jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2019/6/28 LVwG-VG-2/002-2019

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.06.2019

Entscheidungsdatum

28.06.2019

Norm

BVergG 2018 §98 Abs4
BVergG 2018 §78 Abs1 Z4
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §19

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch seinen Vergabesenat 1 unter dem Vorsitz von HR Mag. Dr. Becksteiner und Mag. Dr. Schwarzmann als Berichterstatter und HR Mag. Dr. Wessely, LL.M. als weiteren Richter über die mit Schriftsatz vom 15.5.2019 gestellten Anträge der A GmbH, ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung im Vergabeverfahren „Bedarfsorientierter Bestellverkehr im Stadtgebiet *** samt Katastralgemeinden, 2020 bis 2024“ (Öffentliche Auftraggeberin: Stadt ***, vertreten durch C Rechtsanwälte, ***, ***) und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu Recht erkannt:

1. Dem Antrag vom 15.5.2019 auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wird stattgegeben und die gesamte Ausschreibung im Vergabeverfahren „Bedarfsorientierter Bestellverkehr im Stadtgebiet *** samt Katastralgemeinden, 2020 bis 2024“ für nichtig erklärt.

2. Die Stadt *** wird verpflichtet, der A GmbH zu Handen deren Rechtsvertreter 2.400 Euro für entrichtete Pauschalgebühren binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

3. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 4, 5, 9, 11, 15 und 19 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz

§ 1 Abs. 1 Z. 12 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung

§ 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 - VwGG

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Stadt *** ist öffentliche Auftraggeberin im Vergabeverfahren „Bedarfsorientierter Bestellverkehr im Stadtgebiet

*** samt Katastralgemeinden, 2020 bis 2024“. Die Bekanntmachung erfolgte am *** im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zu ***. Es handelt sich um ein offenes Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich. Leistungsgegenstand ist die Durchführung des Tages- und Nacht-Anrufsammeltaxis. Die Frist zur Abgabe von Angeboten wurde mit 24.5.2019, 11 Uhr, festgelegt.

Mit Schriftsatz vom 15.5.2019 hat die A GmbH (im Folgenden: „Antragstellerin“) folgende Anträge gestellt:

(I.) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung einzelner näher bezeichneter Ausschreibungsbestimmungen (der Punkte 1.18 Absatz 1, 1.18 Absätze 6 und 7, 1.19, 3.16, 3.7.1, 6.2 und 6.3),

(II.) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und

(III.) den Antrag, der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen aufzuerlegen.

In der Begründung der Anträge wird im Wesentlichen ausgeführt, dass folgende Bestimmungen der Ausschreibung rechtswidrig seien:

1. dass die Beiziehung von Subunternehmern zur Erbringung der Fahrtleistungen nur bis zu einem Ausmaß von 50% zulässig sei (Punkt 1.18 Absatz 1);

2. dass die gleichzeitige Teilnahme eines Unternehmens als Subunternehmer für mehr als einen Bieter unzulässig sei und zum Ausscheiden aller Angebote, an denen der betreffende (mehrfach genannte) Subunternehmer beteiligt sei, führe (Punkt 1.18 Absätze 6 und 7);

3. dass der Bieter an sein Angebot bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ohne Angabe einer bestimmten Zeitspanne gebunden sei (Punkt 1.19);

4. dass als Entgelt für die vom Auftragnehmer durchgeführten Leistungen ausschließlich ein prozentueller Abschlag vom Taxitarif *** angeboten und verrechnet werden dürfe (Punkt 3.7.1)

5. dass für den Fall des Verstoßes gegen die Bestimmungen des Vertrags eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe im Ausmaß von 1.000 Euro pro Verstoß anfalle (Punkt 3.16);

6. dass die Bewertung des Angebotspreises nach einem Bewertungssystem erfolge, wonach bei den folgegereihten Angeboten im Ausmaß der Differenz zwischen dem Anbot mit dem höchsten Abschlag und dem zu beurteilenden folgegereihten Anbot pro angefangenem Zehntelprozentpunkt 5 Punkte in Abzug zu bringen seien (Punkt 6.2) und

7. dass im Rahmen der Bewertung des Zuschlagskriteriums „technische Ausstattung" für jedes Fahrzeug, das erstmalig nach dem 01.01.2017 zugelassen worden sei, 1 Zusatzpunkt (max. 12 Zusatzpunkte) gewährt werde (Punkt 6.3).

Die Antragstellerin führte zu diesen einzelnen Punkten im Wesentlichen wie folgt aus:

1. Eine Einschränkung des Rechts, auf Subunternehmer zurückzugreifen, sei nur in Ausnahmefällen zulässig. In den Anbotsunterlagen würden keine Gründe für eine derartige Ausnahmesituation angeführt. Die Erbringung von 50% der Fahrtleistungen könne nicht als „kritische Aufgabe“ im Sinne des § 98 Abs. 1 Z. 4 BVergG 2018 gewertet werden. Die Auftraggeberin vermöge nicht zu erklären, wieso gerade 50% der Fahrtleistungen kritisch sein sollten und die anderen 50% nicht. Diese Festlegung bewirke eine Diskriminierung gegenüber der Mehrheit der Taxiunternehmer, die nämlich über weniger als für 50% der für die Erbringung der Fahrtleistungen erforderlichen sechs Fahrzeuge verfügten. Damit zwinge die Auftraggeberin diese kleinen Unternehmen, Bietergemeinschaften einzugehen, um an dieser Ausschreibung teilnehmen zu können.

