung beauftragt gewesen. Am 15. Dezember 2006 wurde die Erbringung der Ausführungsplanung und die gesamte technische Oberleitung als Ergänzung des ursprünglichen geschlossenen Werkvertrages am 15. Dezember 2006 dem Büro V&P übertragen.

In einem eingeholten Rechtsgutachten wurde der öffentlichen Auftraggeberin vergaberechtlich empfohlen, die an Baumeister J und Architektin S zu vergebenden Leistungen im Wege eines Verfahrens nach § 38 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) zu vergeben. Für die Vergabe der Planungsleistungen an das Büro V&P wurde die Vergabe im Rahmen eines Zusatzauftrages nach § 30 Abs. 2 Z 4 BVerG 2006 empfohlen. In einem eingeholten Rechtsgutachten wurde der öffentlichen Auftraggeberin vergaberechtlich empfohlen, die an Baumeister J und Architektin S zu vergebenden Leistungen im Wege eines Verfahrens nach Paragraph 38, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) zu vergeben. Für die Vergabe der Planungsleistungen an das Büro V&P wurde die Vergabe im Rahmen eines Zusatzauftrages nach Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 4, BVerG 2006 empfohlen.

Der Beschwerdeführer erfuhr von der Beauftragung von Baumeister J und Architektin S erst mit Zustellung der von der öffentlichen Auftraggeberin erhobenen Schadenersatzklage am 24. März 2007 und stellte sodann bei der belangten Behörde mit weiteren neun Antragstellern einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Feststellung der Rechtswidrigkeit der (genannten) Vergabevorgänge.

2. Angefochtener Bescheid:

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde - soweit in Beschwerde gezogen - der Antrag (u.a.) des Beschwerdeführers, festzustellen, dass der von der öffentlichen Auftraggeberin mit Baumeister J am 29. Dezember 2006 abgeschlossene Werkvertrag und der mit dem Büro V&P abgeschlossene Zusatzauftrag direkt an einen oder eine Unternehmerin unzulässigerweise erfolgte, abgewiesen (zweiter Absatz des Spruchpunktes 2.).

Als Rechtsgrundlagen führte die belangte Behörde (für alle Spruchpunkte undifferenziert) die §§ 1 Abs. 1 Z 2, 2 Abs. 1, 11 Abs. 3, 18, 19, 25 Abs. 1, 33 Abs. 1 Z 1 und Z 4, 35, 36 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007) sowie die §§ 3 Abs. 1 Z 2, 13 Abs. 4, 30 Abs. 2 Z 4, 38 Abs. 3 und 41 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) an. Als Rechtsgrundlagen führte die belangte Behörde (für alle Spruchpunkte undifferenziert) die Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer 2, 2, Absatz eins, 11, Absatz 3, 18, 19, 25, Absatz eins, 33, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 4, 35, 36, Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007) sowie die Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer 2, 13, Absatz 4, 30, Absatz 2, Ziffer 4, 38, Absatz 3 und 41 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) an.

Begründend führte die belangte Behörde (in rechtlicher Hinsicht) aus, das Nachprüfungsverfahren habe ergeben, dass entgegen der ursprünglichen Annahme der Antragsteller die öffentliche Auftraggeberin die Leistungen nicht im Wege der Direktvergabe vergeben habe, sondern hinsichtlich der Vergabe der Leistungen an Baumeister J und Architektin S

ein Verfahren nach § 38 Abs. 3 BVergG 2006 geführt habe und hinsichtlich der Vergabe der Leistungen an das Büro V&P ein Zusatzauftrag nach § 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 erfolgt sei. Daher habe sich das Nachprüfungsverfahren darauf zu beschränken, ob diese von der öffentlichen Auftraggeberin gewählten besonderen Vergabearten mit den Bestimmungen des BVergG 2006 im Einklang stünden. Begründend führte die belangte Behörde (in rechtlicher Hinsicht) aus, das Nachprüfungsverfahren habe ergeben, dass entgegen der ursprünglichen Annahme der Antragsteller die öffentliche Auftraggeberin die Leistungen nicht im Wege der Direktvergabe vergeben habe, sondern hinsichtlich der Vergabe der Leistungen an Baumeister J und Architektin S ein Verfahren nach Paragraph 38, Absatz 3, BVergG 2006 geführt habe und hinsichtlich der Vergabe der Leistungen an das Büro V&P ein Zusatzauftrag nach Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 erfolgt sei. Daher habe sich das Nachprüfungsverfahren darauf zu beschränken, ob diese von der öffentlichen Auftraggeberin gewählten besonderen Vergabearten mit den Bestimmungen des BVergG 2006 im Einklang stünden.

