jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2018/12/11 W123 2208873-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.12.2018

Entscheidungsdatum

11.12.2018

Norm

ABGB §914
BVergG 2006 §106 Abs6
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §141 Abs2
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §69
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §342
BVergG 2018 §344
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W123 2208873-2/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedlich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Rosemarie SCHÖN als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX .m.b.H., XXXX , vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "PVA - psychiatrische stationäre Rehabilitation in den Versorgungszonen Nord, Ost und West" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch Heid & Partner, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 05.11.2018 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung des Auftraggebers vom 25.10.2018, das Angebot der Antragstellerin im Los 1 auszuscheiden, für nichtig erklären", wird gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2006 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 05.11.2018 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte zusammenfassend im Wesentlichen vor:

Gemäß Punkt 2.3.2 der Teilnahmeunterlagen habe jeder Bieter bei sämtlichen Einrichtungen mit dem Angebot 1. Fassung einen Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage (Standort der Einrichtung) iSd § 3 Abs. 2 lit b KaKuG vorzulegen. Genau dies habe die Antragstellerin gemacht. Sie habe mit der XXXX bereits zu Beginn des gegenständlichen Vergabeverfahrens eine exklusive Verkaufszusage für eine geeignete Liegenschaft abgeschlossen, die auf Grund der Verzögerungen des Vergabeverfahrens regelmäßig verlängert worden sei. Der Auftraggeberin halte der Antragstellerin vor, dass diese Verkaufszusage nur für den Fall der Zuschlagserteilung gelte und daher kein entsprechender Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstiges Recht zur Benützung darstelle. Dem sei zu entgegnen, dass die Antragstellerin auch kein Interesse am Erwerb der Liegenschaft hätte, wenn der Zuschlag nicht zu Gunsten ihres Angebots erteilte werde. Da die Verkaufszusage genau den für die Auftraggeberin relevanten Fall abdecke, gehe dieser Vorhalt ins Leere. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin auch nicht festgelegt, dass der Eigentumsübergang bereits zum Zeitpunkt der Legung des indikativen Angebots vollzogen sein müsse. Abgesehen davon wäre es seitens der Auftraggeberin auch nicht sachgerecht, zu fordern, dass alle Bieter zum Zwecke der Angebotslegung die erforderlichen Liegenschaften ankaufen müssten, was die Entrichtung der damit verbundenen Steuern, Gebühren und Abgaben erfordern würde.

In der Ausscheidensentscheidung halte die Auftraggeberin der Antragstellerin auch vor, dass das Vorhaben auf Grund der mangelnden Zustimmung der Gemeinde im Zusammenhang mit der Umwidmung scheitern könne. Die Auftraggeberin hätte in der Ausschreibung durchaus festlegen können, dass die für die Krankenanstalten erforderliche Sonderwidmung bereits zum Zeitpunkt der Legung der indikativen Angebote vorliegen müsse. Das habe sie jedoch nicht getan. Dass Vorhaben an behördlichen Entscheidungen scheitern können, liege außerdem in der Natur der Sache. Ein solcher Fall könnte aber auch nach erfolgreicher Umwidmung eintreten, beispielsweise dann, wenn eine Baubewilligung nicht erteilt werde. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin laufend über den Stand und die positiven Entwicklungen des Umwidmungsverfahrens informiert und auch dargelegt, dass alle gutachterlichen Stellungnahmen positiv ausgefallen seien und sich das Verfahren in der Endphase befinde bzw. bis Ende 2018 abgeschlossen werde.

Darüber hinaus weiche die Auftraggeberin durch ihre Ausscheidensentscheidung - ohne entsprechende Festlegung - auch von der behördlichen Übung hinsichtlich der Umsetzung derartiger Projekte ab. Bei derartigen Krankenanstaltenprojekten sei es seit Jahren gängige Praxis, dass noch keine Liegenschaft, auf der das Vorhaben umgesetzt werden soll, erworben werde. Wolle die Auftraggeberin von einer derartigen behördlichen Praxis abgehen, möge ihr das grundsätzlich freistehen. Sie sei dann aber verpflichtet, entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu treffen; dies habe sie aber gerade unterlassen.