2. Die Festlegung eines automatischen Ausschlusses bei Mehrfachbeteiligung eines Bieters sei nach eindeutiger Rechtsprechung des EuGH und des VwGH unzulässig. Zwar könne eine Mehrfachbeteiligung unter bestimmten Umständen kartellrechtliche Bedenken aufwerfen, aber dahingehend sei im Rahmen einer entsprechenden Einzelfallprüfung zu eruieren, ob der mehrfachbeteiligte Unternehmer Kenntnis über den Inhalt der jeweils eingereichten Angebote gehabt habe und die Preisgestaltung habe beeinflussen können.

3. § 131 Abs. 2 BVergG 2018 beschränke die Bindung des Bieters an sein Angebot auf die Dauer der Zuschlagsfrist. Die von der Auftraggeberin festgelegte Bindung bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung könnte eine über die gesetzliche Höchstdauer hinausgehende Bindung zur Folge haben.

4. Die Entgeltverrechnung für die vom Auftragnehmer durchgeführten Leistungen in Form eines prozentuellen Abschlages vom Taxitarif *** entspreche nicht den tragenden Vergabegrundsätzen des BVergG 2018 und dem Sachlichkeitsgebot des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatzes. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Tarif auch für die konkret ausgeschriebene Leistung angemessen oder marktkonform sei bzw. diese abdecke, denn damit werde nur die Personenbeförderung vergütet, die ausgeschriebene Leistung umfasse aber nicht nur Fahrtleistungen, sondern darüber hinausgehende Dispositionsleistungen wie Dokumentations- und Berichtspflichten, Personalschulungs- und Kontrollpflichten und die Einrichtung eines modernen Kommunikationssystems.

5. Die Vertragsstrafe von 1.000 Euro pro Verstoß schon bei geringfügigen Pflichtverletzungen sei unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.

6. Das im Rahmen der Zuschlagskriterien festgelegte Bewertungssystem, wonach bei den folgegereihten Angeboten im Ausmaß der Differenz zwischen dem Anbot mit dem höchsten Abschlag und dem zu beurteilenden folgegereihten Anbot pro angefangenem Zehntelprozentpunkt 5 Punkte in Abzug zu bringen seien, sei unsachlich, da es Bieter zwinge, ausschließlich Abschläge vom Taxitarif anbieten zu müssen, und alle über die Erbringung von Fahrtleistungen hinausgehenden Leistungen nicht vergütet würden; darüber hinaus führe es zu unverhältnismäßigen Bewertungsergebnissen, da ein Angebot schon bei einer Differenz des Tarifabschlages zum erstgereihten Angebot von 2 Prozentpunkten 0 Punkte erhalten würde und zudem in den Angebotsunterlagen nicht festgelegt sei, ob auch negative Punkte erzielt werden könnten.

7. Die Festlegung des „Qualitätskriteriums“, wonach je Fahrzeug, das erstmalig nach dem 01.01.2017 zugelassen worden sei, 1 Zusatzpunkt gewährt werde, sei unsachlich und nicht geeignet, in sachlicher Weise Qualität zu messen, da das Zulassungsdatum nichts über die Qualität eines Fahrzeuges aussage.

Die Antragstellerin erachte sich durch diese Rechtswidrigkeiten in ihren Rechten auf

? gesetzeskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibung,

? gesetzeskonforme Ausgestaltung hinsichtlich des Rechts auf Beiziehung von Subunternehmern,

? gesetzeskonforme Ausgestaltung hinsichtlich der Möglichkeit, Subunternehmer bei mehr als bei einem Bieter sein zu können,

? Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lauteren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens,

? gesetzeskonforme Festlegung vertraglicher Bedingungen, insbesondere von Entgelt und Vertragsstrafen,

? gesetzeskonforme Festlegung sachlicher und verhältnismäßiger Zuschlagskriterien

? und auch in all den Rechten, die nicht ausdrücklich genannt seien, die sich jedoch aus der Gesamtheit des Antrags ergäben,

verletzt.

Das Interesse der Antragstellerin an der Teilnahme an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und am Abschluss des Vertrages mit der Auftraggeberin ergebe sich aus dem Umstand, dass sie ein Taxi-Unternehmen und sohin im Geschäftsbereich der Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen umfassend tätig sei. Sie sei daran interessiert, im Rahmen eines gesetzeskonform geführten Vergabeverfahrens ein Angebot abzugeben. Sie habe ihr Interesse am Vertragsabschluss auch bereits dadurch dargetan, dass sie detaillierte Fragen zu der gegenständlichen Ausschreibung an die Auftraggeberin gerichtet und den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt habe. Sie beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen, insbesondere auch solchen mit vergleichbaren Leistungsinhalten. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen liege daher auch deshalb in ihrem Interesse, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte vorweisen müsse. Durch die

rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin drohe ihr der Entgang eines wichtigen Referenzprojekts. Ihr drohe ferner durch den Verlust der Chance auf Abschluss des Vertrages ein Schaden (entgangener Gewinn) in branchenüblicher Höhe.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat mit Beschluss vom 22.5.2019, LVwG-VG-2/001-2019, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und verfügt, dass für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Frist zur Abgabe von Angeboten in diesem Vergabeverfahren im Sinne einer Fortlaufhemmung ausgesetzt wird.

