

TE Vwgh Erkenntnis 2013/10/16 2010/04/0092

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.10.2013

Index

E1E;

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

59/04 EU - EWR;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

11997E296 EG Art296 Abs1 litb;

11997E296 EG Art296;

12010E346 AEUV Art346;

BVergG 2006 §10 Z2;

BVergG 2006 §312;

BVergG 2006 §313 Abs2;

BVergG 2006 §320;

VwGG §42 Abs2 Z3 litb;

VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstädl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Mayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Zirm, über die Beschwerde der "Republik Österreich (Bundesminister für Landesverteidigung und Sport)", vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstraße 17- 19, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1. Juli 2010, Zl. F/0005-BVA/11/2010-31, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend; mitbeteiligte Partei: A-LTD. in Israel, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Schottenring 14), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird (im angefochtenen Umfang) hinsichtlich des Spruchpunktes 2. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und hinsichtlich des Spruchpunktes 3. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Zuspruch von Aufwandsersatz wird abgewiesen.

Begründung

I.

1. Die beschwerdeführende Partei ("Republik Österreich, Bundesminister für Landesverteidigung und Sport"; der Bund iSv § 3 Abs. 1 Z. 1 BVerG 2006) führte als Auftraggeberin beginnend im Jahr 2008 eine freihändige Vergabe im Wettbewerb gemäß ÖNORM A 2050 betreffend ein "Midlife-Update" für näher bezeichnete Transporthubschrauber durch. Gegenstand der Beschaffung war die Lieferung von Geräten und deren Integration und Installation durch den Auftragnehmer. Der Auftrag sollte nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Am Verfahren beteiligten sich zwei Unternehmen, darunter die mitbeteiligte Partei. Am 31. März 2010 erteilte die beschwerdeführende Partei dem weiteren teilnehmenden Unternehmen A.W. den Auftrag.

2. In der Folge beantragte die mitbeteiligte Partei (u.a.) die Feststellung, dass der Zuschlag rechtswidriger Weise nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde bzw. dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006) rechtswidrig war.

Die mitbeteiligte Partei gab an, sie sei am 1. April 2010 von der Auftraggeberin davon informiert worden, dass der Auftrag nicht an sie erteilt werde. Durch einen Zeitungsartikel vom 22. April 2010 habe sie sodann erfahren, dass der Zuschlag zu einer kolportierten Vergabesumme von EUR 63 Millionen an das Unternehmen A.W. erteilt worden sei. Ihr Angebot habe demgegenüber einen niedrigeren Preis aufgewiesen. Bei den zu liefernden Komponenten handle es sich nicht um Waren spezifisch militärischen Charakters, wesentliche Sicherheitsinteressen der Auftraggeberin seien nicht erkennbar. Somit sei der Ausnahmetatbestand des § 10 Z 2 BVerG 2006 nicht anwendbar. Es gebe daher keinen Grund für eine Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung.

Die Auftraggeberin führte im Feststellungsverfahren vor der belangten Behörde aus, sie habe bereits mit der Angebotseinholung festgelegt, dass es sich gegenständlich um ein Vergabeverfahren im Ausnahmebereich des BVerG 2006 handle. Diese Entscheidung sei nicht bekämpft worden und daher bestandsfest. Auf die vorliegende Lieferung von Waren finde Art. 296 EGV (nunmehr: Art. 346 AEUV) Anwendung, weshalb der Ausnahmetatbestand des § 10 Z 2 BVerG 2006 gegeben sei. Bei den zu liefernden bzw. einzubauenden Geräten handle es sich um militärische Geräte, die für die Wahrung der militärischen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich erforderlich seien. Die (gegenwärtige) Ausrüstung der Transporthubschrauber sei technologisch veraltet, ohne die angestrebte Modernisierung sei eine militärische Verwendung im Inland nur eingeschränkt möglich und im Ausland unmöglich. Die zu liefernden Waren seien auch in der vom Rat (gemäß Art. 296 Abs. 2 EGV) festgelegten Liste (der Militärgüter) vom 15. April 1958 enthalten. Aus der Sicht der Auftraggeberin würden durch die gegenständliche Beschaffung die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt. Schließlich wies die Auftraggeberin noch darauf hin, dass die mitbeteiligte Partei nach den Vergabeunterlagen nicht Billigstbieterin gewesen sei und ihr somit der Zuschlag auch bei Anwendung der Bestimmungen des BVerG 2006 nicht zu erteilen gewesen wäre.

3. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde - soweit im Folgenden relevant - fest, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVerG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVerG 2006 rechtswidrig war (Spruchpunkt 2). Weiters wurde dem Antrag auf Zuspruch des Ersatzes der entrichteten Pauschalgebühr stattgegeben (Spruchpunkt 3).

Nach Darstellung der wesentlichen Inhalte der im Feststellungsverfahren erstatteten Schriftsätze wies die belangte Behörde zunächst darauf hin, dass die Auftraggeberin am 23. Juni 2010 und am 28. Juni 2010 (nachträglich) jeweils weitere Unterlagen des Vergabeverfahrens vorgelegt habe, nachdem die ursprüngliche Aktenvorlage unvollständig geblieben sei. In der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 2010 habe die Auftraggeberin über nochmalige Befragung angegeben, dass die vorgelegten Vergabeunterlagen nunmehr vollständig seien.

In ihrer rechtlichen Begründung führte die belangte Behörde - soweit hier von Relevanz - Folgendes aus: Maßgeblich sei, ob es sich bei der gegenständlichen Beschaffung um eine Beschaffung von militärischen Gütern handle, die dem Ausnahmetatbestand des § 10 Z 2 BVerG 2006 unterliege. Diese Prüfung könne aber auf Grund der vorliegenden Unterlagen, bei denen es sich entgegen den Angaben der Auftraggeberin nicht um den vollständigen Vergabeakt handle, nicht vorgenommen werden.

Die belangte Behörde wies darauf hin, dass in der Angebotseinholung (Teil A "Bestimmungen für die Erstellung des Angebotes") unter Punkt 23 "Gegengeschäfte" Folgendes ausgeführt werde:

"23.1 Die österreichische Bundesregierung ist am Abschluss von Gegengeschäften im Zuge dieses Beschaffungsvorhabens interessiert. Bei Vorliegen gleichpreisiger Angebote werden angebotene Gegengeschäfte in die Entscheidungsfindung mit einbezogen. Allenfalls anfallende Gegengeschäftskosten sind gesondert auszuweisen."

Weiters sei dem Vergabeakt zu entnehmen, dass die Auftraggeberin vom Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend mit Schreiben vom 15. März 2010 darüber informiert worden sei, dass die "Verhandlungen mit dem Konsortialpartner der Zuschlagsempfängerin und Unterzeichner des Gegengeschäftsvertrages seit 11.03.2010 abgeschlossen" seien. Obwohl diese den Gegengeschäftsvertrag betreffenden Aktenteile entsprechend den Festlegungen der Angebotseinholung einen integrierenden Bestandteil des mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossenen Vertrages bilden würden, seien diese - trotz zweimaliger Aufforderung, den gesamten Vergabeakt vorzulegen - nicht vorgelegt worden. Die Auftraggeberin habe diesbezüglich lediglich darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der Gegengeschäfte das "Wirtschaftsministerium zuständig" sei.

Art. 296 EGV (auf dessen Anwendung die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 2 BVergG 2006 abstellt) sehe in seinem Abs. 1 lit. b vor, dass ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen. Diese Maßnahmen dürfen auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

