jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Beschluss 2019/12/17 Ra 2018/04/0199

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.12.2019

Index

E3L E06300000
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §103
BVergG 2006 §13
BVergG 2006 §25 Abs5
BVergG 2006 §29
BVergG 2006 §69 Z3
BVergG 2006 §70 Abs2
32014L0024 Vergabe-RL Art29

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision der Österreichischen Post AG in Wien, vertreten durch die Heid & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 28. September 2018, Zl. 405-5/50/1/14-2018, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: Land Salzburg, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 19),

Spruch

1. zu Recht erkannt:

Die Spruchpunkte I und III des angefochtenen Erkenntnisses werden wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

2. den Beschluss gefasst:

Im Übrigen - somit hinsichtlich der Spruchpunkte II, IV und V des angefochtenen Erkenntnisses - wird die Revision zurückgewiesen.

Das Land Salzburg hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1 Das Land Salzburg (mitbeteiligte Partei) führte als öffentlicher Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Postdienstleistungen durch. Die Bekanntmachung erfolgte am 24. Juli 2018, die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge endete am 27. August 2018.

2 Mit Schriftsatz vom 20. August 2018 beantragte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung der Ausschreibung (der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006) in diesem Vergabeverfahren.

3 Die angefochtene Entscheidung enthielt u.a. folgende Festlegungen:

„1.2. Beschaffungsziel, Projektbeschreibung

[...]

Es soll der Bedarf der ausgeschriebenen Leistungen für drei Jahre abgedeckt werden, es ist eine maximale Laufzeit von 3 Jahren vorgesehen und wird damit den vergaberechtlichen Bestimmungen (§ 151 Abs 5 BVergG) entsprochen.

[...]

Der Abschluss der Rahmenvereinbarung begründet für den Auftraggeber keine Pflicht zum unmittelbaren Abruf aller darin vorgesehenen Leistungen. [...]

[...]

1.5. Vorgangsweise im Verfahren

Interessierte Unternehmen werden ersucht, ihr Interesse an der Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren auf Grundlage der in diesem Teilnahmeantrag formulierten Bestimmungen abzugeben. Dabei wird ein Verhandlungsverfahren durchgeführt.

Zeitnah nach Ende der Bewerbungsfrist (unverbindliche Angabe) werden auf Grundlage der abgegebenen Teilnahmeanträge entsprechend der Bewertung der Eignungs- und Auswahlkriterien maximal fünf (5) Bewerber zur Abgabe von (Erst-)Angeboten binnen kurzer Angebotsfrist aufgefordert. Eine angemessen kurze Angebotsfrist ist auch durch den Umstand gerechtfertigt, dass die wesentliche Leistungsbeschreibung bereits mit dem vorliegenden Teilnahmeantrag bekannt gegeben wird.

Im Angebotsverfahren (2. Stufe) ist beabsichtigt auf Grundlage der bereits im vorliegenden Teilnahmeantrag beschriebenen erforderlichen Leistungen ggf weitere Kriterien zu formulieren, die die angebotene Leistung jedenfalls erbringen muss. Wesentliches aber voraussichtlich nicht einziges Zuschlagskriterium wird der Preis sein. Diese Anforderungen werden in der Aufforderung zur Angebotsabgabe genau definiert werden. Basis bleiben die Anforderungen, die bereits jetzt unter Punkt 3, Leistungsbeschreibung beschrieben werden.

[...]

1.18. Erfüllungsort

Erfüllungsort ist (nach Wahl des Auftraggebers) gemäß der Leistungsvereinbarung der 2. Stufe des Verfahrens (Auslandszustellungen: weltweit) vorgesehen.

[...]

2.1. Eignungskriterien

Die Bewerber/Bieter müssen spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über die zur Leistungserbringung erforderliche Eignung (Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) verfügen. Die Eignung muss für die gesamte Dauer des Vergabeverfahrens bestehen bleiben. Die von den Bewerbern vorzulegenden Eignungsnachweise und zu erfüllenden Eignungskriterien sind im Folgenden festgelegt. Die Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien erfolgt anhand der vom Bewerber gemachten Angaben und ggf vorgelegten Nachweise.

Der Bewerber kann bezüglich seiner Befugnis und Zuverlässigkeit eine Eigenerklärung gem. § 70 Abs. 1 und 2 BVergG gemäß Beilage ./4 beibringen [...]

2.1.3 Wirtschaftliche/finanzielle und technische Leistungsfähigkeit

[...]