Die Auftraggeberin hat auftragsgemäß ihren Akt vorgelegt und zum Schriftsatz der Antragstellerin im Wesentlichen wie folgt Stellung genommen:

Es werde Unzulässigkeit des Rechtsweges und Unzuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts eingewendet, da die Antragstellerin zuerst die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge hätte anrufen müssen. Es liege eine sachliche Rechtfertigung hinsichtlich der Einschränkung von Subunternehmerleistungen vor. Es handle sich um eine kritische Aufgabe, weshalb nur 50% des Auftrages weitergegeben werden dürften. Die Fahrleistungen seien für die gegenständliche Auftragserbringung als essentiell einzustufen. Die sachliche Rechtfertigung ergebe sich daraus, dass ansonsten die Kontrolle nur erschwert bzw. überhaupt nicht durchführbar wäre und dass der AST *** in seiner Gesamtheit Teil des öffentlichen Verkehrssystems im Stadtgebiet *** samt Katastralgemeinden sei. Durch die ausschreibungsgegenständlichen Betriebs- und Abfahrtszeiten würden die Fahrpläne der Stadt- und Regionalbusse ergänzt. Es handle sich um einen in den Verkehrsverbund Ostregion integrierten öffentlichen Verkehrsbestandteil und stelle sohin ein öffentliches Verkehrsmittel dar. Bei einem Anrufsammeltaxi sei der Taxiverkehr essentielle Kernfunktion. Die weiteren in den Ausschreibungsunterlagen genannten Leistungen seien lediglich zur Abwicklung dieses Taxiverkehrs erforderliche Nebenleistungen. Die vorgesehene Angebotsbindung erfolge nicht über die gesetzliche Höchstdauer hinaus. Die gegenständliche Zuschlagsfrist bis 30.9.2019 sei auch deshalb notwendig, weil nach der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung noch eine Beschlussfassung der politischen Gremien der Stadt *** und die formale Auftragserteilung durch den Gemeinderat erfolgen müsse. Der Zeitplan sei bereits so gestaltet, dass allfällige Nachprüfungsverfahren berücksichtigt seien. Der Tarif der Fahrpreise sei den Tarifen des Verkehrsverbundes angepasst. Eine Abänderung des Entgeltschemas dahingehend, dass auch zusätzliche Leistungen entsprechend angeboten und auch abgerechnet werden könnten, sei nicht sachgerecht. Es stehe jedem Bieter frei, eine eigene Kalkulation aufzustellen und auf Basis dieser einen allfälligen Abschlag und Zuschlag auf den Taxitarif *** prozentmäßig umzulegen. Durch das gegenständliche Entgeltschema werde die Transparenz bestmöglich gewährleistet. Überdies sei damit eine bessere Vergleichbarkeit der Angebotspreise gewährleistet, da es sich gegenständlich um eine geschätzte Auftragssumme handle, deren tatsächliche Höhe vom faktischen Fahrtaufkommen abhänge. Einzige „Mehrleistung“ gegenüber einer normalen Taxifahrt seien die Dokumentations- und Berichtsp?ichten. Auch bei einem Funktaxiverkehr seien Kommunikationssysteme vorzuhalten. Der AST-Verkehr stelle eine Funktion als öffentliches Verkehrsmittel dar, weshalb hohe Qualitätsstandards einzuhalten seien und die vorgesehenen Vertragsstrafen nicht unverhältnismäßig seien. Hinsichtlich der Festlegung der Zuschlagskriterien werde das Ermessen dem BVergG 2018 und dem Sachlichkeitsgebot entsprechend wahrgenommen. Fahrzeuge, die nach dem 1.1.2017 erstmalig zum Verkehr zugelassen seien, wiesen einen niedrigeren Ausstoß an Abgasen auf und seien auch vom Verbrauch her sparsamer und daher weniger umweltschädlich. Dieses Kriterium sei aus Gründen des Umweltschutzes eingeführt worden. Eine Bezugnahme auf eine gewisse Kilometerleistung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe würde keinerlei Änderung bringen, könnte doch nach Angebotsabgabe mit diesem Fahrzeug eine hohe Kilometerleistung gefahren werden. Der behauptete Aufwand für die Angebotserstellung von 15.000 Euro sei nicht belegt und nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerin hat dazu im Wesentlichen repliziert, dass es der Rechtsmittel-Richtlinie 89/665/EWG widerspreche, den Zugang zum Nachprüfungsverfahren an die vorherige Anrufung einer Schlichtungsstelle zu knüpfen. Anrufsammeltaxis mögen in gewisser Weise eine Ergänzung öffentlicher Verkehrsmittel darstellen, seien selbst aber keine öffentlichen Verkehrsmittel. Eigentliches Kernstück der Leistungen des Anrufsammeltaxis seien die Leistungen, die rund um die Erbringung eines bedarfsgesteuerten Verkehrs zu erbringen seien, insbesondere die Disposition und Organisation der Fahrtleistungen. Das Fahren zwischen zwei Punkten sei dann bloßes Handwerk. Ohne Anweisung und Organisation würden die (essentiellen) Fahrtleistungen gar nicht erbracht werden können. Problematisch sei daher schon die Festlegung der Auftraggeberin, dass sämtliche Fahrtleistungen (und nicht die Logistikleistungen) als