Diese Ausnahme sei - so die belangte Behörde weiter - nach der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) restriktiv auszulegen. Die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände tatsächlich vorliegen, obliege demjenigen, der sich darauf berufe, somit vorliegend der Auftraggeberin. Wenn die Wettbewerbsbedingungen (hinsichtlich nicht eigens für militärische Zwecke bestimmter Waren) vorliegend beeinträchtigt wären, würde dies bedeuten, dass der Beschaffungsvorgang auf der Grundlage der Bestimmungen des BVergG 2006 durchzuführen gewesen wäre. Für die belangte Behörde sei aber mangels Vorlage der einschlägigen Unterlagen durch die Auftraggeberin nicht nachvollziehbar, ob die mit dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang verbundenen Gegengeschäfte die zweite Tatbestandsvoraussetzung des Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV erfüllen würden. Eine dahingehende Prüfung wäre der belangten Behörde nur möglich, wenn sämtliche den gegenständlichen Beschaffungsvorgang betreffenden Akten vorgelegt worden wären. Dazu seien auch die die Gegengeschäfte betreffenden Unterlagen zu zählen, zumal die Gegengeschäfte einen integrierenden Bestandteil der gegenständlichen Vergabe bilden würden und somit untrennbar mit der streitgegenständlichen Auftragsvergabe verbunden seien.

Gemäß § 313 Abs. 2 BVergG 2006 könne die belangte Behörde auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten (vorliegend somit der mitbeteiligten Partei) entscheiden, wenn die Auftraggeberin Unterlagen nicht vorgelegt habe und sie zuvor auf die Säumnisfolge ausdrücklich hingewiesen worden sei. Die Auftraggeberin sei zweimal zur vollständigen Aktenvorlage aufgefordert worden, sie sei ihrer Verpflichtung aber nicht nachgekommen. Da eine Prüfung des Vorliegens der zweiten Tatbestandsvoraussetzung des Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV und somit der Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands des § 10 Z 2 BVergG 2006 mangels Vorlage der einschlägigen Unterlagen nicht möglich gewesen sei, sei gemäß § 313 Abs. 2 BVergG 2006 "im Sinne der Ausführungen der (mitbeteiligten Partei) zu entscheiden" gewesen.

4. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die dargestellten Spruchpunkte 2. und 3. dieses Bescheides. Die beschwerdeführende Partei wiederholt ihre Auffassung, dass der gegenständliche Beschaffungsvorgang dem Ausnahmetatbestand des § 10 Z 2 BVergG 2006 unterliege. Bei den ausgeschriebenen Waren handle es sich um militärische Güter im Sinn der "Ratsliste" (der Militärgüter), welche die Sicherheitsinteressen der Republik Österreich berühren würden. Da die Gegengeschäfte der Angebotsbewertung - die Vergabe erfolgte nach dem Billigstbieterprinzip - nicht zugrunde gelegt worden seien, seien sie für die Beurteilung des Vorliegens des genannten Ausnahmetatbestands irrelevant. Die von der belangten Behörde angenommene "Gegengeschäftsproblematik" sei im Feststellungsverfahren auch nicht erörtert worden. Letztlich habe die belangte Behörde auch § 313 Abs. 2 BVergG 2006 unrichtig angewendet, weil die mitbeteiligte Partei (als Antragstellerin im Feststellungsverfahren) die Gegengeschäfte in keiner Weise thematisiert habe, weshalb ein dahingehendes Vorbringen, auf das sich die belangte Behörde stützen wolle, nicht existiere.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der im vorliegenden Fall anzuwendende § 10 BVerfG 2006, BGBl. I Nr. 17, in der für die Fortführung des Vergabeverfahrens (auf Grund der Übergangsvorschrift des § 345 Abs. 14 Z 2 BVerfG 2006 idF BGBl. I Nr. 15/2010; weiterhin) maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 86/2007 lautet auszugsweise:

"Vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommene Vergabeverfahren

§ 10. Dieses Bundesgesetz gilt nicht

1.

...

2.

für Lieferungen von Waren, für die Erbringung von Dienstleistungen und für die Erbringung von Bauleistungen im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung, auf die Art. 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) Anwendung findet,

..."

§ 313 BVerfG 2006 (in der für die Durchführung des Verfahrens vor der belangten Behörde - anders als für die Fortführung des Vergabeverfahrens - bereits maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 15/2010) lautet auszugsweise:

"Auskunftspflicht

§ 313. (1) ...

(2) Hat ein Auftraggeber, eine vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Bundesvergabeamt, wenn der Auftraggeber oder der Unternehmer auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen wurde, auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden."