2. Am 15.11.2018 übermittelte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und brachte im Wesentlichen vor:

Allfällige Einwände der Antragstellerin gegen (aus deren Sicht "zu strenge" oder "dem Maßstab einer Bedarfsprüfung widersprechende") Festlegungen der Ausschreibung gingen ins Leere, weil die gegenständliche Ausschreibungsunterlage mangels rechtzeitiger Anfechtung unanfechtbar bzw. bestandfest geworden sei. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin keine einzige Frage hinsichtlich des Punktes 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen gestellt habe. Das Unterlassen der Hinweispflicht stelle darüber hinaus einen klaren Verstoß gegen § 106 Abs. 6 BVergG dar.

Das Angebot der Antragstellerin (samt Aufklärungsversuch) erfülle nicht die bestandfesten Mindesterfordernisse der Ausschreibungsunterlagen. Punkt 2.3.2 stelle ausdrücklich auf die Bestimmung des § 3 Abs. 2 lit b KAKuK ab. Dieses "Eigentumsrecht" bzw. "sonstige Recht zur Benützung" müsse dabei derart ausgestaltet sein, dass der Bewilligungswerber in der Lage sei, "die Anstalt als Betriebsanlage ab geplantem Betriebsbeginn tatsächlich zu nutzen". Dadurch solle gewährleistet werden, dass eine Bewilligung nur dann erteilt werde, "wenn sichergestellt erscheint, dass das Vorhaben nicht schon allein wegen der fehlenden Zustimmung des Eigentümers oder sonstigem Recht der Inhaber zum Scheitern verurteilt ist". Dies schließe z.B. auch nicht die Errichtung einer Anstalt in gemieteten Räumlichkeiten aus. Es könne auch eine verbindliche, bedingungsfreie Zusage, das Grundstück zum geplanten Betriebsbeginn der Antragstellerin zu verkaufen, als Nachweis eines sonstigen Rechts zur Nutzung bereits ausreichend seien. Das Vorliegen von bereits übertragenem Eigentum sei nicht zwingend erforderlich und sei auch von der Auftraggeberin nicht verlangt worden.

Mit Angebot vom 26.09.2018 habe die Antragstellerin eine Bestätigung der XXXX Gesellschaft m.b.H. vom 05.07.2018 über die mit 31.12.2018 befristete - somit nicht bis zum Zeitpunkt einer allfälligen Zuschlagserteilung gültige - Verkaufszusage über den "benötigten Grund" vorgelegt. Weiters sei ausdrücklich auf das noch offene Umwidmungsverfahren, die offene Bebauungsplanänderung und die fehlende Zustimmung der Gemeinde hingewiesen worden. Durch diese befristete und noch vom Ausgang behördlicher Verfahren abhängige Erklärung sei offenkundig nicht sichergestellt, dass die Antragstellerin die Anstalt als Betriebsanlage ab geplantem Betriebsbeginn tatsächlich nutzen könne.

