jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE UVS Burgenland 2006/08/15 VNP/11/06002

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.08.2006

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Burgenland entscheidet durch sein Mitglied Regierungsrat Mag. Latzenhofer im Nachprüfungsverfahren betreffend diverse Verträge des Landes Burgenlands im Zusammenhang mit der Fortführung und dem Betrieb bzw. der Wartung des Internetportals *** über die Anträge vom 7.6.2006 der Bewerbergemeinschaft ARGE ***, bestehend aus den Mitgliedern: 1. *** Management GmbH, ***, 2. *** Services GmbH, 3. *** AG, ***, 4. *** GmbH, ***, 5. *** ? Verein ***, vertreten durch Rechtsanwalt ***, Rechtsanwalt in ***, wie folgt:

1. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren Zl. LAD-ÖA-A200/17-2005 nicht fortzusetzen, sondern unter Änderung des Auftragsgegenstandes und unter Ausschluss der übrigen Bewerber einen einzigen potentiellen Auftragnehmer (konkret einen Mitarbeiter des vormals vermeintlichen Bestbieters) zur Legung eines Angebots aufzufordern und zu beschließen, diesem Bieter den Zuschlag zu erteilen, sowie der Eventualantrag auf Feststellung, dass hinsichtlich der Betrauung eines Mitarbeiters der *** GmbH mit der Neugestaltung der Website *** im Rahmen eines freien Dienstvertrages für den Zeitraum von sechs Monaten die Wahl des Verfahrens der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte, werden gemäß § 3 Abs. 3, § 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Z. 1 und § 7 Abs. 1 Z. 1 Burgenländisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz (VNPG) als unzulässig zurückgewiesen.

2. Der Antrag auf Feststellung, dass bei der Vergabe des Serverbetriebes an die *** GmbH die Wahl des Verfahrens die Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte, wird gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 VNPG in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Z. 1 Bundesvergabegesetz (BVergG) 2006 abgewiesen.

3. Der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird gemäß § 20 Abs. 5 VNPG abgewiesen.

Text

Das Land Burgenland führt ein Vergabeverfahren zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages für die ?barrierefreie Umsetzung sowie Fortführung und Betrieb des Internetportals ***? als Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung durch. An diesem Verfahren hat sich die antragstellende Bietergemeinschaft durch Legung eines Angebotes am 03.02.2006 beteiligt. In Stattgebung der früheren Anträge vom 02.02.2006 hat der Unabhängige Verwaltungssenat in diesem Vergabeverfahren mit Bescheid vom 01.03.2006 die Entscheidung, die Bieter zur Abgabe von Angeboten aufzufordern, für nichtig erklärt (vgl. dazu ausführlich den Bescheid vom 01.03.2006, Zl. EVNP/11/2006.001/021). Gegen diesen Bescheid hat die Auftraggeberin am 13.04.2006 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Mit Schriftsatz vom 07.06.2006 hat die Antragstellerin nunmehr die im Spruch ersichtlichen Begehren gestellt und diese im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Auftraggeberin habe die Absicht, das ursprüngliche Vergabeverfahren nicht weiter zu führen und habe auch nicht vor, die Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland umzusetzen. Vielmehr habe sie den Leistungsteil ?Wartung der Plattform für einen Zeitraum von sechs Monaten? aus dem Vergabeverfahren ?herausgelöst? und habe entschieden, diesen Leistungsteil unter Umgehung von Vergabevorschriften ohne das gesetzlich notwendige Vergabeverfahren unmittelbar an einen Mitarbeiter der Firma *** mittels eines sogenannten ?freien Dienstvertrages? zu vergeben. Diese Entscheidung verletze die Antragstellerin in ihren Rechten auf Einhaltung der Bestimmungen über das anzuwendende Verfahren sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes, da die Auftraggeberin auf Grund der Vorgaben des Bundesvergabegesetzes 2006 ein Vergabeverfahren durchzuführen habe, das von der Auftraggeberin angestrebte Vertragsverhältnis kein Arbeitsvertrag im Sinne des § 10 Z. 10 BVergG 2006 sei und diese Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vergabevorschriften daher nicht zur Anwendung gelangen könne. Zum Beweis dieses Vorbringens legte die Antragstellerin eine Ablichtung eines Beschlussantrages vom 08.05.2006, Aktenzahl LAD-A-A200/41-2006, vor, mit dem der Antrag gestellt wird, die Burgenländische Landesregierung möge beschließen, mit Herrn *** einen freien Dienstvertrag über die Dauer von sechs Monaten über die Erbringung der Dienstleistung ?Leitung bei der Erstellung eines neuen Internetportals für das Burgenland? abzuschließen (zu Lasten des Voranschlagsansatzes 1/021001/7280-Internetprojekte, Präsentation des Landes).

