jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Beschluss 2019/1/7 VGW-123/029/9415/2018

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.01.2019

Entscheidungsdatum

07.01.2019

Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)
L72009 Beschaffung Vergabe Wien
31/01 Allgemeines Haushaltsrecht Bundesbudget
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

B-VG Art. 14b Abs2 Z1 litf
B-VG Art. 14b Abs2 Z2 litf
B-VG Art. 14b Abs3
WVRG 2014 §1 Abs1
WVRG 2014 §1 Abs2 Z7
WVRG 2014 §1 Abs3
WVRG 2014 §20 Abs1
BB-GmbH-Gesetz §3 Abs3
BVergG 2006 §2 Z16 lit1 sublitii
BVergG 2006 §25 Abs7
BVergG 2006 §151 Abs3

Text

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Zirm als Vorsitzende, Dr. Schweiger als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 19.07.2018, auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung der Bundesbeschaffung GmbH vom 09.07.2018 im Vergabeverfahren Personalbereitstellung (BBG-interne GZ: ...) betreffend "Los 1 Arbeiter (Wien)", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 07.11.2018 den

B E S C H L U S S

gefasst:

I.) Gemäß § 13 Abs. 7 WVRG 2014 wird der Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 9. Juli 2018 betreffend das Los 1 „Arbeiter Wien“ des Vergabeverfahrens Personalbereitstellung (BBG) als unzulässig zurückgewiesen.

II.) Gemäß §§ 15 und 16 WVRG 2014 hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III.) Gemäß § 25a VwGG ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

Begründung

1. Vergabeverfahren:

Die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden: BBG) als zentrale Beschaffungsstelle sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Drittkundenliste führen ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit drei Unternehmern je Los über Personalbereitstellung in Österreich.

Zu den Auftraggebern zählen neben Gemeinden und anderen Gebietskörperschaften zahlreiche juristische Personen des öffentlichen Rechtes und des Privatrechtes, jeweils vertreten durch die BBG. Die Ausschreibung ist in 5 Lose gegliedert, wobei sich die angefochtene Auswahlentscheidung nur auf das Los 1 (Arbeiter in Wien) bezieht.

Am geschätzten Gesamtauftragswert (Lose 1 bis 5) haben der Bund einen Anteil von rund 49,15 % und die Länder von zusammen rund 50,85 %, wobei auf Wien ein Anteil von rund 46,62 % des geschätzten Gesamtauftragswertes entfällt.

Mit Schreiben der BBG vom 9. Juli 2018 wurde die Auswahlentscheidung an die Bieter übermittelt und die Antragstellerin u. a. in Kenntnis gesetzt, dass ihr Angebot im Los 1 – Arbeiter Wien an 3. Stelle zu reihen war und die Auftraggeber beabsichtigen, die Rahmenvereinbarung mit der A. GmbH abzuschließen.

2. Nachprüfungsantrag:

Am 19. Juli 2018 brachte die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Wien den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein, mit dem die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich Los 1, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt wurden.

Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass von der Antragsgegnerin keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei, dass die beiden in Los 1 vor ihr gereihten Bieter trotz nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht ausgeschieden worden seien, und dass die Auswahlentscheidung mangelhaft begründet worden sei.

Zum Interesse an der Ausführung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen führt die Antragstellerin aus, dass sie diese Leistungen aufgrund einer in der Vergangenheit abgeschlossenen Rahmenvereinbarung derzeit erbringe und dies weiterhin tun möchte, da es sich bei den Leistungen um ihre zentrale Geschäftstätigkeit handle, sie seit Jahren in diesem Bereich tätig und einer der größten Personaldienstleister Österreichs sei.

Auch wenn die Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin als Drittgereihte abgeschlossen werden solle, käme dies faktisch – aufgrund des grundsätzlich anwendbaren „Kaskadenprinzips" – einer Nichtberücksichtigung iSd § 151 Abs. 3 BVergG 2006 gleich. Dies ergebe sich aus der Erfahrung der Antragstellerin, wonach seit erfolgtem Abschluss der derzeit laufenden Rahmenvereinbarung kein einziger Abruf von (dem erstgereihten Bieter) nachgereihten Bietern erfolgt sei.