Art. 296 des Vertrages der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens maßgeblichen Fassung lautet auszugsweise (durch den am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Art. 346 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union - AEUV sind lediglich terminologische Anpassungen erfolgt):

"Artikel 296

(1) Die Vorschriften dieses Vertrags stehen folgenden Bestimmungen nicht entgegen:

...

b) jeder Mitgliedstaat kann die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Maßnahmen dürfen auf dem Gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.

(2) Der Rat kann die von ihm am 15. April 1958 festgelegte Liste der Waren, auf die Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, einstimmig auf Vorschlag der Kommission ändern."

2. Die beschwerdeführende Partei hat im Feststellungsverfahren vor der belangten Behörde vorgebracht, sie habe bereits mit der Angebotseinholung festgelegt, dass das BVerfG 2006 auf das vorliegende Vergabeverfahren nicht anwendbar sei. Mangels Anfechtung sei somit Präklusion eingetreten und die Entscheidung über die Art des Vergabeverfahrens bestandsfest geworden. Die belangte Behörde vertritt wiederum die Auffassung, die von der beschwerdeführenden Partei geltend gemachte Präklusion könne schon deshalb nicht eintreten, weil kein Vergabeverfahren gemäß den Bestimmungen des BVerfG 2006 durchgeführt worden sei. Zu diesen Ausführungen ist

festzuhalten, dass sich die Anwendbarkeit des BVergG 2006 sowie die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch die Auftraggeberin entziehen und eine solche Festlegung daher auch nicht bestandsfest werden kann (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 8. November 2012, Zl. 2010/04/0128).

3. Soweit in der Beschwerde ins Treffen geführt wird, die mitbeteiligte Partei hätte "gegen die am 1. April 2010 erteilte Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sowie gegen das am 22. April 2010 erstattete Antwortschreiben" ein Nachprüfungsverfahren einleiten können und daher wäre der Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 2006 zurückzuweisen gewesen, ist dem entgegenzuhalten, dass eine mit Nachprüfungsantrag anfechtbare Zuschlagsentscheidung iSd BVergG 2006 schon angesichts der bereits zuvor (nämlich am 31. März 2010) erfolgten Auftragserteilung nicht vorliegt.

4. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde ist allerdings - wie auch die beschwerdeführende Partei anmerkt - eine Berufung auf § 313 Abs. 2 BVergG 2006 fallbezogen nicht möglich. Diese Regelung sieht vor, dass die belangte Behörde auf Grund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden kann, wenn (zB) ein Auftraggeber Unterlagen nicht vorgelegt hat. Eine derartige Entscheidung setzt somit ein Vorbringen der nicht säumigen Partei voraus, auf dessen Grundlage entschieden wird (siehe auch Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 313 Rz 11). Weder dem angefochtenen Bescheid noch den vorgelegten Akten des Feststellungsverfahrens vor der belangten Behörde lässt sich aber entnehmen, dass die mitbeteiligte Partei als Antragstellerin in diesem Verfahren zum hier entscheidungswesentlichen Punkt der Gegengeschäfte und der damit allenfalls einhergehenden Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen iSd Art. 296 Abs. 1 lit. b letzter Halbsatz EGV Vorbringen erstattet hat. Insofern konnte die belangte Behörde diesbezüglich auch nicht "auf Grund der Behauptungen" der mitbeteiligten Partei entscheiden.

5. Daraus resultiert für sich genommen aber noch keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, weil die belangte Behörde zutreffend darauf verwiesen hat, dass die Beweislast für das Vorliegen einer Ausnahme (von der Anwendung des Gemeinschaftsrechts) denjenigen trifft, der sich darauf beruft, im vorliegenden Fall somit die Auftraggeberin (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, Zl. 2003/04/0126, mwH auch auf die Rechtsprechung des EuGH; siehe weiters Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 10 Rz 14). Für die von der beschwerdeführenden Partei geltend gemachte Ausnahmebestimmung des § 10 Z 2 BVergG 2006 bedeutet dies, dass die Anwendung des darin verwiesenen Art. 296 EGV - fallbezogen seines Abs. 1 lit. b -