2.1.3.5. Verfügbarkeit vor Ort/Reaktionszeit

Die Reaktionszeit (Verfügbarkeit vor Ort der Leistungserbringung im Falle kurzfristigem Prüfungs- und Kontrollbedarf) darf max. zwei (2) Stunden betragen. Sollte der AG hierüber Zweifel haben, sind ihm über Aufforderung entsprechende Nachweise (Verfügbarkeitskonzepte o.ä) vorzulegen.

[...]

3. Leistungsbeschreibung

[...]

3.4. Leistungs- und Funktionsbeschreibung

3.4.1. Allgemeines

Ausdrücklich festgehalten wird, dass die nachfolgende Leistungsbeschreibung lediglich eine vorläufige und unverbindliche ist und lediglich der Orientierung der Bewerber dient. Die AG behält sich daher ausdrücklich Änderungen und Ergänzungen der Leistungsbeschreibung mit Aufforderung zur Angebotsabgabe vor.

Die verbindliche und vollständige Leistungsbeschreibung wird mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übersandt.

[...]

3.5. Ausschreibungsrelevante Produkte

3.5.1. Versand von Österreich ins Ausland

? Post mit gleichwertiger Zustellqualität eigenhändig mit Rückschein (vgl. RSa) und nachverfolgbar

? Post mit gleichwertiger Zustellqualität mit Rückschein (vgl. RSb) und nachverfolgbar

? Optional: Post ohne Rückschein, ohne Nachweis

3.5.2. Versand innerhalb Österreich (optional, Verhandlungsgegenstand)

? Post mit gleichwertiger Zustellqualität eigenhändig mit Rückschein (vgl. RSa)

? Post mit gleichwertiger Zustellqualität mit Rückschein (vgl. RSb)

? Post ohne Rückschein, ohne Nachweis

[...]

3.5.4. Rücksendung

Rückscheine und nicht zustellbare Sendungen sind täglich gesammelt an die Scanstelle [...] zu übermitteln. [...]

[...]“

4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Salzburg diesen Nichtigerklärungsantrag als unbegründet ab (Spruchpunkt I). Die (näher bezeichnete) Entscheidung über die einstweilige Verfügung vom 24. August 2018 wurde aufgehoben (Spruchpunkt II) und der Antrag auf Pauschalgebührenersatz wurde abgewiesen (Spruchpunkt III). Das Verwaltungsgericht trug der Revisionswerberin auf, eine näher bestimmte Gebühr gemäß der Verordnung betreffend die Gebühr für Eingaben beim Bundesverwaltungsgericht sowie bei den Landesverwaltungsgerichten sowie eine näher bestimmte Abgabe nach der Salzburger Verwaltungsabgaben- und Kommissionsgebührenverordnung zur Anweisung zu bringen (Spruchpunkt IV). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG wurde für nicht zulässig erklärt (Spruchpunkt V).

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass Auftragsgegenstand Postdienstleistungen ins Ausland seien, Postdienstleistungen im Inland seien als Option angeführt. Die Konkretisierung des Verfahrensgegenstandes erachtete das Verwaltungsgericht in seinen Feststellungen als für die erste Stufe eines Verhandlungsverfahrens ausreichend. Der

Begriff „Ausland“ sei entgegen der Auffassung der Revisionswerberin nicht zu ungenau, weil er alle Länder außerhalb Österreichs erfasse. Die Revisionswerberin sei zudem auf Grund der bisherigen langjährigen Eigenschaft als Auftragnehmerin über Art und Inhalt der Vergabesache informiert.

Dem Vorbringen der Revisionswerberin, sie besitze für Zustellungen im Inland ein Ausschließlichkeitsrecht, in welches durch die gegenständliche Ausschreibung eingegriffen werde, sei nicht zu folgen gewesen. Zwar zähle die Zustellung von Schriftstücken von Gerichten und Verwaltungsbehörden (gemeint offenbar: im Inland) nach dem Zustellgesetz zu den im Rahmen des Universaldienstes zu erbringenden Leistungen und sei die Revisionswerberin im Jahr 2016 für (weitere) fünf Jahre zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet worden. Allerdings seien als Hauptgegenstand der Ausschreibung Postdienstleistungen ins Ausland festgelegt, während die Position über die Inlandszustellung lediglich eine Option sei. Zudem habe der Auftraggeber plausibel darlegen können, dass andere Bieter sich der Revisionswerberin auf Grund des Kontrahierungszwanges nach dem Postmarktgesetz (PMG) bedienen können. Aus der Verpflichtung zum Universaldienst könne auch kein Ausschließlichkeitsrecht im Sinn des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 abgeleitet werden. Schließlich sehe diese Bestimmung vor, dass ein Verhandlungsverfahren gewählt werden könne, aber nicht müsse. Die Wahl des Vergabeverfahrens sei - im Hinblick auf den Hauptgegenstand der Ausschreibung - jedenfalls nachvollziehbar.