3. Auskünfte zum Verfahren und Stellungnahme der BBG zum Nachprüfungsantrag:

Mit Schriftsatz vom 24. Juli 2018 erteilte die Antragsgegnerin auf Ersuchen durch das Verwaltungsgericht allgemeine Auskünfte über das Vergabeverfahren und teilte mit, dass es öffentliche Interessen gäbe, das Vergabeverfahren sofort fortzusetzen, da ein dringender Beschaffungsbedarf bestehe. Die Auftraggeber benötigten die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben.

In ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag hat die BBG vorgebracht, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren Faktoren statt Preise anzubieten gewesen seien, mit denen der jeweilige Bruttolohn der überlassenen Person zu multiplizieren sei. Für Zulagen u. ä. bestehe die Möglichkeit der Weiterverrechnung an den jeweiligen Auftraggeber oder eines Aufschlages auf den Faktor. Ein Vergleich der von den Bietern angebotenen Faktoren habe zwar Abweichungen, aber von nicht mehr als 5 % ergeben. Eine vertiefte Prüfung der erst- und zweitgereihten Angebote sei daher entsprechend der vergaberechtlichen Judikatur nicht vorzunehmen gewesen.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Mängel der Begründung der Auswahlentscheidung hat die BBG

darauf verwiesen, dass § 151 Abs. 1 BVergG 2006 lediglich hinsichtlich nicht berücksichtigter Bieter eine Mitteilung der Gründe für die Entscheidung vorsehe. Mit der Antragstellerin solle aber als drittgereihte Bieterin die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden, weshalb diese als berücksichtigte Bieterin anzusehen sei. Die „Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen" sehen Abrufe nach dem Kaskadenprinzip und nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb vor. Im Kaskadenprinzip seien auch Beauftragungen an den drittgereihten Bieter vorgesehen, wenn die vorgereihten Partner der Rahmenvereinbarung den Auftrag nicht ausführen könnten oder wollten.

4. Einstweilige Verfügung:

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 6.7.2018, VGW-123/087/9416/2018-2 wurde dem – gemeinsam mit dem Nachprüfungsantrag eingebrachten – Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und gemäß § 28 WVRG 2014 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Rahmenvereinbarung zu Los 1 im Vergabeverfahren „Personalbereitstellung" (BBG-interne GZ: ...) abzuschließen.

5. Öffentliche mündliche Verhandlung:

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde am 07.11.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und der gegenständliche Beschluss samt wesentlicher Begründung und Belehrung verkündet.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Antrag auf Ausfertigung gemäß§ 29 VwGVG gestellt.

6. Sachverhalt:

Die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden: BBG) als zentrale Beschaffungsstelle sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der in den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Drittkundenliste führen ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit drei Unternehmern je Los über Personalbereitstellung in Österreich.

Zu den Auftraggebern zählen neben Gemeinden und anderen Gebietskörperschaften zahlreiche juristische Personen des öffentlichen Rechtes und des Privatrechtes. Die Ausschreibung ist in 5 Lose gegliedert, wobei sich die angefochtene Auswahlentscheidung nur auf das Los 1 (Arbeiter in Wien) bezieht.

Die BBG wird überwiegend nach dem „Vollmachtsmodell" als Vertreterin der Auftraggeberinnen tätig und nur in untergeordnetem Umfang nach dem „Großhändlermodell" als Auftraggeberin. Am geschätzten Gesamtauftragswert (Lose 1 bis 5) haben der Bund einen Anteil von rund 49,15 % und die Länder von zusammen rund 50,85 %, wobei auf Wien ein Anteil von rund 46,62 % des geschätzten Gesamtauftragswertes entfällt.

Seitens der BBG wurden mehrmals Bieteranfragen beantwortet und die Ausschreibungsunterlagen berichtigt, zuletzt am 12.04.2018. Es wurden weder gegen die Ausschreibungsunterlagen noch gegen die Fragebeantwortungen und Berichtigungen Nachprüfungsanträge eingebracht. Die Ausschreibungsunterlagen sind in der Fassung der 2. Berichtigung vom 12.04.2018 bestandsfest.