Seitens der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren (darunter auch der Beschwerdeführer) sei zunächst vorgebracht worden, die öffentliche Auftraggeberin habe eine § 13 Abs. 4 BVergG 2006 widersprechende Vorgangsweise gewählt, um unter die im § 38 Abs. 3 BVergG 2006 angeführten Schwellenwerte zu kommen. Wenn auch der Anschein eines derartigen Vorgehens zunächst gegeben sein möge, habe das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die öffentliche Auftraggeberin bei der Aufteilung der Leistungen auf drei Aufträge von sachlichen Erwägungen ausgegangen sei. So seien die im ursprünglich mit dem Beschwerdeführer abgeschlossenen und sodann aufgelösten Architektenvertrag enthaltenen Leistungen (Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, künstlerische Oberleitung und 50 % zur technischen Oberleitung) unter Anwendung der Bestimmungen der HOA (Honorarordnung für Architekten), die in sämtlichen Verträgen als Vertragsgrundlage vereinbart sei, voneinander klar trennbar und von der öffentlichen Auftraggeberin auch getrennt vergeben worden. Die Gründe für die getrennte Vergabe seien nach Ansicht der belangten Behörde durch die öffentliche Auftraggeberin nachvollziehbar und ausreichend dokumentiert dargelegt. Seitens der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren (darunter auch der Beschwerdeführer) sei zunächst vorgebracht worden, die öffentliche Auftraggeberin habe eine Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 widersprechende Vorgangsweise gewählt, um unter die im Paragraph 38, Absatz 3, BVergG 2006 angeführten Schwellenwerte zu kommen. Wenn auch der Anschein eines derartigen Vorgehens zunächst gegeben sein möge, habe das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die öffentliche Auftraggeberin bei der Aufteilung der Leistungen auf drei Aufträge von sachlichen Erwägungen ausgegangen sei. So seien die im ursprünglich mit dem Beschwerdeführer abgeschlossenen und sodann aufgelösten Architektenvertrag enthaltenen Leistungen (Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, künstlerische Oberleitung und 50 % zur technischen Oberleitung) unter Anwendung der Bestimmungen der HOA (Honorarordnung für Architekten), die in sämtlichen Verträgen als Vertragsgrundlage vereinbart sei, voneinander klar trennbar und von der öffentlichen Auftraggeberin auch getrennt vergeben worden. Die Gründe für die getrennte Vergabe seien nach Ansicht der belangten Behörde durch die öffentliche Auftraggeberin nachvollziehbar und ausreichend dokumentiert dargelegt.

So seien die Überlegungen der Auftragserteilung an Baumeister J durchaus plausibel: Zu Recht sei die öffentliche Auftraggeberin davon ausgegangen, dass bei einer Auftragserteilung an Baumeister J die von ihm bisher erbrachten Tätigkeiten, sein Kenntnisstand sowie Art und Ziel der zukünftigen Planungshandlungen bei einer Beauftragung zu einer Kostenersparnis führen würden. Dies umso mehr, als Baumeister J nur mit Entwurf und Einreichung für den Keller und Garagenteil sowie dessen Anpassung an das Projekt von Architektin S beauftragt worden sei.

Auch die Argumente betreffend die Leistungen, die an das Büro V&P vergeben worden seien, erwiesen sich als durchaus zutreffend. Dieses Büro sei bereits als Generalkonsulent mit der Erbringung von 50 % der technischen Oberleitung betraut worden, sodass es nahe liegend gewesen sei, diesem Büro auch den zweiten Teil der technischen Oberleitung zu übertragen. Als Generalkonsulent habe dieses Büro bereits umfassende Leistungen bei der Durchführung bzw. Planung des gegenständlichen Projektes erbracht, die von diesem Büro weiterverwendet werden könnten. Auch die gesamte Haustechnik und Elektroplanung habe dieses Büro als Generalkonsulent vorzunehmen. Es sei daher nahe liegend gewesen, die gesamte Ausführungsplanung - in Übereinstimmung mit Architektin S - an das Büro V&P zu übertragen.

Somit sei die von der öffentlichen Auftraggeberin vorgenommene Teilung der nach Vertragsauflösung mit dem Beschwerdeführer noch zu erbringenden Leistungen vergaberechtlich vertretbar.

Bei den vergebenen Dienstleistungen handle es sich unstrittig um geistige Dienstleistungen im Sinne des § 2 Z 18

BVergG 2006. Zu den mit Baumeister J und Architektin S geschlossenen Verträgen sei auszuführen, dass aus den oben angeführten Gründen die Kosten eines weiteren Beschaffungsvorganges in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zum geschätzten Auftragswert der zu vergebenden Leistungen gestanden wären. Nicht nur, dass die öffentliche Auftraggeberin unter einem durchaus nachvollziehbaren Zeitdruck gestanden sei, zeigten auch die in den Vergabeakten dokumentierten Überlegungen, dass sowohl bei der Vergabe von Leistungen an Baumeister J als auch an Architektin S nicht nur mit einem zeitaufwändigen Verfahren, sondern auch mit weiteren wesentlichen Kosten des Beschaffungsvorganges zu rechnen gewesen wäre. Bei beiden Vertragspartnern habe die öffentliche Auftraggeberin zu Recht wesentliche Kosten einsparen können. Auch sei die weitere wertmäßige Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 38 Abs. 3 BVergG 2006 gegeben, da das mit Baumeister J vereinbarte Honorar EUR 40.000,-- netto zuzüglich 5 % der Honorare an Nebenkosten betrage. Die Vergabe der Leistungen für Entwurf und Einreichung an Baumeister J im Wege eines Verfahrens nach § 38 Abs. 3 BVergG 2006 erweise sich somit als unbedenklich, weshalb das diesbezügliche Feststellungsbegehren (unter anderem) des Beschwerdeführers als unbegründet abzuweisen gewesen sei. Bei den vergebenen Dienstleistungen handle es sich unstrittig um geistige Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 18, BVergG 2006. Zu den mit Baumeister J und Architektin S geschlossenen Verträgen sei auszuführen, dass aus den oben angeführten Gründen die Kosten eines weiteren Beschaffungsvorganges in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zum geschätzten Auftragswert der zu vergebenden Leistungen gestanden wären. Nicht nur, dass die öffentliche Auftraggeberin unter einem durchaus nachvollziehbaren Zeitdruck gestanden sei, zeigten auch die in den Vergabeakten dokumentierten Überlegungen, dass sowohl bei der Vergabe von Leistungen an Baumeister J als auch an Architektin S nicht nur mit einem zeitaufwändigen Verfahren, sondern auch mit weiteren wesentlichen Kosten des Beschaffungsvorganges zu rechnen gewesen wäre. Bei beiden Vertragspartnern habe die öffentliche Auftraggeberin zu Recht wesentliche Kosten einsparen können. Auch sei die weitere wertmäßige Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahmebestimmung des Paragraph 38, Absatz 3, BVergG 2006 gegeben, da das mit Baumeister J vereinbarte Honorar EUR 40.000,-- netto zuzüglich 5 % der Honorare an Nebenkosten betrage. Die Vergabe der Leistungen für Entwurf und Einreichung an Baumeister J im Wege eines Verfahrens nach Paragraph 38, Absatz 3, BVergG 2006 erweise sich somit als unbedenklich, weshalb das diesbezügliche Feststellungsbegehren (unter anderem) des Beschwerdeführers als unbegründet abzuweisen gewesen sei.