Die Antragstellerin sei daher mit Nachforderungsschreiben vom 17.10.2018 zur Verbesserung aufgefordert worden. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin allerdings nicht bzw. nicht vollständig nachgekommen, da von der Antragstellerin neuerlich ein Schreiben der XXXX Gesellschaft m.b.H. vom 18.10.2018 vorgelegt worden sei, in welchem zwar die nunmehr verlängerte Befristung auf den 30.06.2019 "bestätigt" worden sei, allerdings nicht ersichtlich sei, ob die tatsächliche vertragliche Einigung über die verlängerte Bindungsfrist noch vor dem - für das Vorliegen der Eignung relevanten - Zeitpunkt der Angebotsöffnung stattgefunden habe (Stichtag: 01.10.2018, 12:00 Uhr). Anders ausgedrückt: Die Antragstellerin hätte entweder eine bereits bestehende schriftliche Zusage über die Verlängerung der Bindungsfrist vorlegen müssen (mit Datum vor dem 01.10.2018) oder sich in der vorgelegten Bestätigung vom 18.10.2018 ausdrücklich auf eine bereits vor dem Stichtag 01.10.2018 stattgefundene (allenfalls auch mündliche) Einigung beziehen müssen. Dies sei nicht erfolgt. Zusätzlich seien mit 22.10.2018 die Änderung des Flächenwidmungsplans einschließlich des Entwurfs des Bebauungsplanes beim Gemeindeamt zur Einsicht aufgelegt worden. Ab diesem Zeitpunkt laufe somit eine vierwöchige Frist, in der berechtigte Dritte (z.B. Nachbarn) Einwendungen erheben könnten bzw. Einwendungen sonstiger Rechteinhaber zum "Scheitern" des Projekts führen könnten.

Die Auftraggeberin sei daher verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin vom Verfahren auszuscheiden.

3. Am 27.11.2018 übermittelte die Antragstellerin eine Replik zur Stellungnahme der Auftraggeberin und brachte im Wesentlichen vor:

Zutreffend sei, dass die Antragstellerin keine Bieterfrage zu Punkt

2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen gestellt habe. Eine solche sei aber auf Grund der Klarheit des Wortlautes nicht notwendig gewesen, da diese Bestimmung weder verlangt habe, dass das Eigentum schon übertragen sein müsse, noch, dass eine bestimmte Widmung vorliegen müsse. Die Antragstellerin verfüge über eine exklusive Verkaufszusage für die in Aussicht genommene Liegenschaft und selbst das Widmungsverfahren befinde sich schon in der letzten Phase und könne die Antragstellerin auf Grund der positiven Projektbewertungen durch die zuständigen Behörden davon ausgehen, dass dieses zeitnahe und positiv abgeschlossen werde.

Die Auftraggeberin vermeine in Punkt 2.6.10 ihrer Stellungnahme, dass keine Auskunft über den Zeitpunkt der Eignung wegen des offenen Widmungsverfahrens gegeben sei und daher die Mindestanforderung des Punktes 2.3.2 nicht erfüllt seien. Dies sei aus mehreren Gründen unzutreffend. Einerseits sei die Widmung weder als Kriterium der Ausschreibungsunterlagen genannt, noch in § 3 Abs. 2 lit b KAKuG gefordert. Andererseits sei Punkt 2.3.2 vor dem Hintergrund des laufenden Vergabeverfahrens zu sehen. Die Auftraggeberin habe ausdrücklich die Errichtung von Neubauten zugelassen. Diese Zulassung wäre inhaltsleer, wäre diese Festlegung nun doch so zu verstehen, dass schon

zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe 1. Fassung alle behördlichen Genehmigungen vorliegen müssten. Dieses Verständnis der Auftraggeberin würde daher ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen einen diskriminierenden Inhalt unterstellen.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin selbst nicht einmal im Rahmen der Aufklärung auf die Notwendigkeit des Vorliegens der Widmung hingewiesen, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass die Krankenanstalt ab geplantem Betriebsbeginn zu nutzen sei. Erstmals in der Ausscheidensentscheidung sei die Widmung als Voraussetzung herangezogen und dadurch eine neue und nicht vom Wortlaut des § 3 Abs. 2 lit b KAKuG noch eine von Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen gedeckte Interpretation dieser Bestimmung zu Grunde gelegt. Ein Ausscheiden wegen einer derzeit noch nicht vorliegenden rechtskräftigen Widmung sei daher rechtswidrig.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat die gegenständigen Leistungen im Wege eines zweistufigen Zertifizierungsverfahrens EU-weit ausgeschrieben. Die Versendung der österreichweiten und EU-weiten Bekanntmachung des Verfahrens erfolgte für alle Lose am 27.11.2017. Das zweistufige Zertifizierungsverfahren befindet sich jeweils in der zweiten Stufe. Die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung wurden während offener Angebotsfrist angefochten und nach Durchführung eines Vergabekontrollverfahrens für nichtig erklärt. In der Folge wurden am 31.08.2018 die die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zugelassenen Bietern die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (NEU) übermittelt. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 01.10.2018, 12:00 Uhr (Einlangen) festgesetzt. Die Angebotsöffnung erfolgte nicht öffentlich durch eine Kommission am 01.10.2018.

2. Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (NEU) lautet auszugsweise:

Weiters ist bei sämtlichen Einrichtungen mit dem Angebot 1. Fassung ein Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benutzung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage (Standort der Einrichtung) im Sinne des § 3 Abs. 2 lit b des Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBl. Nr 1/1957 idgF vorzulegen. Gelingt der Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung nicht, wird das Angebot des Bieters ausgeschieden ("MUSS-Kriterium").

3. Am 05.07.2017 richtete die XXXX Gesellschaft m.b.H. an die Antragstellerin unter dem Betreff "Fortführung unserer Vereinbarung vom 16. Dezember 2016" ein Schreiben. Dieses lautet auszugsweise:

Ich bin ermächtigt, der XXXX -Gesellschaft mbH die Exklusivität in der Projektentwicklung der Assoziierung einer Sonderkrankenanstalt an das Unternehmen der XXXX bis 31. Dezember 2017 weiterhin zu bestätigen.

[...]

Ich denke, dass im kommenden halben Jahr die Umwidmung des Grundstückes seitens der Stadtgemeinde XXXX erfolgen wird und dass wir in der Entwicklung unseres gemeinsamen Projektes in Hinblick auf die Erwirkung der sanitätsbehördlichen Errichtungsbewilligung für eine Sonderkrankenanstalt zügig voranschreiten können.

4. Dem Angebot der Antragstellerin lag ein Schreiben der XXXX Gesellschaft m.b.H. vom 05.07.2018 (adressiert an die Antragstellerin) bei. Dieses lautet auszugsweise:

Gerne bestätigen wir Ihnen unsere mit 31.12.2018 befristete Zusage, der XXXX .m.b.H., XXXX , im Falle der Zuschlagserteilung durch die Pensions-versicherungsanstalt, für die geplante Rehabilitationsklinik "Psychiatrie" unmittelbar neben der XXXX den benötigten Grund zu verkaufen. [...]

Wir weisen darauf hin, dass die Umwidmung in eine Sonderfläche für Kuranstalt, Klinik Aufschließungsgebiet in der Endphase ist und die Bebauungsplanänderung durch das Land bereits stattgegeben wurde, es aber noch zum Verfahrensabschluss der Zustimmung der Gemeinde (Gemeinderatssitzung im September 2018) bedarf. Aufgrund der geführten Vorgespräche und der Kenntnis vergangener Verfahren, ist dies aus unserer Sicht ein reiner Formalakt.

5. Mit E-Mail vom 17.10.2018 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Nachreichung verschiedener Unterlagen ("Eignungsnachweise") bis spätestens 22.10.2018 auf. Das Schreiben lautet auszugsweise:

1. Gemäß Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen wurde festgelegt, dass jeder Bieter "bei sämtlichen Einrichtungen mit dem Angebot 1. Fassung einen Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung der für die

Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage (Standort der Einrichtung) im Sinne des § 3 Abs 2 lit b des Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBl Nr 1/1997 idgF vorzulegen" hat. Mit Ihrem Angebot vom 26.09.2018 haben Sie jedoch nur eine bis 31.12.2018 befristete und für den Fall der Zuschlagserteilung bedingte "Standortzusage" der XXXX vorgelegt und darauf hingewiesen, dass die Umwidmung des Grundstückes noch nicht abgeschlossen ist und es noch einer Zustimmung der Gemeinde bedarf.