Pkt. 2.1. der „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen" legt als Ziel des Vergabeverfahrens „de(n) Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 3 Unternehmen pro Los (...) über die Bereitstellung von überlassenem Personal in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 3." fest.

Dies sind entsprechend Punkt 3.1. die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Drittkundenliste, im Vergabeverfahren alle vertreten durch die BBG.

Die „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen" regeln ferner den Ablauf des Vergabeverfahrens, Bietergemeinschaften und Subunternehmen, Eignungskriterien und diesbezügliche Nachweise, Angebotslegung und –prüfung sowie die Bewertung der Angebote. Als Zuschlagskriterium wird das Bestbieterprinzip mit einer Gewichtung von 80 Punkten Preis und 20 Punkte Qualität vorgesehen. Die Bieter haben die Angebotspreise im Preisblatt in Form eines jeweiligen Faktors für die definierten Leistungskategorien gemäß Rahmenvereinbarung jeweils als Multiplikator ohne Umsatzsteuer inklusive aller Abgaben und Gebühren anzugeben. Die Qualitätskriterien werden je Los präzisiert festgelegt.

Die Rahmenvereinbarung wird gemäß Punkt 9.1. der „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen" mit jenen drei nicht auszuscheidenden Bietern geschlossen, deren Angebot insgesamt die höchste Punktezahl erreicht hat.

Punkt 9.5. der „Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen“ nennt jene Informationen, welche den nicht berücksichtigten Bietern im Zuge der Mitteilung der Entscheidung, mit welchen Unternehmen pro Los die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitgeteilt werden.

Die „Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen“ sehen u. a. - je Los - ein Mengengerüst vor, weiters – hier relevant – für „Los 1 – Arbeiter Wien“ (gegliedert nach „ungelernt/gelernte Arbeiter“ sowie „qualifizierte Facharbeiter“) Tätigkeitsbereiche und Berufsbilder.

Regelungen für den Abruf von Leistungen sind im Punkt 5. der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen getroffen. Im Fall des „Abrufs ohne Konkretisierung“ erfolgt demnach der konkrete Einzelabruf in jedem Los grundsätzlich nach dem „Kaskadenprinzip“ ohne erneutem Aufruf zum Wettbewerb. Im Kaskadenprinzip erhält zuerst jener Auftragnehmer eine Anfrage, der im betreffenden Los für die jeweils benötigte Leistung den niedrigsten Faktor angeboten hat (Erstgereihter lt. Kaskade).

Ein „Abruf mit Konkretisierung“ erfolgt, wenn „die idente Anfrage bereits im Rahmen der Kaskade gestellt, aber von allen Auftragnehmern abgelehnt wurde bzw. kein Auftragnehmer fristgerecht eine den Anforderungen entsprechende Person vorstellen konnte, oder der Bedarf des Auftraggebers sich nicht mit den definierten Standard der Rahmenvereinbarung abdecken lässt, weshalb eine Anpassung der Bedingungen und Konditionen notwendig ist (...)“. In diesem Fall erfolgen die Zuschläge für die jeweiligen Einzelaufträge nach einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb. „Der Auftraggeber wird dabei die Anfrage für den betreffenden Auftrag gleichzeitig allen Auftragnehmern des betreffenden Loses nachweislich zukommen lassen.“

Am 24.04.2018 erfolgte die Angebotsöffnung, u. a. in Anwesenheit eines Vertreters der Antragstellerin. Im Los 1 waren vier Leistungskategorien gesondert auszupreisen, wobei die diesbezüglichen Positionspreise anlässlich der Angebotsöffnung nicht bekannt gegeben wurden.

Nach Prüfung und Bewertung der (neun) Angebote im Los 1 wurde die Antragstellerin in diesem Los an dritter Stelle gereiht. Die Preisabweichungen zum Billigstgebot innerhalb der sieben bestgereihten Bieter liegen unter 5 %.