essentiell einzustufen seien. Noch problematischer sei die rein quantitative (und gerade nicht qualitative) Festlegung, dass 50% der Fahrtleistungen (derart) essentiell seien, dass sie durch keine Subunternehmer erbracht werden dürfen. In der Ausschreibung seien unterschiedliche ,,Linien und Betriebszeiten" festgelegt, z.B. Tages-AST und Nacht-AST unter Angabe der anzufahrenden Halte. Es werde zwischen der Festlegung 50% der Fahrtleistungen und dem Inhalt der Fahrtleistungen keinerlei Verbindung hergestellt. Der Auftraggeberin sei offensichtlich auch egal, welche 50% der Fahrtleistungen konkret durch den Bieter zu erbringen seien bzw. andererseits durch Subunternehmer erbracht werden könnten. Diese Auslegung des Begriffs der kritischen Aufgabe stehe in diametralem Widerspruch zu dem vergaberechtlich verankerten Recht von Bietern, sich auf Kapazitäten Dritter stützen zu können, und dem Grundsatz des freien Wettbewerbs. Maßgeblich für die Einstufung als kritische Aufgabe sei vielmehr, dass die Umstände der betroffenen Leistungsausschreibung bzw. die Anforderungen der betroffenen Leistung bei objektiver Betrachtung eine Eigenerbringung durch den Bieter notwendig machen. Gegen den Ausschluss der gleichzeitigen Beteiligung eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften wende sich die Antragstellerin gar nicht, als unzulässig angefochten werde die darüber hinausgehende Festlegung in der Ausschreibung, dass auch die gleichzeitige Teilnahme eines Unternehmens als Subunternehmer für mehrere Bieter zu einem automatischen Ausschluss aller Angebote führen müsse, an denen der betreffende Subunternehmer beteiligt sei. In der Ausschreibung werde keinerlei Festlegung getroffen, was gelten solle, wenn der Zeitplan - aus welchen Gründen auch immer - nicht eingehalten werde, sondern die Zuschlagserteilung nicht bis 30.9.2019 erfolge. Die Ausschreibung sehe eben nicht vor, dass der Bieter in diesem Fall nicht mehr an sein Angebot gebunden sein solle. Die Auftraggeberin halte an ihrem rigiden Entgeltsmodell, das einen Abschlag vom Taxitarif *** fordere und somit keinen Raum für eine Entlohnung für über eine ,,normale Taxifahrt" hinausgehende Leistungen zulasse, fest. Die Auftraggeberin verkenne das Ausmaß der Auswirkungen der Dokumentations- und Berichtspflichten auf die Geschäftstätigkeit von Taxiunternehmen. Während beim normalen Taxi-Verkehr der Fahrgast das Entgelt für die Beförderung entrichte, sei vorliegend ein deutlich komplizierteres Verrechnungssystem einzurichten, bei dem die Verrechnung teilweise mit dem Fahrgast direkt und teilweise mit der Auftraggeberin zu erfolgen habe. Dafür seien vom Auftragnehmer wiederum besondere Nachweis- und Dokumentationspflichten einzuhalten. Die Berücksichtigung dieser Mehraufwendungen im Preisangebot werde durch die Festlegung, dass lediglich Abschläge vom Taxitarif angeboten werden dürfen, verunmöglicht. Es sei nicht zu erkennen, inwieweit eine Erstzulassung nach dem 1.1.2017 sicherstellen könne, dass bei der Leistungserbringung nur Fahrzeuge mit einem niedrigeren Abgasausstoß oder einem sparsameren Verbrauch zu Einsatz kämen.

Am 17.6.2019 hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in der eine Beweisaufnahme durch Einsicht in den Nachprüfungsakt und die Vergabeunterlagen sowie durch Vorbringen der Rechtsvertreter der Antragstellerin und der Auftraggeberin erfolgte und die Rechtssache ausführlich erörtert wurde.

Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte u.a. vor, dass der geplante Sammeltaxianrufverkehr als Element des öffentlichen Verkehrs bzw. dessen Ergänzung konzipiert sei. Die Auftraggeberin wolle nicht, dass ein Unternehmer vollständig die Leistungen durch Subunternehmer erbringe und dadurch große Anbieter unter wesentlicher Verwendung lokaler Subunternehmer die Leistungen erbrächten. Das maximale Prozentausmaß von 50 % (Subunternehmerleistungen) beziehe sich auf die gefahrenen Kilometer. Die Grenzziehung bei 50 % sei ein Wunsch der Stadt ***. Da die ausgeschriebene Leistung ein Teil des öffentlichen Verkehrs in *** sein solle, handle es sich per se bereits um eine kritische Leistung. Auf die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 habe sich die Auftraggeberin bei der Ausschreibung nicht gestützt. - Der Rechtsvertreter der Antragstellerin entgegnete, dass diese selbst keine Fahrzeuge für den Taxiverkehr betreibe, sondern derartige Leistungen organisiere. Um real die Beförderungsleistungen erbringen zu können, benötige sie daher jedenfalls Subunternehmer oder weitere Unternehmen, mit denen sie eine Bietergemeinschaft eingehe. Durch die Einschränkung der Subunternehmerleistungen auf 50 % werde in Wirklichkeit der Wettbewerb eingeschränkt. Kleinere Subunternehmer seien durch diese Festlegung gezwungen, sich Bietergemeinschaften „anzuschließen“, wodurch sie wesentlich strengeren Regeln und einschränkenderen Bedingungen an der Angebotsteilnahme unterliegen würden. Die Bemessung der Einschränkung auf 50 % der Fahrleistung ist insoweit problematisch, als es sich lediglich um eine quantitative, im Vorhinein für die Angebotslegung nicht messbare Größe handle. - Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte weiters vor, dass der Ausschluss aller Angebote mit ein und demselben Subunternehmer vorgesehen sei, da in einem derartigen Fall die Verschwiegenheit nicht mehr gegeben sei und es der Auftraggeberin gar nicht möglich sei zu prüfen, ob im Einzelfall irgendwelche Einflussnahmen stattgefunden hätten. - Der Rechtsvertreter der Antragstellerin entgegnete, dass den beteiligten