Wir ersuchen daher im Hinblick auf den Umstand, dass die erwartete Zuschlagserteilung frühestens März/April 2019 erfolgen wird und der Bewilligungswerber in der Lage sein muss die Krankenanstalt als Betriebsanlage ab geplantem Betriebsbeginn tatsächlich zu nutzen und die für die zu genehmigende Krankenanstalt notwendigen Einrichtungen dem Bewilligungswerber dabei dauernd zur Verfügung stehen müssen, um Aufklärung bzw. Verbesserung, wobei darauf hingewiesen wird, dass der vorstehenden Bestimmung der Ausschreibungsunterlage auch in zeitlicher Hinsicht entsprochen werden muss.

6. Mit Schreiben vom 22.10.2018 an die Auftraggeberin nahm die Antragstellerin hinsichtlich der Frage nach dem Umsetzungsplan wie folgt Stellung:

Da wir das Projekt " XXXX " schon seit 2016 betreiben und die ersten Aktivitäten hinsichtlich der Umwidmung des Grundstücks 2016 bzw. der Sanitätsrechtlichen Errichtungsbewilligung bereits 2017 erfolgt sind, sind hierzu schon umfangreiche Vorarbeiten geleistet worden. Die durch die Ausschreibung notwendig gewordenen Anpassungen des Bettenumfanges auf 134 wurden entsprechend organisatorisch und planlich mitberücksichtigt. Ebenso ist das notwendige Umwidmungsverfahren zur Errichtung einer Krankenanstalt auf der benannten Liegenschaft in der Endphase, bisher sind alle gutachterlichen Stellungnahmen positiv verlaufen, soweit uns informell bekannt ist auch der Kundmachungsbeschluss in der Gemeinderatssitzung von letztem Freitag. Gestützt auf diverse Vorgespräche, die Stellungnahme in der Standortzusage der XXXX Gesellschaft m.b.H. und dem bisherigen Verfahrensverlauf rechnen wir mit einer ebenso positiven Erledigung bis Jahresende.

Die Antragstellerin legte diesem Schreiben ein weiteres Schreiben der XXXX Gesellschaft m.b.H. vom 18.10.2018 (adressiert an die Antragstellerin) bei, das auszugsweise lautet:

Gerne bestätigen wir Ihnen unsere mit 30.06.2019 befristete Zusage, der XXXX .m.b.H., XXXX , im Falle der Zuschlagserteilung durch die Pensionsversicherungsanstalt, für die geplante Rehabilitationsklinik "Psychiatrie" unmittelbar neben der XXXX den benötigten Grund zu verkaufen. [...]

Wir weisen darauf hin, dass die Umwidmung in eine Sonderfläche für Kuranstalt, Klinik Aufschließungsgebiet in der Endphase ist und die Bebauungsplanänderung durch das Land bereits stattgegeben wurde, es aber noch zum Verfahrensabschluss der finalen Zustimmung der Gemeinde (Gemeinderatssitzung im Dezember 2018) bedarf. Aufgrund der geführten Vorgespräche und der Kenntnis vergangener Verfahren, ist dies aus unserer Sicht ein reiner Formalakt.

7. Am 22.10.2018 erließ die Stadtgemeinde XXXX eine "KUNDMACHUNG" mit folgendem Wortlaut:

1. Gemäß § 65 Abs. 3 des Salzburger Raumordnungsgesetzes 2009 - ROG 2009, LGBl. Nr.30/2009 i.d.g.F., wird kundgemacht, dass der Entwurf der Änderung des Flächenwidmungsplanes der Stadtgemeine XXXX einschließlich des Entwurfes des Bebauungsplanes der Grundstufe für den Bereich " XXXX " mindestens vier Wochen lang im Gemeindeamt während der Amtsstunden zur allgemeinen Einsicht aufliegt und im Internet unter www. XXXX .gv.at einsehbar ist. Auf Grund der durchgeführten Prüfungen (Ausschlusskriterien und Umwelterheblichkeit) wurde festgestellt, dass keine Umweltprüfung erforderlich ist.