Mit Schreiben der BBG vom 9. Juli 2018 wurde die Auswahlentscheidung an die Bieter übermittelt und die Antragstellerin u. a. in Kenntnis gesetzt, dass ihr Angebot im Los 1 – Arbeiter Wien an 3. Stelle zu reihen war und die Auftraggeber beabsichtigen, die Rahmenvereinbarung mit der A. GmbH abzuschließen. Angeführt wird diesbezüglich der bewertungsrelevante Gesamtpreis und der Angebotspreis der Antragstellerin (detto hinsichtlich der hier nicht in Frage stehenden Lose 3 und 4, in denen die Antragstellerin an 3. bzw. 2. Stelle gereiht wurde). Betreffend Los 2 wurde die Antragstellerin informiert dass die Rahmenvereinbarung mit den genannten drei erstgereihten Unternehmen abgeschlossen werden soll und wurden zur Begründung die Vorteile der erfolgreichen Angebote sowie die Gründe für die Ablehnung des Angebots der Antragstellerin in Los 2 dafür relevante Bewertungskennzahlen bekannt gegeben.

7. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem Vergabeakt und dem Vorbringen der Parteien.

8. Örtliche und sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien

Art. 14b des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idF BGBl. I Nr. 51/2012, lautet auszugsweise:

„Artikel 14b. (1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs. 3 fallen.

(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 ist

1. Bundessache hinsichtlich

[...]

f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder;

[...]

2. Landessache hinsichtlich

[...]

f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Z 1 lit. f fällt, sowie der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch mehrere Länder.

Gemeinden gelten unabhängig von der Zahl ihrer Einwohner als Rechtsträger, die im Sinne der Z 1 lit. b und c und der Z 2 lit. b und c der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegen. Im Rahmen der Z 1 lit. b, c, e und f werden Auftraggeber im Sinne der Z 1 dem Bund und Auftraggeber im Sinne der Z 2 dem jeweiligen Land zugerechnet. Sind nach Z 2 lit. c, e oder f mehrere Länder beteiligt, so richtet sich die Zuständigkeit zur Vollziehung nach dem Überwiegen des Merkmals, das nach der entsprechenden Litera (Sublitera) der Z 1 für die Abgrenzung der Vollziehungszuständigkeit des Bundes von jener der Länder maßgebend ist oder wäre, dann nach dem Sitz des Auftraggebers, dann nach dem Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit des Auftraggebers, dann nach dem Sitz (Hauptwohnsitz) der vergebenden Stelle, kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so ist dasjenige beteiligte Land zuständig, das im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zum Vorsitz im Bundesrat berufen ist oder zuletzt war.

(3) Landessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs. 2 Z 2.

[...]“

Die maßgeblichen Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 - WVRG 2014, LGBl. Nr. 37/2013 idF LGBl. Nr. 43/2016, lauten:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Landesgesetz regelt die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012):

1. Wien als Land oder Gemeinde,

2. Einrichtungen, Verbände und öffentliche Unternehmen, hinsichtlich deren die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 und Abs. 3 B-VG Landessache ist und die gemäß den in Art. 14b Abs. 2 Z 2 letzter Satz B-VG genannten Merkmalen der Stadt Wien zuzurechnen sind.

(2) Im Sinne des Abs. 1 betreffen die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung jedenfalls die Vergabe von Aufträgen

[...]

7. durch den Bund und die Länder gemeinsam, soweit diese nicht unter Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG fällt, sowie durch mehrere Länder gemeinsam nach Maßgabe des Abs. 3.

(3) Sind nach Abs. 2 Z 3, 4, 6 oder 7 mehrere Länder beteiligt, so gilt dieses Landesgesetz dann, wenn die Merkmale, die nach der entsprechenden Litera (Sublitera) des Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG für die Abgrenzung der Vollziehungszuständigkeit des Bundes von jener der Länder maßgebend sind oder wären, überwiegend auf Wien zutreffen. Ist kein solches Überwiegen eines Landes feststellbar, dann gilt dieses Landesgesetz, wenn der Sitz der Auftraggeberin oder des Auftraggebers in Wien liegt. Ist der Sitz keinem Land eindeutig zuordenbar, dann gilt es, wenn der Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit der Auftraggeberin oder des Auftraggebers in Wien liegt. Ist der Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit keinem Land zuordenbar, dann gilt es, wenn der Sitz (Hauptwohnsitz) der vergebenden Stelle in Wien liegt. Kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so gilt es dann, wenn Wien im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zum Vorsitz im Bundesrat berufen ist. Ist kein Land zum Vorsitz im Bundesrat berufen, so gilt es dann, wenn Wien zuletzt zum Vorsitz im Bundesrat berufen war.