Die Vergabe der Leistungen für die Ausführungsplanung und die Hälfte der technischen Oberleitung an das Büro V&P als Zusatzauftrag zu dem mit ihnen bereits bestehenden Generalkonsulenten-Vertrag erweise sich im Einklang mit § 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006. Die Leistungen, die an dieses Büro vergeben worden seien, stünden in einem Verhältnis von etwa 1:4 zum ursprünglichen Wert des Dienstleistungsauftrages. Der im § 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 angeführte Auftragswert werde damit nicht überschritten. Daher sei die Wahl des Vergabeverfahrens durch die Erteilung eines Zusatzauftrages in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG 2006 erfolgt und sei das diesbezügliche Feststellungsbegehren (unter anderem) des Beschwerdeführers als unbegründet abzuweisen gewesen. Die Vergabe der Leistungen für die Ausführungsplanung und die Hälfte der technischen Oberleitung an das Büro V&P als Zusatzauftrag zu dem mit ihnen bereits bestehenden Generalkonsulenten-Vertrag erweise sich im Einklang mit Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006. Die Leistungen, die an dieses Büro vergeben worden seien, stünden in einem Verhältnis von etwa 1:4 zum ursprünglichen Wert des Dienstleistungsauftrages. Der im Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 angeführte Auftragswert werde damit nicht überschritten. Daher sei die Wahl des Vergabeverfahrens durch die Erteilung eines Zusatzauftrages in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG 2006 erfolgt und sei das diesbezügliche Feststellungsbegehren (unter anderem) des Beschwerdeführers als unbegründet abzuweisen gewesen.

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, die öffentliche Auftraggeberin habe ursprünglich die Planungsleistungen (Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, künstlerische Oberleitung der Bauausführung, Ausführungsplanung und technische Oberleitung-Teilleistung 50 %) an den Beschwerdeführer vergeben, sodann aber diese Leistungen aufgeteilt und mit deren Erbringung verschiedene Auftragnehmer beauftragt. Hiefür seien aber keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorgelegen, sodass gegen das Aufteilungsverbot des § 13 Abs. 4 BVergG 2006 verstoßen worden sei. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, die öffentliche Auftraggeberin habe ursprünglich

die Planungsleistungen (Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, künstlerische Oberleitung der Bauausführung, Ausführungsplanung und technische Oberleitung-Teilleistung 50 %) an den Beschwerdeführer vergeben, sodann aber diese Leistungen aufgeteilt und mit deren Erbringung verschiedene Auftragnehmer beauftragt. Hiefür seien aber keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorgelegen, sodass gegen das Aufteilungsverbot des Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 verstoßen worden sei.

So bedeute der Umstand, dass die einzelnen Leistungen Vorentwurf, Entwurf, Ausführungsplanung, künstlerische Oberleitung etc. in der Honorarordnung für Architekten (HOA) separat ausgewiesen seien, nicht notwendigerweise, dass diese Leistungen nicht zusammengehörten. Gerade bei einem Bauwerk, dem ein Architektenwettbewerb vorangegangen sei, sei davon auszugehen, dass der öffentliche Auftraggeber auf die künstlerische und harmonische Ausführung des Bauwerks besonderen Wert lege. Es liege auf der Hand, dass Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung und künstlerische Oberleitung von einem einzigen Auftragnehmer erbracht werden müssten, um ein künstlerisch und technisch ideales Ergebnis zu erzielen. Mögen auch die einzelnen Aufträge an die drei von der öffentlichen Auftraggeberin ausgewählten Auftragnehmer für sich betrachtet durch einzelne Argumente gerechtfertigt werden können, so ergebe sich aber insgesamt ein Bild, dass ursprünglich zusammen vergebene Leistungen nunmehr aufgeteilt worden seien und somit spezielle Schwellenwerte für Sonderverfahren hätten unterschritten werden können. Bemerkenswert sei auch, dass Baumeister J, ein ehemaliger Dienstnehmer der öffentlichen Auftraggeberin, seine bereits ruhend gestellte Konzession als Baumeister wieder aufleben habe lassen, um den gegenständlichen Auftrag anzunehmen. Auch dies lege den Verdacht nahe, dass die öffentliche Auftraggeberin ausschließlich daran interessiert gewesen sei, kein weiteres Vergabeverfahren durchzuführen. Die von der öffentlichen Auftraggeberin in getrennten Aufträgen vergebenen Teilaufträge stünden in einem engen sachlichen Zusammenhang und umfassten die typischerweise von einem Architekten bei der Planung eines Projektes zu erbringenden Leistungen.