Ferner führte die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin auch den Leistungsteil ?Betrieb der Website ***?, also den notwendigen Serverbetrieb für die homepage des Landes ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens ab 01.06.2006 an die *** GmbH vergeben habe. Der Betrieb des Servers für drei Jahre entspreche einem geschätzten Auftragswert von jedenfalls über 40.000 Euro, weshalb auch hier eine Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt sei.

Die Auftraggeberin wurde mit ho. Note vom 13.06.2006 zur Vorlage aller Unterlagen bezüglich der Verträge sowie damit in Zusammenhang stehender Dokumente und Entscheidungen betreffend die Arbeiten zur Neugestaltung und Fortführung der homepage *** bzw. betreffend die Beauftragung und Anstellung von Herrn *** für Arbeiten im Zusammenhang mit *** sowie in Zusammenhang auch mit der bloß beabsichtigten Erbringung von Leistungen für den Serverbetrieb für *** aufgefordert. Daraufhin legte die Auftraggeberin mit Stellungnahme vom 23.06.2006 eine Bestellung des Amtes der Burgenländischen Landesregierung bei der Firma *** vom 29.05.2006 über das Webhosting zu einem Monatsentgelt von 10 Euro (ohne USt) sowie eine dazugehörige Auftragsbestätigung vor und führte ferner in einer von der Anwaltskanzlei der Auftraggeberin verfassten Stellungnahme im Wesentlichen aus, dass hinsichtlich des Webhostings auf Grund des geringen Auftragswertes die vergaberechtlichen Voraussetzungen für eine Direktvergabe vorgelegen seien. Ferner habe die Auftraggeberin das Recht, jedenfalls bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die Beschwerde gegen den UVS-Bescheid von einer Fortführung des Vergabeverfahrens abzusehen und sich für eine ?Inhaus?-Erbringung der Leistungen, nämlich im Wege der Anstellung eines Experten mittels eines freien Dienstvertrages zu entscheiden. Ein solcher freier Dienstvertrag sei ein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 2 Z. 12 BVergG 2006 und seien daher die vergabegesetzlichen Bestimmungen nicht anwendbar, weshalb die Anträge der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen seien.

Hierüber hat der Unabhängige Verwaltungssenat wie folgt festgestellt und erwogen:

1. Zunächst ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin der Aufforderung des Unabhängigen Verwaltungssenates zur Vorlage aller erforderlichen Unterlagen offensichtlich nicht vollständig nachgekommen ist, weil keine Akten im Zusammenhang mit der beabsichtigten Anstellung von Herrn *** vorgelegt wurden. Diese Verletzung der Auskunftspflicht nach § 18 Abs. 1 VNPG führt nach § 18 Abs. 2 VNPG dazu, dass auf Grund der Behauptungen des

nichtsäumigen Beteiligten, hier also der Antragstellerin zu entscheiden ist. Vor ihrem teleologischen Hintergrund ist diese ?Kannbestimmung? allerdings so zu verstehen, dass lediglich die Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin der Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates zu Grunde zu legen sind. Dies setzt freilich voraus, dass entsprechendes Tatsachenvorbringen erstattet wurde.

2. Zu Spruchpunkt 1.:

Da § 2 Abs. 1 VNPG sowohl die Nichtigerklärungsverfahren nach § 3 Abs. 1 VNPG und die Feststellungsverfahren nach § 4 Abs. 1 VNPG als Verfahren zur Nachprüfung von Entscheidungen gemäß § 1 VNPG bezeichnet, ist Prozessvoraussetzung für die Zulässigkeit von Nachprüfungs- und Feststellungsanträgen jeglicher Art das Vorliegen einer (gesondert anfechtbaren) Entscheidung des Auftraggebers. Dies ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass § 6 Abs. 1 Z. 1 VNPG und § 7 Abs. 1 Z. 1 VNPG unter Anderem verlangen, dass ein Antrag die angefochtene Entscheidung genau bezeichnen muss.