[...]“

Gemäß § 3 Abs. 3 des Bundesgesetztes über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BB-GmbH Gesetz) BGBl. I Nr. 39/2001 idF BGBl. I Nr. 76/2006, ist die Bundesbeschaffung GmbH (vgl. § 1 BB-

GmbH Gesetz) berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 und 3 sowie gemäß §§ 164 und 165 BVergG 2006 Vergabeverfahren zur Deckung deren Bedarfes an Waren und Dienstleistungen durchzuführen. Die Erfüllung der Aufgaben für den Bund darf hierdurch nicht beeinträchtigt werden.

An der gegenständlichen Ausschreibung sind auf Auftraggeberinnenseite sowohl Auftraggeberinnen aus der Sphäre des Bundes als auch Auftraggeberinnen aus der Sphäre der Bundesländer beteiligt. Die Auftraggeberinnen aus der Sphäre der Länder überwiegen jedoch mit rund 50,85% des geschätzten Auftragswertes, wobei alleine auf das Land Wien ca. 46,62% des geschätzten Auftragswertes fallen.

Gemäß § 14b Abs. 2 Z 2 B-VG iVm. § 1 Abs. 3 WVRG ist das WVRG unter anderem dann anzuwenden, wenn bei gemeinsamen Aufträgen der überwiegende Anteil auf die Länder bzw. auf Auftraggeberinnen aus der Sphäre der Länder entfällt und von diesen wiederum der überwiegende Anteil auf das Land Wien bzw. auf Auftraggeberinnen aus der Sphäre des Landes Wien. Diese Voraussetzung lag gegenständlich vor. Es sind daher die Anwendbarkeit des WVRG und die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren gegeben.

9. Zur Frage der Zulässigkeit des Antrages:

Die Definition der Rahmenvereinbarung findet sich im 1. Abschnitt des 2. Hauptstückes des BVergG 2006 unter der Überschrift "Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen".

Gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 ist diese eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen.

Bei einer Rahmenvereinbarung handelt es sich demnach um ein Instrument der Auftragsvergabe, in dem die Bedingungen für die konkrete Leistungserbringung erst nachträglich fixiert oder nachträglich modifiziert werden können (VwGH 16.12.2015, Ra 2015/04/0071). Rahmenvereinbarungen sind nicht als Aufträge im Sinne des BVergG 2006 zu verstehen, weil sie keine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers begründen. Vielmehr können auf Grund der Rahmenvereinbarung öffentliche Aufträge vergeben werden (VwGH 16.03.2016, Ro 2014/04/0070; 11.05.2017, Ra 2016/04/0048).

Ist eine Rahmenvereinbarung mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest geworden, ist sie dem weiteren Vergabeverfahren zugrunde zu legen und können auf ihrer Grundlage gemäß § 152 BVergG 2006 öffentliche Aufträge vergeben werden (VwGH 16.12.2015, Ra 2015/04/0071).

Die Parteien der Rahmenvereinbarung werden gemäß § 151 Abs. 3 BVergG 2006 nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 sowie 38 Abs. 1 ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Soll eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, so müssen mindestens drei Parteien daran beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmern die Eignungskriterien erfüllt hat und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten abgegeben wurde. Die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde (Hörmandinger in Gast (Hrsg), Bundesvergabegesetz - Leitsatzkommentar (2010) zu § 151 BVergG - Abschluss von Rahmenvereinbarungen, 789). Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß § 28 Abs. 2 Z 3, § 29 Abs. 2 Z 3 oder 6 oder § 30 Abs. 2 Z 3 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