4. Gegenschrift der belangten Behörde:

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie im Wesentlichen vorbrachte, im Hinblick darauf, dass die Errichtung dieses Jugendwohnhauses samt Volksgarage von der öffentlichen Auftraggeberin schon seit mehreren Jahren geplant und die Ausführung bereits in Angriff genommen worden sei, habe sie die Aufteilung der noch zu erbringenden Architektenleistungen auf drei Verträge noch für vertretbar gehalten. Eine willkürliche Aufteilung der an und für sich zusammengehörigen Teilleistungen des Architektenvertrages liege nicht vor, weil die Vergabe dieser Leistungen ohnedies nach den Vorschriften des § 38 Abs. 3 bzw. 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 vorgenommen worden sei. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie im Wesentlichen vorbrachte, im Hinblick darauf, dass die Errichtung dieses Jugendwohnhauses samt Volksgarage von der öffentlichen Auftraggeberin schon seit mehreren Jahren geplant und die Ausführung bereits in Angriff genommen worden sei, habe sie die Aufteilung der noch zu erbringenden Architektenleistungen auf drei Verträge noch für vertretbar gehalten. Eine willkürliche Aufteilung der an und für sich zusammengehörigen Teilleistungen des Architektenvertrages liege nicht vor, weil die Vergabe dieser Leistungen ohnedies nach den Vorschriften des Paragraph 38, Absatz 3, bzw. 30 Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 vorgenommen worden sei.

5. Gegenschrift der mitbeteiligten Partei:

Die öffentliche Auftraggeberin erstattete als mitbeteiligte Partei ebenso eine Gegenschrift, in der sie im Wesentlichen vorbrachte, der Beschwerdeführer habe in seiner Beschwerde als Beschwerdepunkt ausdrücklich eine Verletzung in seinem Recht auf rechtlich richtige Entscheidung über seinen Feststellungsantrag nach den Bestimmungen des WVRG 2007 angeführt und erachte sich daher (nur) in seinen aus dem WVRG 2007 eingeräumten Rechten verletzt. Da sich jedoch aus dem WVRG 2007 keinerlei materiellen Rechte des Beschwerdeführers im Hinblick auf das durchgeführte Vergabeverfahren ergäben, erweise sich die Beschwerde als unzulässig.

In der Sache brachte die öffentliche Auftraggeberin vor, bereits aus der Richtlinie 2004/18/EG (Erwägungsgrund 9) wie auch aus dem BVergG 2006 ergebe sich, dass die Entscheidung über eine getrennte oder gemeinsame Vergabe eines öffentlichen Auftrages sich an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien orientieren müsse.

Im Beschwerdefall habe die öffentliche Auftraggeberin den an den Beschwerdeführer vergebenen Planungsauftrag auf Grund wesentlicher Kostenüberschreitungen mit sofortiger Wirkung aufkündigen müssen. Danach habe die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin eine mit den vergaberechtlichen Bestimmungen in Einklang stehende

Lösung suchen müssen, bei der sicherzustellen gewesen sei, dass die bereits erbrachten Leistungen möglichst weiter genutzt werden könnten und der frustrierte Aufwand auf ein Minimum begrenzt werde. Die Entscheidung, die Realisierung des Projektes unter Heranziehung des zweitgereihten Projektes durchzuführen, sei auch deshalb gefallen, weil sich hiedurch aus wirtschaftlicher Sicht die Durchführung eines neuerlichen Architektenwettbewerbs erübrigt habe, was im Hinblick auf die damit verbundenen Kosten und zeitlichen Verzögerungen keinesfalls zumutbar gewesen wäre. Unter Weiterverwendung der vom Beschwerdeführer erbrachten und von der öffentlichen Auftraggeberin bereits entgoltenen sowie aufbauend auf den in einem gesonderten Vergabeverfahren vergebenen und an das Büro V&P beauftragten Leistungen habe für die öffentliche Auftraggeberin eine wirtschaftlich vertretbare Lösung gefunden werden können, das gegenständliche Projekt umsetzen zu können. Entsprechend seinen die Beauftragungen an Baumeister J, Architektin S sowie das Büro V&P erfolgt. Es lägen daher nachvollziehbare Gründe vor, eine getrennte Berechnung der Schwellenwerte vorzunehmen.

Soweit der Beschwerdeführer argumentiere, die getrennte Vergabe der Leistungen sei sachlich nicht gerechtfertigt, weil diese zweifellos zusammengehörten, gehe die von ihm angezogene Begründung ins Leere. So sei die einheitliche Leistungserbringung für Vorentwurf, Einreichung, Ausführungsplanung und künstlerische Oberleitung durch einen einzigen Auftragnehmer, um ein künstlerisch und technisch ideales Ergebnis zu erzielen, gerade durch den Beschwerdeführer selbst frustriert worden. Es liege auf der Hand, dass in einem solchen Fall die öffentliche Auftraggeberin nicht gezwungen werden könne, einen neuen Architektenbewerb durchzuführen, weil die damit verbundenen Kosten sowie die entstehenden Zeitverzögerungen in einem unzumutbaren Verhältnis zu dem erwachsenen Aufwand stehen würden. § 38 Abs. 3 BVergG 2006 habe gerade aber die Vermeidung wirtschaftlich unvertretbarer Beschaffungsvorgänge vor Augen. Soweit der Beschwerdeführer argumentiere, die getrennte Vergabe der Leistungen sei sachlich nicht gerechtfertigt, weil diese zweifellos zusammengehörten, gehe die von ihm angezogene Begründung ins Leere. So sei die einheitliche Leistungserbringung für Vorentwurf, Einreichung, Ausführungsplanung und künstlerische Oberleitung durch einen einzigen Auftragnehmer, um ein künstlerisch und technisch ideales Ergebnis zu erzielen, gerade durch den Beschwerdeführer selbst frustriert worden. Es liege auf der Hand, dass in einem solchen Fall die öffentliche Auftraggeberin nicht gezwungen werden könne, einen neuen Architektenbewerb durchzuführen, weil die damit verbundenen Kosten sowie die entstehenden Zeitverzögerungen in einem unzumutbaren Verhältnis zu dem erwachsenen Aufwand stehen würden. Paragraph 38, Absatz 3, BVergG 2006 habe gerade aber die Vermeidung wirtschaftlich unvertretbarer Beschaffungsvorgänge vor Augen.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde (Beschwerdepunkt):

Der Beschwerdeführer erachtet sich laut dem in seiner Beschwerde ausdrücklich bezeichneten Beschwerdepunkt in seinem Recht "auf rechtlich richtige Entscheidung über seinen Feststellungsantrag vor dem Vergabekontrollsenat und Feststellung der rechtswidrigen Vorgangsweise des Auftraggebers durch den Vergabekontrollsenat nach den Bestimmungen des WVRG 2007" verletzt.

Gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, (unter anderem) die Feststellung beantragen, dass die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, (unter anderem) die Feststellung beantragen, dass die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war.

Nach dieser Bestimmung besteht also bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen ein Recht des Antragstellers, dass seitens der belangten Behörde die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (u.a.) im

Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 überprüft wird und im Fall eines Verstoßes die Rechtswidrigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens festgestellt wird.

Dieses Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit hat der Beschwerdeführer in seinem Beschwerdepunkt ausreichend geltend gemacht. Das WVRG 2007 verweist in diesem Zusammenhang tatbestandsmäßig auf einen möglichen "Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz 2006", dessen Feststellung gerade Inhalt des beantragten Feststellungsverfahrens ist.

Der mitbeteiligten Partei ist daher nicht zu folgen, wenn sie der Auffassung ist, der Beschwerdeführer habe den Beschwerdepunkt nach § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG nicht ausreichend bezeichnet bzw. könne durch die als Beschwerdepunkt geltend gemachten Rechte nicht verletzt werden. Der mitbeteiligten Partei ist daher nicht zu folgen, wenn sie der Auffassung ist, der Beschwerdeführer habe den Beschwerdepunkt nach Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG nicht ausreichend bezeichnet bzw. könne durch die als Beschwerdepunkt geltend gemachten Rechte nicht verletzt werden.

2. Rechtsvorschriften:

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 (BVergG 2006), lauten: Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (BVergG 2006), lauten:

"Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

§ 13. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist 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. Paragraph 13, (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist 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.

...

1. (3) Absatz 3, Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist 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. Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist 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.
2. (4) Absatz 4, Ein Vergabevorhaben darf nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.
3. (5) Absatz 5, Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

...

Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei

Dienstleistungsaufträgen

§ 16. (1) Bei Aufträgen über die folgenden Dienstleistungen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen Paragraph 16, (1) Bei Aufträgen über die folgenden Dienstleistungen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

...

3. bei Aufträgen, die Planungsleistungen zum Gegenstand haben, die Gebühren, Provisionen sowie andere vergleichbare Vergütungen.

...

1. (4) Absatz 4, 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.
2. (5) Absatz 5, Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 80 000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich. Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 genannten Schwellenwerte, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 80 000 Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich.
3. (6) Absatz 6, Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 40 000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 40 000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

...

Wahl des Verhandlungsverfahrens bei Dienstleistungsaufträgen

§ 30. ... Paragraph 30, ...

1. (2) Absatz 2, Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

...

4.

zusätzliche Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglichen Dienstleistungsauftrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung des darin beschriebenen Dienstleistungsauftrages erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausführt, der Gesamtwert der zusätzlichen Dienstleistungen 50 vH des Wertes des ursprünglichen Dienstleistungsauftrages nicht überschreitet, und entweder

- a) eine Trennung dieser zusätzlichen Dienstleistungen vom ursprünglichen Dienstleistungsauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber möglich ist, oder
- b) eine Trennung vom ursprünglichen Dienstleistungsauftrag zwar möglich wäre, die zusätzlichen Dienstleistungen aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind, ...

Zusätzliche Möglichkeiten der Wahl des Verhandlungsverfahrens

§ 38. ... Paragraph 38, ...

1. (3) Absatz 3, Auftraggeber können Aufträge über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht." Auftraggeber können Aufträge über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 nicht erreicht."

3. Zur Aufteilung des Vergabevorhabens nach § 13 Abs. 4 BVergG 2006: 3. Zur Aufteilung des Vergabevorhabens nach Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006:

3.1. Zum Aufteilungsverbot nach § 13 Abs. 4 BVergG 2006: 3.1. Zum Aufteilungsverbot nach Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006:

Gemäß § 13 Abs. 4 BVergG 2006, der seiner Überschrift zufolge zu den allgemeinen Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes zählt, darf ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006, der seiner Überschrift zufolge zu den allgemeinen Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes zählt, darf ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

Nach den Materialien zu § 13 Abs. 4 BVergG 2006 (vgl. RV 1171 BlgNR XXII. GP) beinhaltet diese Bestimmung ein Verbot der willkürlichen Aufteilung von zusammengehörigen Aufträgen. Die Aufteilung eines Auftrages darf nicht in der Absicht erfolgen, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (z.B. Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, darüber hinaus darf durch ein unzulässiges "Splitting" auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Nach den Materialien zu Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 vergleiche , Regierungsvorlage 1171, BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode beinhaltet diese Bestimmung ein Verbot der willkürlichen Aufteilung von zusammengehörigen Aufträgen. Die Aufteilung eines Auftrages darf nicht in der Absicht erfolgen, die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen (z.B. Bekanntmachung im Amtsblatt) zu umgehen, darüber hinaus darf durch ein unzulässiges "Splitting" auch im Unterschwellenbereich nicht eine Umgehung der Vorschriften bewirkt werden (Wahl von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln wie insbesondere die Direktvergabe). Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann.