2. Träger öffentlicher Interessen, sowie Personen, die ein Interesse glaubhaft machen, sind berechtigt, innerhalb der Auflagefrist begründete schriftliche Einwendungen vorzubringen. Die Einwendungen sind durch geeignete Unterlagen so zu belegen, dass eine einwandfreie Beurteilung möglich ist.

8. Mit E.Mail vom 25.10.2018 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß BVergG 2006 ausgeschieden wird. Das Schreiben lautet auszugsweise:

In Ihrer Nachreichung vom 22.10.2018 haben Sie lediglich ein weiteres Schreiben der XXXX vom 18.10.2018 vorgelegt, wonach Ihnen nunmehr eine bis 30.06.2019 befristete Verkaufszusage für den Fall der Zuschlagserteilung erteilt wird (Standortzusage um 6 Monate verlängert) und mitgeteilt, dass die Umwidmung der Liegenschaft "in der Gemeinderatssitzung im Dezember 2018" beschlossen werden soll.

Aus den von Ihnen vorgelegten Angebotsunterlagen und Nachreichungen kann somit zum maßgeblichen Stichtag 1.10.2018 kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechend ausreichender Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage entnommen werden, weil von Ihnen nicht zweifelsfrei sichergestellt werden konnte, dass das Vorhaben nicht auf Grund mangelnder Zustimmung des Liegenschaftseigentümers (kein entsprechend abgesichertes Rechtsgeschäft) und der Gemeinde (Umwidmung) scheitern könnte.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien (samt Beilagen). Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers bzw. der vorgelegten Dokumente der Antragstellerin keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Maßgebliche Rechtslage:

Am 21.08.2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs. 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft.

Nach § 376 Abs. 4 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 eingeleitet waren, nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Da das gegenständliche Vergabeverfahren im November 2017 eingeleitet wurde, ist es nach der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage, dem BVergG 2006, zu Ende zu führen und zu beurteilen.

Nach § 376 Abs. 4 BVergG 2018 sind Nachprüfungsverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig waren, nach der nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Da das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nach diesem Zeitpunkt eingeleitet wurde, ist es nach der Rechtslage des BVergG 2018 zu führen.

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG 2006 ist die Pensionsversicherungsanstalt (PVA). Die PVA ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 iVm § 141 BVergG 2006. Nach den Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert exklusive Umsatzsteuer für Los 1 (Versorgungszone Nord) weit über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 343 Abs. 1 BVergG 2018 eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 340 Abs. 1 BVergG 2018 iVm § 2 Abs. 2 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 344 Abs. 2 BVergG 2018 liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung

1. Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung (in concreto: die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung NEU) nicht

angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive des Auftraggebers, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs-C 87/94, Wallonische Autobusse, Rz 54).

Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (vgl. VwGH 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (vgl. BVA 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (vgl. EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89; vgl. BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (vgl. BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 2007/04/0019; 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157;

ebenso ua BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 02.05 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG 01.08.2014, W187 2008946-1/23E;

BVwG 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E).

2. § 141 Abs. 2 BVergG 2006 lautet:

Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann nur Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 2 oder 4 genannten Voraussetzungen vorliegt.

3. Das Angebot der Antragstellerin wurde seitens der Aufraggeberin zu Recht ausgeschieden. Dies aufgrund nachfolgender Erwägungen:

In Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (NEU) forderte die Auftraggeberin den "Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlagen" iSd § 3 Abs. 2 lit. b KAKuG als "MUSS-Kriterium" und wies in dieser Bestimmung explizit darauf hin, dass das Angebot ausgeschieden wird, falls der Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstiger Rechte nicht gelingen sollte.