Art. 41 der Richtlinie 2004/18/EG (bzw. nunmehr Art. 55 Richtlinie 2014/24/EU) sehen Mitteilungsplichten für öffentliche Auftraggeber hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung eines Angebotes sowie hinsichtlich der Vorteile des ausgewählten Angebots und der Parteien der Rahmenvereinbarung vor.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ii BVergG 2006 sind bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens (im hier vorliegenden Fall eines offenen Verfahrens) gesondert anfechtbare Entscheidungen: die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung, die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde, der erneute Aufruf zum Wettbewerb, sowie im weiteren Verfahren das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung, die Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

§ 20 Abs. 1 WVRG 2014, der die Antragslegitimation von einem durch die behauptete Rechtsverletzung entstandenen Schaden abhängig macht, steht im Einklang mit der (Rechtsmittel-)Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 idF der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.3.2014 (vgl. Art. 1 Abs. 3 leg. cit.).

Vom Schadensbegriff sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065 zu § 320 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 mit Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 7 zu § 320 und T. Gruber, ebenda, Rz 29 zu § 328).

Das BVergG 2006 sieht entsprechend den EU-rechtlichen Vorgaben eine Verständigungspflicht mit Begründung in Bezug auf die nicht berücksichtigten Bieter vor. Dem liegt offenkundig zugrunde, dass iSd nach der Rechtsprechung des EuGH gebotenen effektiven Rechtsschutzes Bieter, die infolge von Vergaberechtsverstößen Rechtsnachteile erleiden, nämlich indem sie nicht berücksichtigt wurden, obgleich dies bei Einhaltung des Vergaberechts geschehen hätte müssen, in die Lage versetzt werden sollen, die sie solcherart benachteiligende Entscheidung des Auftraggebers anzufechten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs setzt der unionsrechtlich gebotene effektive Rechtsschutz dementsprechend voraus, dass ein nicht berücksichtigter Bieter anhand der Begründung der Entscheidung in die Lage versetzt werden muss, gegen die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, rechtzeitig eine wirksame Nachprüfung dieser Entscheidung in die Wege zu leiten (VwGH 21.01.2014, 2011/04/0133 mwN).

Im gegenständlichen Fall wurde hingegen die Antragstellerin berücksichtigt, indem (u.a.) sie als Partei der abzuschließenden Rahmenvereinbarung ausgewählt wurde. Gemessen an der Rechtsposition, welche die Antragstellerin durch die angefochtene Auswahlentscheidung erworben hat, ist der Antragstellerin aber kein Schaden iSd WVRG 2014 erwachsen. Sie wird nämlich aufgrund der von ihr angefochtenen Auswahlentscheidung Partei der Rahmenvereinbarung und nimmt damit an dem durch die Rahmenvereinbarung festgelegten und zwischen allen Parteien auf Auftraggeberseite und auf Auftragnehmerseite (darunter eben die Antragstellerin) geltenden System zukünftiger Auftragsvergaben nach Maßgabe der bestandsfesten Festlegungen teil.

Dass die bestandsfest festgelegten Modalitäten die Vergabe der Einzelaufträge zunächst nach dem „Kaskadenprinzip“ ohne Aufruf zum Wettbewerb und erst in weiterer Folge nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb vorsehen, ändert an der Rechtsposition der Antragstellerin als berücksichtigte Bieterin nichts und ist die Antragstellerin keineswegs schlechter gestellt als nichtberücksichtigte Bieter, die weder im Rahmen des Kaskadenprinzips noch im Rahmen eines Aufrufs zum Wettbewerbs für Einzelaufträge aufgrund der Rahmenvereinbarung in Frage kommen.

Die auf rein faktischen Umsatzerwartungen beruhende Einschätzung der Antragstellerin, sie werde wegen des zur Anwendung kommenden Kaskadenprinzips als drittgereihte Partei nicht, oder vielleicht nicht in dem von ihr

erwarteten Ausmaß, Einzelaufträge erhalten, vermag nicht zu begründen, dass der Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden droht, ist es doch Sache des als Bieter auftretenden Unternehmens zu entscheiden, sich an einem Vergabeverfahren zu den dort festgelegten Bedingungen zu beteiligen oder nicht – bzw. ggf. als unsachlich oder als benachteiligend empfundene Festlegungen der Ausschreibung zu bekämpfen. Dies ist im vorliegenden Fall – ungeachtet der ins Treffen geführten Erfahrungen der Antragstellerin, dass andere als die erstgereihte Bieterin faktisch nicht mit Abrufen rechnen können – nicht erfolgt.