Eine nachprüfbare Entscheidung im Sinne des Vergaberechts liegt nach der Rechtsprechung des VfGH (VfSlg 16.462) nur dann vor, wenn eine sich auf das Vergabeverfahren beziehende und dem Auftraggeber zurechenbare Willenserklärung als selbständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung tritt und dementsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslöst. In die gleiche Richtung hat der EuGH im Urteil von 11.01.2005, Rechtssache C-26/03, Stadt ***, *** GmbH, gegen Arbeitsgemeinschaft ***, entschieden, wo der Gerichtshof ausgeführt hat, dass jede Maßnahme eines öffentlichen Auftraggebers, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag getroffen wird, die in den sachlichen Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien fällt und Rechtswirkungen entfalten kann (Hervorhebung durch das erkennende Mitglied), eine nachprüfbare Entscheidung darstellt.

Nach der einschlägigen Rechtsprechung ist also ein entsprechender Akt der Willensbildung des Auftraggebers Voraussetzung für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens. Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch an dieser Prozessvoraussetzung. Die von der Antragstellerin behauptete Entscheidung wurde von der Auftraggeberin (noch) nicht getroffen. Auf Grund des von der Antragstellerin selbst vorgelegten Beschlussantrages ist klar, dass der Willensbildungsprozess der Auftraggeberin keineswegs abgeschlossen ist. Vielmehr liegt eben erst ein Antrag eines Mitgliedes der Landeregierung auf Herbeiführung des Beschlusses des Kollegialorganes vor. Erst wenn dieser Beschluss des Kollegialorgans getroffen wird, würde ein Akt der Willensbildung vorliegen, der Rechtswirkungen entfalten könnte.

Bei der derzeitigen Sachlage hat ein Mitglied der Landesregierung sicherlich die Absicht in der von der Antragstellerin beschriebenen Weise vorzugehen. Allein diese Absicht hat noch nicht das Stadium der Entscheidung erreicht. Denn gerade durch den Antrag an die Landesregierung hat das einzelne Mitglied der Landesregierung klar zum Erkennen gegeben, dass es selbst diese Entscheidung nicht treffen will. Ferner bedarf es keiner weiteren Erörterung, dass ein einem Kollegialorgan wie der Landesregierung zurechenbarer Willensakt noch nicht vorliegt, wenn ein einzelnes Mitglied dieses Kollegialorgans lediglich einen Beschlussantrag gestellt hat.

Die in der Stellungnahme der Rechtsanwaltskanzlei im Nachprüfungsverfahren in Erscheinung tretende Rechtsmeinung, der Auftraggeber sei berechtigt, den freien Dienstvertrag abzuschließen, kann nicht als nachprüfbare Entscheidung eines solchen Inhaltes angesehen werden. Denn die Rechtsanwaltskanzlei ist lediglich ein Gehilfe des zuständigen Organes (entweder Landesregierung oder einzelnes Mitglied derselben). Die Ansichten eines solchen Gehilfens entfalten keinerlei Rechtswirkungen und sind daher nicht entscheidungserheblich.

In diesem Zusammenhang verbietet sich die leichtfertige, durch das tatsächliche Geschehen nicht gedeckte, Annahme

des Vorliegens einer nachprüfbaren Auftraggeberentscheidung umso mehr, als dem Rechtsträger Land nicht leichtfertig zugesonnen werden kann, eine Entscheidung wie die Beauftragung des Herrn *** im Zuge des Abschlusses eines freien Dienstvertrages zu treffen. Denn eine solche Entscheidung geriete in offenkundigem Widerspruch zu den vergaberechtlichen Vorgaben. Das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages im Sinne des Vergaberechts ist selbstverständlich auf Grund von Ziel und Zweck der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht davon abhängig, in welcher Weise ein Vertragsverhältnis bezeichnet wird.