dargelegt werden muss. Gelingt dies nicht, ist mangels Vorliegens des Ausnahmetatbestands von der Anwendbarkeit des BVergG 2006 auszugehen. Wird umgekehrt das Vorliegen des Ausnahmetatbestands nach § 10 Z 2 BVergG 2006 nachgewiesen, dann wäre die belangte Behörde - mangels eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages - unzuständig (vgl. auch dazu das zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2003/04/0126).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass sich die Auftraggeberin auf Grund der sie treffenden Beweislast nicht auf den Standpunkt zurückziehen kann, die belangte Behörde wäre im Rahmen der amtswegigen Erforschung des Sachverhaltes verpflichtet gewesen, die "Gegengeschäftsunterlagen" beim Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend anzufordern.

6. Im vorliegenden Fall hat die beschwerdeführende Partei im Feststellungsverfahren vorgebracht, dass die zu liefernden Waren in der Liste des Rates (gemäß Art. 296 Abs. 2 EGV) vom 15. April 1958 enthalten sind und daher in den Anwendungsbereich des Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV fallen. Weiters hat sie dargelegt, warum - ihrer Auffassung nach - die genannten Waren zur Wahrung der militärischen Sicherheitsinteressen der Republik Österreich erforderlich sind und ein Absehen von der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 gestützt auf die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 2 BVergG 2006 zur Wahrung der genannten Sicherheitsinteressen zulässig war (vgl. zu dieser Voraussetzung des Art. 296 EGV das bereits zitierte hg. Erkenntnis Zl. 2003/04/0126, mwH auf die Rechtsprechung des EuGH; siehe jüngst auch das Urteil des EuGH vom 7. Juni 2012 in der Rs C- 615/10, RNr. 38 ff).

Die belangte Behörde ist auf dieses Vorbringen der Auftraggeberin nicht konkret eingegangen. Der angefochtene Bescheid enthält auch keine abschließenden Ausführungen dazu, ob die Einschätzung der Auftraggeberin zum Bestehen wesentlicher Sicherheitsinteressen als plausibel bzw. nachvollziehbar angesehen wurde.

7. Die belangte Behörde hat ihre Entscheidung vielmehr damit begründet, dass mangels Übermittlung entsprechender Unterlagen das Vorliegen der "zweiten Tatbestandsvoraussetzung" des Art. 296 Abs. 1 lit. b EGV, derzufolge die von der Auftraggeberin ergriffenen Maßnahmen die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt hinsichtlich der

nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen dürfen, nicht geprüft werden kann. In diesem Zusammenhang ging die belangte Behörde davon aus, dass die Gegengeschäfte - "wie sich der Angebotseinholung eindeutig entnehmen" lasse - einen "integrierenden Bestandteil der gegenständlichen Vergabe bilden" und somit "untrennbar mit der streitgegenständlichen Auftragsvergabe verbunden sind".

Die beschwerdeführende Partei hat zu diesem Aspekt im Feststellungsverfahren vor der belangten Behörde - wenn auch ohne nähere Substantiierung - vorgebracht, dass die gegenständliche Beschaffung im Ausnahmebereich des BVergG 2006 die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigt. In der Beschwerde rügt sie nunmehr, dass die "Gegengeschäftsproblematik" zu keinem Zeitpunkt Gegenstand des Feststellungsverfahrens gewesen sei. Inhaltlich vertritt sie dazu die Auffassung, dass die Gegengeschäfte in die Angebotsbewertung nicht eingeflossen und daher für die Frage des Vorliegens des Ausnahmetatbestands des § 10 Z 2 BVergG 2006 irrelevant seien. Eine Einbeziehung angebotener Gegengeschäfte in die Angebotsbewertung sei laut der Angebotseinholung nur für den Fall "gleichpreisiger Angebote" vorgesehen gewesen (im vorliegenden Fall sei der Zuschlag aber dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden).