Das Abgabedatum für die Einreichung der Angebote war mit 01.10.2018, 12.00 Uhr, bestandskräftig festgelegt. Zwar ist die Bestimmung des § 69 BVergG 2006 (Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung) gegenständlich nicht anwendbar (vgl. den Regelungsgegenstand des § 141 Abs. 1 BVergG 2006 für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen). Jedoch ist aufgrund der in § 141 Abs. 2 BVergG 2006 festgelegten allgemeinen Grundsätze (insbesondere der Transparenz und des Diskriminierungsverbots) davon auszugehen, dass der Auftraggeber von seinen eigenen Ausschreibungsbedingungen nicht zugunsten eines Bieters (nachträglich) abrücken darf, ansonsten er gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde. Für den gegenständlichen Sachverhalt folgt daraus wiederum, dass die Bieter den Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstiger Rechte iSd des Pkt. 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen spätestens bis zum 01.10.2018, 12.00 Uhr, erbringen hätten müssen.

Die Antragstellerin konnte diesen Nachweis jedoch nicht rechtzeitig iSd Pkt. 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen vorlegen. Dies ergibt sich schon aufgrund der seitens der Antragstellerin vorgelegten Dokumente im Vergabeverfahren bzw. im Nachprüfungsantrag:

Beilage/F des Nachprüfungsantrages vom 05.11.2018 enthält ein Schreiben der XXXX vom 05.07.2017 an die Antragstellerin, in dem de facto zugesichert wurde, dass die Umwidmung des Grundstückes der Stadtgemeinde XXXX im "kommenden halben Jahr" erfolgen werde. Dem Angebot der Antragstellerin liegt ein weiteres Schreiben der XXXX vom 05.07.2018 (also ein Jahr später) bei, in der darauf hingewiesen wurde, dass sich die Umwidmung in der Endphase befinde, es aber noch der Zustimmung der Gemeinde (Gemeinderatssitzung im September 2018) bedürfe. Aus Beilage/G des Nachprüfungsantrages ist schließlich das bis dato letzte Schreiben der XXXX vom 18.10.2018 ersichtlich, in dem wiederum darauf hingewiesen wurde, dass sich die Umwidmung in der Endphase befinde, es aber noch der finalen Zustimmung der Gemeinde (Gemeinderatssitzung im Dezember 2018) bedürfe. Beilage/I des Nachprüfungsantrages enthält die Kundmachung der Stadtgemeinde XXXX vom 22.10.2018 bezüglich des Entwurfs der Änderung des Flächenwidmungsplanes für den Bereich " XXXX ", in welchem Träger öffentlicher Interessen sowie Personen, die ein Interesse glaubhaft machen, die Möglichkeit eingeräumt wurde, innerhalb der Auflagefrist (vier Wochen) schriftliche Einwendungen vorzubringen.

Aufgrund dieser Unterlagen ist aber ersichtlich, dass die Antragstellerin die Muss-Bestimmung in Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen (Nachweis über das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte zur Benützung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlagen" iSd § 3 Abs. 2 lit. b KAKuG) nicht erfüllt hat, da sich das Projekt der Liegenschaft " XXXX " im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt (01.10.2018, 12.00 Uhr) noch in einem offenen Umwidmungsverfahren befunden hat. Auch wenn in den Schreiben der XXXX an die Antragstellerin zweimal betont wurde, dass der Zustimmungsakt der Gemeinde ein "reiner Formalakt" sein soll, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass das diesbezügliche Vorhaben wegen der fehlenden Zustimmung von Rechteinhabern noch scheitern könnte. Dass es sich beim gegenständlichen Projekt offenkundig nicht um einen reinen "Formalakt" handelt, wird zudem durch den Umstand verdeutlicht, dass die Umwidmung des Grundstücks (in zeitlicher Hinsicht) mehrfach verschoben wurde und jedenfalls im Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch immer nicht erfolgt ist.