Unternehmen hiedurch die Möglichkeit genommen werde darzulegen, dass sie Vorkehrungen getroffen hätten, dass es zu keinen den Wettbewerb beeinträchtigenden Maßnahmen komme. - Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte dann vor, dass der einzige Grund für die gewählte und vom Gesetzestext abweichende Formulierung hinsichtlich der Bindungsfrist des Angebotes die Berücksichtigung eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens sei und dass aufgrund des Leistungsumfanges, der Laufzeit des Vertrages und der Erfahrungen aus der Vergangenheit abgeleitet worden sei, dass die Bieter mit Abschlägen zum Normaltarif anbieten würden; die Festlegung eines prozentuellen Abschlags vom Taxitarif *** sei zur Erzielung günstiger Fahrpreise für das Publikum und auch für die Auftraggeberin geschehen. - Der Vertreter der Antragstellerin replizierte, dass der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Leistungsumfang weit über die üblichen Verrechnungsmodalitäten im normalen Taxiverkehr hinausgehe und dass der Bieter de facto gezwungen werde, diese Leistungen nicht in Ansatz zu bringen. - Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass diese Interesse an einem verlässlichen Vertragspartner habe und durch die Vertragsstrafen diese Standards eingehalten werden sollten. - Der Vertreter der Antragstellerin entgegnete, dass die Festlegung einer Vertragsstrafe von 1.000 Euro auch bei minimalen Verstößen (z.B. Fahrzeitnichteinhaltung um 2 Minuten) unangemessen hoch und sachlich nicht gerechtfertigt sei. - Der Vertreter der Auftraggeberin sagte weiters, dass aus der Erfahrung bekannt sei, dass die Angebotspreise nur minimal (im Zehntelprozentbereich) voneinander abwichen; rein theoretisch könne aber eine Abweichung von mehreren Prozenten gegeben sein und ein Bieter bei einer entsprechend großen Abweichung auch Minus-Punkte erhalten. Der Zeitpunkt 1.1.2017 sei gewählt worden, da mit diesem Zeitpunkt eine bestimmte Abgasnorm in Österreich in Kraft getreten sei. - Der Vertreter der Antragstellerin entgegnete, dass die bloße Einziehung eines Datums gerade nicht sicherzustellen vermöge, dass Fahrzeuge mit niedrigem Ausstoß an Abgasen oder sparsamen Verbrauch zum Einsatz kämen, und die Festlegung daher unsachlich sei.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat nun über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wie folgt erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz obliegt die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich. Gemäß § 4 Abs. 2 Z 2 leg. cit. ist bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des Öffentlichen Auftragswesens
(Artikel 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte (§ 15) zuständig.

Gemäß § 5 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 9 Abs. 3 Z. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ist ein Antrag auf Nichtigerklärung nur zulässig, wenn in derselben Sache ein Schlichtungsverfahren durchgeführt und keine gütliche Einigung erzielt wurde.

Gemäß § 11 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Gemäß § 11 Abs. 3 leg. cit. können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages über die in Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt.

Gemäß § 15 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte rechtswidrig ist und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 15 Abs. 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

Gemäß § 15 Abs. 3 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ist, wenn das Landesverwaltungsgericht eine gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig erklärt, der Auftraggeber verpflichtet, in dem betreffenden Vergabeverfahren mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Landesverwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Gemäß § 19 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz hat der Antragsteller u.a. für den Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigerklärung (§ 5 Abs. 1) und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (§ 13) eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 1 Abs. 1 Z. 12 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. 66/2018, beträgt die Pauschalgebühr bei Verfahren betreffend Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich 1.600 Euro.

Gemäß § 19 Abs. 3 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ist für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Gebühr in der Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

Gemäß § 19 Abs. 8 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz hat der vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Gemäß § 19 Abs. 9 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz besteht ein Anspruch auf den Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn der Antragsteller während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und

2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung stattzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Falle der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.

Die Stadt *** ist öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 4 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2018, und das gegenständliche Vergabeverfahren fällt gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Niederösterreich.