Die monierten „unklaren Eignungserfordernisse“ seien insofern nicht als rechtswidrig anzusehen, weil die Eignungserfordernisse „entweder mit Eigenerklärung oder […] mit Subunternehmererklärung“ nachzuweisen seien. Die Eignungserfordernisse seien in der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages angegeben worden.

5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

6 Der Auftraggeber erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der er die Zurückweisung, in eventu Abweisung der Revision beantragt.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

7 1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurden ein Nichtigerklärungsantrag und ein damit zusammenhängender Antrag auf Pauschalgebührenersatz abgewiesen (Spruchpunkte I und III). Weiters wurden eine einstweilige Verfügung aufgehoben und der Revisionswerberin die Entrichtung näher bestimmter Gebühren bzw. Abgaben aufgetragen (Spruchpunkte II und IV).

8 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

9 Die vorliegende Revision bekämpft das angefochtene Erkenntnis zwar „in seinem gesamten Umfang“. Das Zulässigkeitsvorbringen enthält aber keine Ausführungen zum Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffend die - als trennbar anzusehenden - Spruchpunkte II und IV (vgl. zur getrennten Prüfung der Zulässigkeit einer Revision bei trennbaren Absprüchen VwGH 8.8.2018, Ra 2017/04/0112, Rn. 15, mwN).

Ausgehend davon war die Revision, soweit sie gegen diese beiden Spruchpunkte gerichtet ist, wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

1 0 2. Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit u.a. vor, das Verwaltungsgericht sei in nicht nachvollziehbarer Weise davon ausgegangen, dass unklare Eignungsanforderungen durch eine Eigenerklärung oder eine Subunternehmererklärung nachgewiesen werden könnten. Des Weiteren fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu, ob durch eine Ausschreibung in ein der Revisionswerberin (hinsichtlich der Zustellung

von behördlichen Schriftstücken im Inland) eingeräumtes Ausschließlichkeitsrecht eingegriffen werden dürfe bzw. ob sie dazu gezwungen sei, auf Grund des Kontrahierungszwanges gemäß § 19 PMG mit einem Mitbewerber, der die Revisionswerberin als Subunternehmer benenne, zu kontrahieren.

11 Die Revision erweist sich im Hinblick darauf hinsichtlich der Spruchpunkte I und III (vgl. dazu, dass die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung über einen vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag auf die Entscheidung über den Pauschalgebührenersatz durchschlägt, VwGH 26.6.2019, Ra 2018/04/0161, 0177, Rn. 74, mwN) als zulässig und aus nachstehenden Erwägungen auch als begründet.

12 3. Dem vorliegenden Vergabenachprüfungsverfahren liegt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren zugrunde.

13 Die dafür fallbezogen relevanten Bestimmungen des hier noch maßgeblichen Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 7/2016, lauteten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

10. Ausschreibung ist die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog, Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb).

[...]

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

[...]

dd) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

[...]

Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25. [...]

(5) Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

[...]

(7) Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Auf Grund einer Rahmenvereinbarung wird nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb bezogen.

[...]

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

§ 103. [...]

(4) Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 68 bis 77 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist unter Bedachtnahme auf Abs. 6 und 7 Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben.

[…]

(7) Langen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmern ein, so hat der Auftraggeber unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. […]

(9) Der Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig schriftlich zur Angebotsabgabe aufzufordern. Der Aufforderung sind, sofern die Unterlagen nicht im Internet bereitgestellt werden, die Ausschreibungsunterlagen und allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. […]“

14 Der von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Art. 29 der Vergaberichtlinie 2014/24 (Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94/65) lautet auszugsweise:

„Artikel 29

Verhandlungsverfahren

(1) Bei Verhandlungsverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf einen die Angaben gemäß Anhang V Teile B und C enthaltenden Aufruf zum Wettbewerb hin einen Teilnahmeantrag einreichen, indem er die von dem öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt.

In den Auftragsunterlagen geben die öffentlichen Auftraggeber den Auftragsgegenstand an, indem sie ihre Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Lieferungen, Bauleistungen oder Dienstleistungen beschreiben und die Zuschlagskriterien spezifizieren. Ferner geben sie an, welche Elemente der Beschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen.