Mit diesem Vorbringen zeigt die beschwerdeführende Partei im Ergebnis einen relevanten Verfahrensmangel auf:

Gemäß Art. 296 Abs. 1 lit. b erster Halbsatz EGV kann jeder Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie (zB) den Handel mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial betreffen. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin gestützt auf diese Ausnahme von der Anwendung der Vergabevorschriften Abstand genommen und ein Vergabeverfahren ohne Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 durchgeführt. Nach dem zweiten Halbsatz der genannten Bestimmung darf diese Maßnahme die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung auf Grund von Gegengeschäften wird aber nur dann durch "diese Maßnahme" bewirkt, wenn die Gegengeschäfte als Bestandteil der ergriffenen Maßnahme (nämlich der Durchführung eines Vergabeverfahrens außerhalb des BVergG 2006) anzusehen sind.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst anzumerken, dass die belangte Behörde nicht hinreichend begründet hat, weshalb die Gegengeschäfte einen "integrierenden Bestandteil" der gegenständlichen Vergabe bilden und mit dieser "untrennbar" verbunden sind und warum daher eine allfällige Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Gegengeschäfte dazu führt, dass sich die Auftraggeberin für den gegenständlichen Beschaffungsvorgang nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 2 BVergG 2006 berufen kann. Zwar lässt sich dem wiedergegebenen Punkt 23 des Teils A "Bestimmungen für die Erstellung des Angebotes" der Angebotseinholung ein Zusammenhang für den Fall "gleichpreisiger Angebote" entnehmen. Dass dieser Fall hier eingetreten ist, ergibt sich aber weder aus den übermittelten Vergabeakten noch wurde dies von der belangten Behörde angenommen. Eine Verpflichtung für die teilnehmenden Unternehmen, Gegengeschäfte anzubieten, ist aus der Angebotseinholung nicht ersichtlich.

Vor allem aber rügt die beschwerdeführende Partei zu Recht, dass ihr die behördliche Annahme des Bestehens eines untrennbaren Zusammenhangs zwischen den Gegengeschäften und dem Beschaffungsvorhaben nicht vorgehalten worden sei. Zwar handelt es sich - worauf auch die belangte Behörde hinweist - bei der letztlich zu klärenden Frage des Vorliegens des Ausnahmetatbestands gemäß § 10 Z 2 BVergG 2006 um eine Rechtsfrage. Jedoch wurde dieser Rechtsfrage fallbezogen die Feststellung zugrunde gelegt, dass mit dem Beschaffungsvorhaben untrennbar Gegengeschäfte verbunden sind (und somit eine allfällige Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Gegengeschäfte dem außerhalb des BVergG 2006 durchgeführten Beschaffungsvorhaben zuzurechnen ist). Dazu wäre der beschwerdeführenden Partei aber Parteienghör einzuräumen gewesen. Vor diesem Hintergrund steht dem diesbezüglichen Beschwerdevorbringen auch das im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltende Neuerungsverbot nicht entgegen. Im Hinblick auf das dargestellte Beschwerdevorbringen kann dem Verfahrensmangel auch die Relevanz nicht abgesprochen werden.

8. Somit war der angefochtene Bescheid hinsichtlich des Spruchpunktes 2. gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

9. Damit fehlt aber die Entscheidungsgrundlage für den Spruchpunkt 3. (der Ersatz der Pauschalgebühren hängt gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vom teilweisen Obsiegen des Antragstellers ab), sodass der Spruchpunkt 3. des angefochtenen Bescheides gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben war.

10. Der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Zuspruch von Aufwandsersatz gegenüber dem Bund (als

Rechtsträger der belangten Behörde) war abzuweisen, weil ein Kostenersatz im Fall der Identität des Rechtsträgers, dem der Kostenersatz aufzuerlegen wäre, mit jenem Rechtsträger, dem er zuzusprechen wäre, nicht in Betracht kommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2010, Zl. 2008/04/0132, mwN).

Wien, am 16. Oktober 2013

Schlagworte

Begründung Begründungsmangel

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2010040092.X00

Im RIS seit

15.11.2013

Zuletzt aktualisiert am

14.01.2014

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at