Was den Einwand der Auftraggeberin betrifft, das Landesverwaltungsgericht sei unzuständig und zuerst die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge zu befassen, ist auf das bereits am 14.3.2012 ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, 2009/04/0252, zu verweisen, wonach die Einrichtung eines Schlichtungsverfahrens zwar sinnvoll und als solche rechtlich nicht zu beanstanden sein mag, aber es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union den Beschleunigungs- und Effizienzzielen der Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) widerspricht, den Zugang zum Nachprüfungsverfahren an die vorherige Anrufung einer Schlichtungsstelle zu knüpfen (mit Verweis auf EuGH 19.6.2003, Rs C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner und EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, Grossmann Air Service). Unter diesem Blickwinkel stehen die § 3 Abs. 1, § 9 Abs. 3,§ 13 Abs. 4 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, die die Anrufung der Schlichtungsstelle zur obligatorischen Voraussetzung für die Geltendmachung von Nachprüfungsansprüchen machen, in Widerspruch zu den genannten unionsrechtlichen Vorgaben (siehe dazu die vor kurzem im NÖ Landtag beschlossene, noch nicht im Landesgesetzblatt kundgemachte Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes,
Ltg.-671/A-1/47-2019), weshalb sie gegenständlich unangewendet zu bleiben haben und dieser Einwand der Auftraggeberin ins Leere geht.

Die Antragstellung mehr als sieben Tage vor dem Ende der (mehr als 17 Tage betragenden) Angebotsfrist ist gemäß§ 11 Abs. 3 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz als rechtzeitig zu beurteilen. Die gemäß § 19 leg. cit. zu entrichtenden Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren (1.600 Euro) und das Provisorialverfahren (800 Euro) in der Höhe

von gesamt 2.400 Euro wurden nachweislich entrichtet. Der Antrag auf Nichtigerklärung erfüllt die Inhaltserfordernisse gemäß § 9 Abs. 1 leg. cit., und der Antragstellerin fehlen auch die Antragsvoraussetzungen nach § 5 leg. cit. nicht offensichtlich: Dass sie als Taxi-Unternehmen im Geschäftsbereich der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen tätig ist, ist nachvollziehbar, und ihr Interesse an der Angebotsabgabe bzw. am Vertragsabschluss hat sie durch fristgerechte Stellung einer Bieterfrage und durch fristgerechte Stellung eines Nachprüfungsantrages samt Gebührenentrichtung ausreichend glaubhaft gemacht. Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich um die Ausschreibung (bzw. einzelne Bestimmungen der Ausschreibung), diese ist bei Durchführung eines offenen Verfahrens eine gesondert anfechtbare Entscheidung (siehe dazu § 2 Z. 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018). Der von der Antragstellerin behauptete drohende Schaden ist ebenfalls plausibel; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten, wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 14.4.2011, 2008/04/0065, ausgesprochen hat. Darin heißt es auch weiters, dass vom Schadensbegriff des damaligen § 328 Abs. 1 BVergG 2006 (wortgleich mit § 13 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz) all jene Nachteile umfasst sind, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen. Die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung, der entgangene Gewinn der Verlust eines bedeutenden Referenzprojekts stellen nach dieser Judikatur einen drohenden Schaden im Sinne des § 5 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz dar.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung des ersten Absatzes des Punktes 1.18. der Ausschreibung:

Dort heißt es wörtlich: „Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig; die Beiziehung von Subunternehmern zur Erbingung [sic!] der Fahrtleistungen ist bis zu einem Ausmaß von 50 % zulässig“.

Gemäß § 98 Abs. 1 BVergG 2018 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages grundsätzlich (mit – hier nicht relevanten – Ausnahmen) unzulässig. Insoferne hat sich die Ausschreibung an die gesetzlichen Vorgaben gehalten. Was die – von der Antragstellerin beanstandete – Festlegung betrifft, dass die Beiziehung von Subunternehmern nur bis zu einem Ausmaß von 50 % zulässig sein soll, ist auf § 98 Abs. 4 BVergG 2018, der die Beschränkungsmöglichkeit für Subvergaben gemäß Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe aufgreift, zu verweisen, wonach der öffentliche Auftraggeber

1. u.a. bei Dienstleistungsaufträgen vorschreiben kann, dass bestimmte, von ihm festgelegte kritische Aufgaben vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen, oder

2. den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall beschränken kann, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist.

Nach den Materialien zum BVergG 2018 (GP XXVI RV 69) soll das Verbot der Subvergabe von kritischen Leistungsteilen dem Auftraggeber Gewähr dafür bieten, dass die von ihm als „kritisch“ beurteilten, wichtigen Leistungsteile durch von ihm bewertete Bieter selbst und nicht durch sonstige Dritte erbracht werden. Diese Bestimmung soll es dem Auftraggeber daher ermöglichen, dass jene Teile eines Auftrages, die aus Sicht des Auftraggebers besondere Fachkunde oder Fähigkeiten erfordern und bei denen die Qualität der Leistungsausführung maßgeblich durch individuelle Eigenschaften des Leistungserbringers bedingt ist, tatsächlich von jenen Personen ausgeführt werden, die im Laufe des Vergabeverfahrens im Hinblick auf ihre Fähigkeiten zur Leistungserbringung identifiziert und geprüft wurden und auf deren Leistungserbringung der Auftraggeber eine direkte Einflussmöglichkeit hat. Als Paradebeispiel für derartige kritische Leistungsteile können geistige Dienstleistungen (zB Studien, Untersuchungen), F&E Dienstleistungen, Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden uam. angeführt werden. Legt der Auftraggeber fest, dass kritische Aufgaben nur durch den Bieter ausgeführt werden dürfen, nimmt er damit auch Einfluss auf den potentiellen Teilnehmerkreis im Vergabeverfahren und in weiterer Folge auf die Angebote, die als der Ausschreibung entsprechend angesehen werden können. Der Wortlaut der Z 1 stellt (wie die RL auch) auf „bestimmte kritische Aufgaben“ („certain critical tasks“) ab. Einerseits kann daher der Auftraggeber nach seiner subjektiven Einschätzung grundsätzlich frei festlegen, welche Aufgaben er als „kritisch“ qualifiziert. Zu beachten ist hierbei als Grenze das allgemeine Sachlichkeitsgebot und die Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat festgehalten, dass der Rückgriff auf die Kapazitäten Dritter für ein Angebot eine „allgemeine Regel“ und ein „Recht“ des Bieters ist, das vom Auftraggeber zwar in besonderen Fällen eingeschränkt werden kann, doch dürfe der Auftraggeber diese Beschränkung nicht als allgemeine Regel aufstellen (vgl. dazu insbesondere EuGH