3.2. Zum gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund:

Diese Bestimmung des BVergG 2006 entspricht Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG, wonach ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und/oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht zu dem Zwecke aufgeteilt werden darf, das Vorhaben der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen. Diese Bestimmung des BVergG 2006 entspricht Artikel 9, Absatz 3, der Richtlinie 2004/18/EG, wonach ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und/oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht zu dem Zwecke aufgeteilt werden darf, das Vorhaben der Anwendung dieser Richtlinie zu entziehen.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (nunmehr: Union; EuGH) ist die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen (vgl. bereits das hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2005/04/0201, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, Randnr. 31, mwN; vgl. auch das Urteil des EuGH vom 9. Juni 2009 in der Rechtssache C-480/06, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Randnr. 47). Dies schließt die Verpflichtung für jeden öffentlichen Auftraggeber ein, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Jede Ausnahme von der Geltung dieser Verpflichtung ist folglich eng auszulegen und die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will (vgl. das Urteil des EuGH vom 11. Jänner 2005 in

der Rechtssache C-26/2003, Stadt Halle, Randnrn. 44 und 46). Auch hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass das (in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 92/50 normierte) Verbot einer willkürlichen Aufteilung eines Auftrages den Zweck verfolgt, Manipulationen zu verhindern (Urteil des EuGH vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-411/00, Felix Swoboda GmbH, Randnr. 58). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (nunmehr: Union; EuGH) ist die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen (vergleiche, bereits das hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2005/04/0201, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH, Randnr. 31, mwN; vergleiche, auch das Urteil des EuGH vom 9. Juni 2009 in der Rechtssache C-480/06, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Randnr. 47). Dies schließt die Verpflichtung für jeden öffentlichen Auftraggeber ein, die einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften anzuwenden, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Jede Ausnahme von der Geltung dieser Verpflichtung ist folglich eng auszulegen und die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will (vergleiche, das Urteil des EuGH vom 11. Jänner 2005 in der Rechtssache C-26/2003, Stadt Halle, Randnrn. 44 und 46). Auch hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass das (in Artikel 7, Absatz 3, der Richtlinie 92/50 normierte) Verbot einer willkürlichen Aufteilung eines Auftrages den Zweck verfolgt, Manipulationen zu verhindern (Urteil des EuGH vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-411/00, Felix Swoboda GmbH, Randnr. 58).

Vor diesem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund, insbesondere der Rechtsprechung des EuGH zur Beweislast bei der Inanspruchnahme von Ausnahmen, ist das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung der Aufteilung eines Vergabevorhabens streng zu prüfen.

3.3. Davon ausgehend durfte die belangte Behörde fallbezogen nicht von einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung der vorliegend von der öffentlichen Auftraggeberin nachträglich vorgenommenen Aufteilung der Vergabe von Planungsleistungen betreffend die Errichtung eines Jugendwohnhauses ausgehen:

3.4. Nachträgliche Aufteilung:

Bereits die belangte Behörde hält im angefochtenen Bescheid fest, es möge der Anschein eines derartigen Vorgehens zunächst gegeben sein. Damit spricht die belangte Behörde den Umstand an, dass die nachträglich aufgeteilten Planungsleistungen ursprünglich von der öffentlichen Auftraggeberin als einheitliches Vergabevorhaben einem Ideenwettbewerb unterzogen wurden und daran anschließend mit dem Beschwerdeführer ein Verhandlungsverfahren geführt wurde. Nähere Feststellungen über die Art dieser Verfahren enthält der angefochtene Bescheid nicht, es ist aber an die Bestimmung des § 25 Abs. 6 Z 6 BVergG 2002 zu denken, wonach Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden konnten, wenn im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden musste. Jedenfalls kann im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH davon gesprochen werden, dass das gegenständliche Vergabevorhaben in diesem Stadium dem Wettbewerb geöffnet wurde (wobei es nach den Feststellungen offen bleibt, ob dies europaweit erfolgte). Bereits die belangte Behörde hält im angefochtenen Bescheid fest, es möge der Anschein eines derartigen Vorgehens zunächst gegeben sein. Damit spricht die belangte Behörde den Umstand an, dass die nachträglich aufgeteilten Planungsleistungen ursprünglich von der öffentlichen Auftraggeberin als einheitliches Vergabevorhaben einem Ideenwettbewerb unterzogen wurden und daran anschließend mit dem Beschwerdeführer ein Verhandlungsverfahren geführt wurde. Nähere Feststellungen über die Art dieser Verfahren enthält der angefochtene Bescheid nicht, es ist aber an die Bestimmung des Paragraph 25, Absatz 6, Ziffer 6, BVergG 2002 zu denken, wonach Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden konnten, wenn im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden musste. Jedenfalls kann im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH davon gesprochen werden, dass das gegenständliche Vergabevorhaben in diesem Stadium dem Wettbewerb geöffnet wurde (wobei es nach den Feststellungen offen bleibt, ob dies europaweit erfolgte).

Unstrittig ist auch, dass die zunächst als einheitliches Vergabevorhaben behandelten Planungsleistungen nachträglich durch die öffentliche Auftraggeberin aufgeteilt und getrennt vergeben wurden, wobei jeweils Vergabeverfahren mit nur einem Bieter und ohne Bekanntmachung und somit ohne neuerliche Öffnung für den Wettbewerb gewählt wurden.

3.5. Gleichartige Aufträge in sachlichem und zeitlichem

Zusammenhang - ein Vergabevorhaben:

Die belangte Behörde stellt nun darauf ab, dass die in dem mit dem Beschwerdeführer aufgelösten Architektenvertrag (und somit im ursprünglichen Vergabevorhaben) enthaltenen Planungsleistungen nach den Bestimmungen der HOA voneinander klar trennbar sind und argumentiert damit im Ergebnis damit, diese Planungsleistungen stellten kein Vergabevorhaben dar.