An dieser Beurteilung vermögen auch die Ausführungen der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen nichts ändern:

Der Wortlaut in Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (NEU) (korrespondierend mit § 3 Abs. 2 lit. B KAKuG), wonach entweder ein Eigentumsrecht oder ein sonstiges Recht zur Benützung der für die Anstalt in Aussicht genommenen Betriebsanlage vorliegen muss, ist klar und lässt keinen Interpretationsspielraum offen. Da im Zeitpunkt der Angebotsabgabe der zuständige Gemeinderat noch immer keine Entscheidung über die Umwidmung der seitens der Antragstellerin in Aussicht genommenen Betriebsanlage (in concreto: " XXXX ") getroffen hat (bzw. nicht in der Lage war, eine solche zu treffen), konnte die Antragstellerin noch überhaupt kein "Recht" an der Betriebsanlage geltend machen. Insofern geht auch das Vorbringen der Antragstellerin in der Replik vom 27.11.2018, wonach die Auftraggeberin im Zuge der Ausscheidensentscheidung eine "neue und nicht vom Wortlaut gedeckte Interpretation" ihrer eigenen Ausschreibungsbestimmung getroffen habe, ins Leere. Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin deshalb zur Nachreichung von Unterlagen auf, weil aus dem Angebot der Antragstellerin keine bedingungsfreie Verkaufszusage bezüglich des in Aussicht genommenen Projekts ersichtlich war. Da die Antragstellerin auch nicht mit ihrem "Aufklärungsschreiben" vom 22.10.2018 imstande war, eine bedingungsfreie Verkaufszusage mit Stichtag 01.10.2018, 12.00 Uhr, nachzuweisen, erging schließlich die Ausscheidensentscheidung, in der die Auftraggeberin insbesondere - zu Recht - auf die noch offene Umwidmung hinwies.

Abgesehen davon legte die Aufraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.11.2018 - plausibel und nachvollziehbar - dar, unter welchen Voraussetzungen die Antragstellerin Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (NEU) erfüllt hätte:

Die Antragstellerin hätte entweder eine bereits bestehende schriftliche Zusage über die Verlängerung der Bindungsfrist vorlegen müssen (mit Datum vor dem 01.10.2018) oder sich in der vorgelegten Bestätigung vom 18.10.2018 ausdrücklich auf eine bereits vor dem Stichtag 01.10.2018 stattgefundene (allenfalls auch mündliche) Einigung beziehen müssen. Dies sei nicht erfolgt.

Dieses Vorbringen (bzw. diesen Vorhalt) vermochte die Antragstellerin aber in ihrer Replik vom 27.11.2018 nicht zu widerlegen.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 339 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 kann, soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Gegenständlich konnte - ungeachtet des Antrages der Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz vom 05.11.2018 - von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da bereits aus den eigenen (im Zuge des Nachprüfungsantrages vorgelegten) Dokumenten der Antragstellerin hervorging, dass sie die bestandkräftige Bestimmung in Punkt 2.3.2 der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung (NEU) nicht zu erfüllen imstande war. Abgesehen davon handelt es sich bei der Interpretation von Ausschreibungsbestimmungen um eine Rechtsfrage, die nicht mit den Parteien zu erörtern ist. Schließlich wurde das Parteiengehör iSd § 45 Abs. 3 AVG zugunsten der Antragstellerin gewahrt, da dieser Gelegenheit gegeben wurde, sich zu der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 15.11.2018 zu äußern (vgl. Parteiengehör vom 19.11.2018, OZ 11).

Zu B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (zur Bestandkraft der Ausschreibung vgl. etwa VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Auslegung der Ausschreibung,
Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung,
Ausscheidensgründe, bestandfeste Ausschreibung,
Bietergleichbehandlung, Dienstleistungsauftrag,
Diskriminierungsverbot, Gleichheitsgrundsatz, Grundsatz der
Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Liegenschaftseigentum,
Mindestanforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nachweismangel, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert,
öffentlicher Auftraggeber, Rechtzeitigkeit, Transparenz, Umwidmung,
Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W123.2208873.2.00

Zuletzt aktualisiert am

22.03.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at