Rs C-324/14, Partner, Rs C-234/14, Ostas celtnieks, Rs C-94/12, Swm Costruzioni, Rs C-27/15, Pippo Pizzo). Es ist daher

dem Auftraggeber verwehrt, durch eine allzu umfangreiche Einschränkung der Subvergabe gemäß § 98 Abs. 4 Z. 1 BVergG 2018 diese de facto auszuschließen oder ungebührlich einzuschränken. Andererseits folgt aus der Verwendung des Begriffes „bestimmt“, dass der Auftraggeber konkret die Aufgaben festlegen muss, für die er – weil „kritisch“ – eine allfällige Subvergabe verbietet. Eine abstrakte Festlegung durch den Auftraggeber (zB „XX% der Leistung sind „kritisch“ und daher in Eigenleistung zu erbringen“) ist unzulässig (vgl. EuGH Rs C-406/14, Wroclaw). In der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung fehlt genau eine solche Festlegung im Sinne des § 98 Abs. 4 Z. 1 BVergG 2018, welche bestimmten Leistungen als kritisch festgelegt werden.

§ 98 Abs. 4 Z 2 BVergG 2018 greift eine Beschränkungsmöglichkeit für Subvergaben auf („sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist“), die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt wurde (vgl. dazu EuGH Rs C-27/15, Pippo Pizzo, Rz 28 mwN der Rechtsprechung: „Der Gerichtshof hat allerdings festgestellt, dass es Arbeiten geben mag, deren Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung der kleineren Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise nicht erlangen lässt. So hat er eingeräumt, dass der Auftraggeber in einem solchen Fall berechtigt wäre, zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt oder auf eine begrenzte Anzahl von Wirtschaftsteilnehmern zurückgreift, soweit dieses Erfordernis mit dem fraglichen Auftragsgegenstand zusammenhängt und ihm angemessen ist. Der Gerichtshof hat jedoch klargestellt, dass dieser Fall eine Ausnahme darstellt und das innerstaatliche Recht die fraglichen Erfordernisse nicht als allgemeine Regeln aufstellen kann.“). Auch diese Beschränkung hat der Auftraggeber für jeden Einzelfall vorzunehmen, und in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ist überhaupt nicht dargelegt, warum im Sinne des § 98 Abs. 4 Z. 2 BVergG 2018 genau in diesem Einzelfall die Beschränkung des Rückgriffs auf Subunternehmer sachlich gerechtfertigt und angemessen sein solle.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung des ersten Absatzes des sechsten und siebenten Absatz des Punktes 1.18. der Ausschreibung:

Dort heißt es wörtlich: „Ein Subunternehmer kann nur dann als solcher wirksam namhaft gemacht werden, falls dieser kein eigenes Anbot gestellt hat und er bei einem anderen Bieter nicht ebenfalls als Subunternehmer genannt ist und er darüber hinaus auch keiner Bietergemeinschaft angehört.

Wird ein Subunternehmer von mehreren Bietern als solcher namhaft gemacht oder hat der Subunternehmer ein eigenes Anbot erstellt bzw. ist er Mitglied auch einer Bietergemeinschaft, so führt dies zum Ausscheiden aller Anbote, an welchen der betreffende Subunternehmer als solcher beteiligt ist und auch zum Ausscheiden seines eigenen Anbotes bzw. zum Ausscheiden jenes Anbots einer Bietergemeinschaft, an welcher er zusätzlich beteiligt ist.“

Gemäß § 78 Abs. 1 Z. 4 BVergG 2018 stellt es einen Ausschlussgrund dar, wenn ein Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen.

Zur Frage der Zulässigkeit eines absoluten Verbots von Mehrfachbeteiligungen gibt es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, jedoch eine eindeutige Judikatur. So verweist der Verwaltungsgerichtshof (vgl. sein Erkenntnis vom 18.6.2012, 2010/04/0011) auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH (C-538/07, Assitur Srl.; C-376/08, Serratoni Srl.), dass ein automatischer Ausschluss bzw. ein absolutes Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren dem Unionsrecht widerspricht und dass im "Kontext eines einheitlichen Binnenmarkts mit echtem Wettbewerb ... für das Gemeinschaftsrecht ein Interesse daran“ bestehe, „dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird". Ein automatischer Ausschluss der Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren kann - so der EuGH - trotz des "legitimen Ziels der Bekämpfung potenziell kollusiven Verhaltens nicht gerechtfertigt werden“, weil er "über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“. Vielmehr ist entscheidend "ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist". Dies bedarf "einer Prüfung und tatsächlichen Würdigung, deren Vornahme Sache der Vergabestellen ist". - Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH darf eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer nicht automatisch und in jedem Fall als eine wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden, führt doch eine solche Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer rein zahlenmäßig zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation, nämlich zu mehr Bietern,

was auch im Interesse des Wettbewerbs gelegen sein könnte. So hat auch der VfGH in seinem Erkenntnis vom 22.9.2003, B 1725/01 u.a., VfSlg. 16.938, eine Mehrfachbeteiligung von Bewerbern nicht grundsätzlich als Verstoß gegen den Grundsatz des Wettbewerbs angesehen, sondern in seiner Beurteilung auf den konkreten Fall abgestellt.