Dem kann der Verwaltungsgerichtshof nicht folgen: Für die Frage, welches Vergabevorhaben Grundlage für die Auftragswertberechnung ist, ist bei Dienstleistungen - wie sich aus § 16 Abs. 4 BVergG 2006 ergibt - auf die Gleichartigkeit der Aufträge im jeweiligen "Fachgebiet" abzustellen. Unstrittig sind Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlichen und zeitlichem Zusammenhang stehen, für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen und bilden so ein einheitliches Vergabevorhaben. In diesem Sinne sind im Bereich der Architektur einzelne Teilleistungen der Architekturplanung gemäß § 3 Honorarordnung für Architekten (HOA), nämlich Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, Kostenermittlungsgrundlagen sowie künstlerische, technische und geschäftliche Oberleitung grundsätzlich zusammenzuzählen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben vergeben werden sollen (vgl. zu allem Heid in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht³ (2010), 106ff, Rz. 282, 284 und 285). Dem kann der Verwaltungsgerichtshof nicht folgen: Für die Frage, welches Vergabevorhaben Grundlage für die Auftragswertberechnung ist, ist bei Dienstleistungen - wie sich aus Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 2006 ergibt - auf die Gleichartigkeit der Aufträge im jeweiligen "Fachgebiet" abzustellen. Unstrittig sind Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlichen und zeitlichem Zusammenhang stehen, für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen und bilden so ein einheitliches Vergabevorhaben. In diesem Sinne sind im Bereich der Architektur einzelne Teilleistungen der Architekturplanung gemäß Paragraph 3, Honorarordnung für Architekten (HOA), nämlich Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, Ausführungsplanung, Kostenermittlungsgrundlagen sowie künstlerische, technische und geschäftliche Oberleitung grundsätzlich zusammenzuzählen, wenn sie im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben vergeben werden sollen vergleiche , zu allem Heid in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht³ (2010), 106ff, Rz. 282, 284 und 285).

3.6. Nicht ausreichende sachliche Rechtfertigung:

Hingegen wurden durch die belangte Behörde als sachliche Rechtfertigung für die nachträgliche Aufteilung der Planungsleistungen ausschließlich in der Person der zum Zuge gekommenen Bieter liegende Gründe angeführt:

Im Falle des Werkvertrages mit Baumeister J wurde angeführt, dieser sei Dienstnehmer der öffentlichen Auftraggeberin gewesen und verfüge bereits auch aus diesem Grund über einschlägige Kenntnisse des Vergabevorhabens. Im Hinblick auf den Zusatzauftrag an das Büro V&P wurde angeführt, auch dieses verfüge auf Grund eines vom Vergabevorhaben getrennten Planungsauftrages über einschlägige Kenntnisse. Die belangte Behörde bezeichnete es sodann ausdrücklich als "durchaus plausibel" bzw. "nahe liegend" Baumeister J bzw. das Büro V&P mit den genannten Planungsleistungen zu betrauen.

Das einzige nicht in der Person der zum Zuge gekommenen Bieter liegende Argument führt die belangte Behörde nicht zu § 13 Abs. 4 BVergG 2006, sondern zu den Bestimmungen des § 38 Abs. 3 BVergG 2006 sowie § 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006 an und argumentiert dort damit, dass die Kosten eines weiteren Beschaffungsvorganges in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zum geschätzten Auftragswert der zu vergebenden Leistungen gestanden wären. Die mitbeteiligte Partei habe als öffentliche Auftraggeberin unter einem durchaus nachvollziehbaren Zeitdruck gestanden und hätte mit weiteren wesentlichen Kosten des Beschaffungsvorganges zu rechnen gehabt. Mit der gewählten Vorgangsweise sei es der öffentlichen Auftraggeberin gelungen, wesentliche Kosten einzusparen. Das einzige nicht in der Person der zum Zuge gekommenen Bieter liegende Argument führt die belangte Behörde nicht zu Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006, sondern zu den Bestimmungen des Paragraph 38, Absatz 3, BVergG 2006 sowie Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 an und argumentiert dort damit, dass die Kosten eines weiteren Beschaffungsvorganges in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zum geschätzten Auftragswert der zu vergebenden Leistungen gestanden wären. Die mitbeteiligte Partei habe als öffentliche Auftraggeberin unter einem durchaus

nachvollziehbaren Zeitdruck gestanden und hätte mit weiteren wesentlichen Kosten des Beschaffungsvorganges zu rechnen gehabt. Mit der gewählten Vorgangsweise sei es der öffentlichen Auftraggeberin gelungen, wesentliche Kosten einzusparen.

Im Ergebnis vertritt die belangte Behörde aber damit die Auffassung, dass die Aufteilung eines Vergabeverhabens immer dann bereits sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Kosten des Beschaffungsvorganges (gemeint des ordnungsgemäß durchzuführenden Vergabeverfahrens) in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zum geschätzten Auftragswert stünden. Eine derartige Auslegung verkennt aber das in der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH genannte Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen und die dort angesprochene Beweislast für die Anwendung von Ausnahmebestimmungen.

3.7. Getrennte Vergabe (Lose) und Aufteilung eines Vergabeverhabens:

Die öffentliche Auftraggeberin weist als mitbeteiligte Partei vor dem Verwaltungsgerichtshof darauf hin, aus dem 9. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 und auch den Bestimmungen des BVergG 2006 ergebe sich, dass sich die Entscheidung über eine getrennte oder gemeinsame Vergabe eines öffentlichen Auftrages sich an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien orientieren müsse.

Mit dieser Argumentation spricht die öffentliche Auftraggeberin aber einen wesentlichen Unterschied an: Es ist nämlich grundsätzlich zwischen der Aufteilung von Vergabeverhaben bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes (nach § 13 Abs. 4 BVergG 2006) und der getrennten Vergabe von Dienstleistungen in Form von Losen (nach § 16 Abs. 4 BVergG 2006) zu unterscheiden. Mit dieser Argumentation spricht die öffentliche Auftraggeberin aber einen wesentlichen Unterschied an: Es ist nämlich grundsätzlich zwischen der Aufteilung von Vergabeverhaben bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes (nach Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006) und der getrennten Vergabe von Dienstleistungen in Form von Losen (nach Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 2006) zu unterscheiden.