Die bestandsfesten Festlegungen sind damit für die Bieter, aber auch für die Auftraggeber im weiteren Vergabeverfahren verbindlich und als solche anzuwenden, auch wenn die auf deren Basis ausgewählte und mithin berücksichtigte Bieterin diese bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibung mittlerweile als für sie wirtschaftlich nicht mehr vorteilhaft erachtet.

Daraus kann – auch bei einer nach der Judikatur gebotenen weiten Auslegung des Schadensbegriffes – kein Schaden im Rechtssinn abgeleitet werden, zumal die Antragstellerin am Verfahren teilnehmen konnte und auch die Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten erfolgte, freilich nach den der Antragstellerin bekannten und bestandsfesten Festlegungen als eine unter mehreren Parteien.

Wenn nunmehr § 2 Z 16 lit. a sublit ii BVergG 2006 eine Entscheidung, mit welchen Unternehmern eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll als gesondert anfechtbare Entscheidung definiert, so ist dies in Zusammenhang mit den Mitteilungspflichten des § 151 Abs. 3 BVergG 2006 so zu sehen, dass die zur Anfechtung berechtigten Bieter vom Auftraggeber jene Informationen erhalten sollen, die diese – iS eines unionsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutzes – in die Lage versetzen sollen, wirksam einen Nachprüfungsantrag einzubringen.

Weder aus dem § 151 Abs. 3 BVergG 2006, der dementsprechende Mitteilungspflichten gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern festlegt, noch unmittelbar aus der zugrunde liegenden Richtlinie ist eine Legitimation einer als Partei der Rahmenvereinbarung ausgewählten, mithin berücksichtigten Bieterin abzuleiten.

Gerade im Hinblick auf den unionsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz verbietet sich nämlich die Annahme, dass Bietern eine Anfechtungslegitimation (auch) gegen sie begünstigende Entscheidungen zusteht, ohne dass sie aufgrund entsprechender Mitteilungsverpflichtungen von der Auftraggeberin die hierfür notwendigen Informationen erhalten.

Es war daher der Nachprüfungsantrag spruchgemäß zurückzuweisen.

10. Pauschalgebühren:

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2014 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 WVRG 2014 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Die Pauschalgebühr ist gemäß § 15 Abs. 2 WVRG 2014 gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht gemäß § 16 Abs. 2 WVRG 2014 nur dann, wenn 1. dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung gemäß§ 1 WVPVO (Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 um mehr als das 20fache übersteigenden Auftragswert im angefochtenen Los 1) und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß der zit. Bestimmung iVm § 15 Abs. 3 WVRG 2014 in halber Höhe entrichtet.

Zumal der Antrag auf Nichtigerklärung zurückgewiesen wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

11. Zulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG zumindest möglich ist.

Im vorliegenden Fall liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung vor, die in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (VwGH, VfGH, EuGH) bisher noch nicht geklärt wurde. So wurde in der höchtstgerichtlichen Rechtsprechung – soweit für das Verwaltungsgericht ersichtlich – die Frage, ob einem berücksichtigten Bieter einer Rahmenvereinbarung eine Rechtsmittellegitimation zukommt, noch nicht behandelt.

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren; Zuständigkeit; Geltungsbereich des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes; Rahmenvereinbarung; Definition; gesondert anfechtbare Entscheidung; Antragslegitimation; Schadensbegriff des § 20 Abs. 1 WVRG 2014; effektiver Vergaberechtsschutz

Anmerkung

VwGH v. 17.6.2019, Ro 2019/04/0003; Einstellung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2019:VGW.123.029.9415.2018

Zuletzt aktualisiert am

04.07.2019

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at