Das gegenständliche generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung widerspricht somit dem Unionsrecht (vgl. auch Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 (2015) Rz 225) bzw. der Judikatur des VwGH, des VfGH und des EuGH. Insbesondere eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer kann durch eine Vermehrung der Bieter zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen und kann daher jedenfalls im Interesse der Förderung des Wettbewerbs liegen. Den Bietern muss gemäß der Judikatur im Rahmen einer Aufklärung die Möglichkeit gegeben werden, den Nachweis zu erbringen, dass der Inhalt der abgegebenen Angebote nicht durch ein Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht besteht (vgl. BVA 27.6.2013, N/0050-BVA/13/2013-18, N/0051-BVA/13/2013-16, N/0052-BVA/13/2013-16 = ZVB 2013, 314 mit Anm. Gruber). Folglich müssen Mehrfachbeteiligungen insofern zugelassen werden, als der Bieter beweisen kann, dass die Angebote unbeeinflusst voneinander kalkuliert und erstellt wurden (vgl. abermals BVA 27.6.2013,
N-0050-BVA/13/2013-18). Somit besteht kein sachlicher Grund, einem Unternehmer zu untersagen, neben einem eigenen Angebot nicht auch noch als Subunternehmer bzw. mehrfach als Subunternehmer tätig sein zu können, sofern der Subunternehmer nicht die Gesamtkalkulation der anderen Angebote erfährt. Ein Ausscheiden der Angebote bedarf des konkreten Nachweises wettbewerbsbeschränkender Absprachen (vgl. Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 (2015) Rz 228). Die zuvor genannte Möglichkeit für Bieter bzw. Subunternehmer, den Nachweis zu erbringen, dass der Inhalt der abgegebenen Angebote nicht durch ein Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist und folglich eine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs nicht gegeben ist, besteht aufgrund der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht.

Schon durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten durch die Beschränkung von Subvergaben und das Verbot der Mehrfachbeteiligung ist die Antragstellerin in ihren geltenden gemachten Rechten verletzt. Eine Nichtigerklärung einer angefochtenen Entscheidung kommt aber nur soweit in Betracht, als die festgestellte Rechtswidrigkeit darüber hinaus auch von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers rechtfertigen. Das ist dann der Fall, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist (vgl. VwGH 6.3.2013, 2010/04/0037).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt – wie aus § 347 Abs. 2 BVergG 2018 und aus§ 15 Abs. 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz abzuleiten ist – eine Streichung bloß einzelner Bestimmungen (anstelle der Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung) dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen ist die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl. VwGH 6.3.2013, 2011/04/0115, 0130, 0139, mwN).

Bei einem Verbot einer Mehrfachbeteiligung im Vergabeverfahren kommt eine Streichung (bloß) dieser Ausschreibungsbestimmung nicht in Betracht, weil dann ein anderer Bieterkreis angesprochen würde (BVA 27.6.2013, N/0050-BVA/13/2013-18, N/0051-BVA/13/2013-6 und N/0052-BVA/13/2013-16 = RPA 2013, 273 mit Anm. Schiefer/Rosegger = ZVB 2013, 314 mit Anm.Gruber). Wenn also bei der gegenständlichen Ausschreibung kein Verbot einer Mehrfachbeteiligung ausgesprochen worden wäre, würde ein anderer Bieterkreis angesprochen werden, da zusätzliche Einzelbieter (die schon Subunternehmer anderer Bieter sind oder die sich der gleichen Subunternehmer bedienen wie andere Bieter) ein Angebot legen könnten. Gleiches gilt für die gegenständlich erfolgte Beschränkung von Subvergaben (auf 50%), weil bei einer Streichung (bloß) dieser Ausschreibungsbestimmung auch ein anderer Kreis von Bietern angesprochen würde, nämlich solche, die selbst so wenige Taxis betreiben, dass ihnen die Eigenerbringung von 50% der Fahrleistungen nicht möglich ist. Entsprechend der Rechtsprechung des VwGH war daher die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Auf die anderen im Nachprüfungsantrag vorgebrachten potentiellen Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung war daher nicht mehr einzugehen.

Die Entscheidung über den Ersatz der von der nun obsiegenden Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin gründet sich auf die oben zitierten Bestimmungen des § 19 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Revision ist unzulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung weicht nicht von der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Zudem stellen die – hier im Einzelfall beurteilten – Fragen keine „Rechtsfragen von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung“ (vgl. VwGH 23.9.2014, Ro 2014/01/0033) dar.

Schlagworte

Vergabe; Nachprüfung; Nichtigerklärung; Subunternehmer; Beschränkungsmöglichkeit; Pauschalgebühr;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2019:LVwG.VG.2.002.2019

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2019

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at