Soll ein entgeltlicher Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen geschlossen werden, liegt ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 6 BVergG 2006 vor und kommen die vergabegesetzlichen Regelungen zur Anwendung, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Die von der rechtsfreundlichen Vertretung der Auftraggeberin in diesem Zusammenhang angesprochene Ausnahme für Arbeitsverhältnisse nach § 10 Z. 12 BVergG 2006 ist ? wie die Antragstellerin zutreffend erkennt ? in diesem Fall keinesfalls anwendbar. Denn nach der völlig einhelligen Rechtsprechung und Literatur ist diese Ausnahme nur auf die Erbringung von Arbeitsleistungen als Dienstnehmer in persönlicher Abhängigkeit zum Dienstgeber anwendbar. Dieses Kriterium der persönlichen Abhängigkeit liegt aber gerade bei einem freien Dienstvertrag, wie er von der Auftraggeberin - einen entsprechenden Beschluss der Landesregierung vorausgesetzt - offenkundig abgeschlossen werden würde, nicht vor (Mangels Vorlage entsprechender Unterlagen sind hinsichtlich des Vertragsinhalts wie erwähnt die Behauptungen der Antragstellerin zugrunde zu legen). Ein freier Dienstvertrag zeichnet sich ja gerade dadurch aus, dass der Dienstnehmer grundsätzlich Ort und Zeit der Leistungserbringung frei bestimmt und bei Erbringung der Dienstleistung auch nicht an die Weisungen von Vorgesetzten gebunden ist (Dies gilt unbeschadet allfälliger, einzelner, zur Erreichung des Leistungsziels notwendiger Vorgaben an Ort und Zeit der Leistungserbringung bzw. einzelner Anwesenheitspflichten des freien Dienstnehmers). Gerade diese Aspekte sind aber für die Annahme persönlicher Abhängigkeit entscheidend. Kann der Dienstnehmer also Zeit und Ort der Leistungserbringung grundsätzlich frei bestimmen und ist nicht in eine hierarchische Organisation des Dienstgebers in Unterordnung unter weisungsberechtigte Vorgesetzte eingebunden, liegt eben kein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 10 Z. 12 BVergG 2006 vor.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass ja auch die ?Anstellung? von Herrn *** nicht auf Grund der Zurverfügungstellung einer Planstelle erfolgen soll und die Bedeckung auch nicht im Rahmen des Personalaufwandes sondern budgetär im Rahmen des Sachaufwandes erfolgen soll.

Da noch kein abgeschlossener Willensbildungsprozess der Auftraggeberin vorliegt, können auf Grund der vorhandenen Gegebenheiten auch keine für die Antragstellerin nachteiligen Rechtswirkungen eintreten. Daher besteht auch kein Rechtsschutzbedürfnis. In diesem Zusammenhang muss daher auch nicht der Frage nachgegangen werden, ob nach Abschluss eines offenkundig gesetzwidrigen Vertrages überhaupt eine den vergaberechtlichen Rechtsschutz beschränkende, wirksame Zuschlagserteilung vorliegt.

Es liegt sohin kein tauglicher Anfechtungsgegenstand vor, weshalb die Anträge spruchgemäß zurückzuweisen waren.

3. Zu Spruchpunkt 2.:

Auf Grund der im Spruch zitierten Bestimmung des Bundesvergabegesetzes ist der Auftraggeber berechtigt eine Direktvergabe, also eine ohne weitere Förmlichkeit erfolgende Beauftragung eines ausgewählten Unternehmers durchzuführen, wenn der geschätzte Auftragswert 40.000 Euro (exkl USt) nicht erreicht.

Auf Grund der von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen, deren Inhalt von der Antragstellerin auch nicht in Frage gestellt wurde, ist von einem geschätzten Auftragswert von weniger als 150 Euro jährlich für den Auftrag zum Hosting der Website auszugehen. Dieser Auftrag konnte daher jedenfalls im Rahmen der Direktvergabe vergeben werden. Die

Wahl der Direktvergabe erfolgte daher zu Recht. Dies gilt unabhängig davon, an welches Unternehmen der Auftrag vergeben wurde. Indizien für fehlende Eignung der Auftragnehmers liegen nicht vor. Deshalb war der Antrag der Antragstellerin abzuweisen.

4. Zu Spruchpunkt 3.:

Die Abweisung der Anträge auf Kostenersatz hatte nach der zitierten Gesetzesbestimmung zu erfolgen, da die Antragstellerin nicht obsiegt hat.

Schlagworte

Willensbildung des Auftraggebers, Voraussetzung für Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, Beschluss Kollegialorgan, Dienstleistungsauftrag, persönliche Abhängigkeit zum Dienstgeber

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at