Es trifft nun zu, dass der öffentliche Auftraggeber selbst entscheiden kann, ob er ein Vergabeverhaben, das - wie oben dargelegt - in der Erbringung gleichartiger Leistungen in einem sachlichen und zeitlichem Zusammenhang besteht, nun in einem (an einen einzigen Bieter) oder getrennt in Form von Losen (an verschiedene Bieter) vergeben will. In diesem Sinn sagt der genannte Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 auch ausdrücklich:

"Diese Richtlinie bezweckt nicht, eine gemeinsame oder eine getrennte Vergabe vorzuschreiben." Davon zu unterscheiden ist aber die Verpflichtung, ein Vergabeverhaben bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes als Gesamtes zu berücksichtigen, also bei der losweisen Vergabe - wie § 16 Abs. 4 BVergG 2006 ausdrücklich anordnet - den geschätzten Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. "Diese Richtlinie bezweckt nicht, eine gemeinsame oder eine getrennte Vergabe vorzuschreiben." Davon zu unterscheiden ist aber die Verpflichtung, ein Vergabeverhaben bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes als Gesamtes zu berücksichtigen, also bei der losweisen Vergabe - wie Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 2006 ausdrücklich anordnet - den geschätzten Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.

Nicht zulässig ist es aber - wie § 13 Abs. 4 BVergG 2006 normiert - ohne sachliche Rechtfertigung ein Vergabeverhaben aufzuteilen, nicht nur um die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2006 an sich zu umgehen, sondern auch um in den Genuss von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln zu kommen (letzteres ergibt sich aus den Materialien; vgl. auch Heid, aaO, Rz. 282). Im Beschwerdefall führte die Aufteilung des Vergabeverfahrens bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes unstrittig zu der Möglichkeit, Vergabeverfahren mit nur einem Bieter ohne Bekanntmachung (nämlich nach § 38 Abs. 3 bzw. § 30 Abs. 2 Z 4 BVergG 2006) zu führen, was letztlich in Form des Arguments, ein neuerliches Vergabeverfahren sei zu kostspielig gewesen, seitens der öffentlichen Auftraggeberin als sachliche Rechtfertigung für die Aufteilung nach § 13 Abs. 4 BVergG 2006 angeführt und von der belangten Behörde letztlich auch akzeptiert wurde. Nicht zulässig ist es aber - wie Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 normiert - ohne sachliche Rechtfertigung ein Vergabeverhaben aufzuteilen, nicht nur um die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2006 an sich zu umgehen, sondern auch um in den Genuss von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln zu kommen (letzteres ergibt sich aus den Materialien; vergleiche, auch Heid, aaO, Rz. 282). Im Beschwerdefall führte die Aufteilung des Vergabeverfahrens bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes unstrittig zu der Möglichkeit, Vergabeverfahren mit nur einem Bieter ohne Bekanntmachung (nämlich nach Paragraph 38, Absatz 3, bzw. Paragraph

30, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006) zu führen, was letztlich in Form des Arguments, ein neuerliches Vergabeverfahren sei zu kostspielig gewesen, seitens der öffentlichen Auftraggeberin als sachliche Rechtfertigung für die Aufteilung nach Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 angeführt und von der belangten Behörde letztlich auch akzeptiert wurde.

Bei dieser Vorgangsweise wurde aber auch nicht berücksichtigt, dass bei der losweisen Vergabe durch das BVergG 2006 bereits entsprechende Erleichterungen normiert sind, wonach bei Zutreffen der dortigen Voraussetzungen gewisse Lose auch im Wege der Direktvergabe vergeben werden können (§ 16 Abs. 6 BVergG 2006). Darauf ist die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid jedoch nicht eingegangen. Bei dieser Vorgangsweise wurde aber auch nicht berücksichtigt, dass bei der losweisen Vergabe durch das BVergG 2006 bereits entsprechende Erleichterungen normiert sind, wonach bei Zutreffen der dortigen Voraussetzungen gewisse Lose auch im Wege der Direktvergabe vergeben werden können (Paragraph 16, Absatz 6, BVergG 2006). Darauf ist die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid jedoch nicht eingegangen.

3.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die belangte Behörde im Beschwerdefall aus den oben angeführten Erwägungen nicht von einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung der Aufteilung der Vergabe von Planungsleistungen ausgehen durfte, sondern die gewählte Vorgangsweise § 13 Abs. 4 BVergG 2006 widersprach. 3.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die belangte Behörde im Beschwerdefall aus den oben angeführten Erwägungen nicht von einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung der Aufteilung der Vergabe von Planungsleistungen ausgehen durfte, sondern die gewählte Vorgangsweise Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 widersprach.

4. Die belangte Behörde belastete daher schon aus diesem Grund den angefochtenen Bescheid - im angefochtenen Umfang - mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, weshalb dieser in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben gewesen war. 4. Die belangte Behörde belastete daher schon aus diesem Grund den angefochtenen Bescheid - im angefochtenen Umfang - mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, weshalb dieser in diesem Umfang gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben gewesen war.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47ff VwGG iVm VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Wien, am 8. Oktober 2010 5. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47 f, f, VwGG in Verbindung mit VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, II Nr. 455. Wien, am 8. Oktober 2010

Gerichtsentscheidung

EuGH 62003J0026 Stadt Halle VORAB

EuGH 62006J0454 Presstext Nachrichtenagentur VORAB

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2007040188.X00

Im RIS seit

08.11.2010

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

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