Die bereitgestellten Informationen müssen so präzise sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer Art und Umfang der Vergabe erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen.

[…]

(2) Lediglich jene Wirtschaftsteilnehmer, die von dem öffentlichen Auftraggeber infolge seiner Bewertung der bereitgestellten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Erstangebot übermitteln, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. […]

(3) Sofern in Absatz 4 nicht anders vorgesehen, verhandeln die öffentlichen Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote im Sinne des Absatzes 7, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern.

Die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien sind nicht Gegenstand von Verhandlungen.

[…]“

15 4. Allgemein lässt sich Folgendes festhalten:

16 Das zweistufige Verhandlungsverfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass zunächst eine Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ergeht und in der Folge aus den geeigneten Bewerbern die (anhand der Auswahlkriterien) am besten bewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Teilnahmeunterlagen müssen jedenfalls hinreichend konkret sein, um einem interessierten Unternehmer die Beurteilung zu ermöglichen, ob eine Teilnahme an diesem Vergabeverfahren möglich und sinnvoll ist (so bereits zur Vergabebekanntmachung VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001; vgl. auch Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], BVergG 2006, § 103, Rn. 6, 12). Da eine Angebotslegung erst in der zweiten Stufe erfolgt, müssen die Angaben zu den zu erbringenden Leistungen in den Teilnahmeunterlagen noch nicht in der für eine Leistungsbeschreibung erforderlichen Detailliertheit enthalten sein (so auch Heid/Kurz, in Heid/Preslmayr [Hrsg.], Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz. 1154). Auch in den Erläuterungen zum Bundesvergabegesetz wird anerkannt, dass die Ausschreibung, die einen Überbegriff über verschiedene Unterlagen im Kontext eines Vergabeverfahrens darstellt, je nach betroffener

Unterlage einen unterschiedlichen Konkretisierungsgrad und einen unterschiedlichen Umfang aufweisen kann (siehe zum BVergG 2006 RV 1171 BlgNR 22. GP 13, sowie nunmehr auch zum BVergG 2018 RV 69 BlgNR 26. GP 8). Es ist naheliegend, für die Teilnahmeunterlage in einem zweistufigen Verfahren hinsichtlich der Leistungsbeschreibung einen geringeren Konkretisierungsgrad zu verlangen, weil diese Unterlage in der ersten Stufe übermittelt wird und die Angebotslegung erst auf Grund der (nur an die ausgewählten Bewerber ergehenden) Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgt.

17 Allerdings ist die Eignung eines Bewerbers bei einem zweistufigen Verhandlungsverfahren in der ersten Stufe zu prüfen, weil nur geeignete Bewerber ausgewählt und somit zum weiteren Verfahren zugelassen werden können. Auch § 69 Z 3 BVergG 2006 sieht vor, dass die Eignung bei einem Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen muss. Daraus ergibt sich, dass die Eignungsanforderungen bereits in der ersten Stufe - und somit in den Teilnahmeunterlagen - abschließend und hinreichend bestimmt bekannt gegeben werden müssen, weil nur so eine nachvollziehbare Überprüfung des Vorliegens der Eignung gewährleistet werden kann bzw. nur dann die Möglichkeit besteht, allenfalls unsachliche oder (wie hier behauptet) unbestimmte Eignungsanforderungen zu bekämpfen.

18 Ausgehend davon ergibt sich für das vorliegende Verfahren Folgendes:

1 9 5.1. Die Revisionswerberin macht geltend, dass der Umfang der zu erbringenden Leistungen unklar sei, weil nicht beurteilt werden könne, in welchem Ausmaß Zustellungen an welche Orte im Ausland zu erbringen seien. Es sei auch unklar, welches „Ausland“ erfasst sein soll. Die unpräzisen Festlegungen würden es verunmöglichen, die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Abgabe eines Teilnahmeantrags zu beurteilen. Den unzureichenden Festlegungen in der Ausschreibung könne auch nicht mit dem Hinweis darauf begegnet werden, dass die Revisionswerberin aufgrund ihrer Eigenschaft als Auftragnehmerin über Art und Inhalt der Vergabesache informiert gewesen sei. Bislang sei die Revisionswerberin nämlich nicht Auftragnehmerin der mitbeteiligten Partei für Zustellungen ins Ausland gewesen.

20 Weiters wird in der Revision vorgebracht, dass eine Änderung der (in Art. 29 der Vergaberichtlinie 2014/24 angesprochenen) Mindestanforderungen zu einer Wesensänderung und demnach zu einer Neuausschreibungspflicht führen würde. In diesem Zusammenhang moniert die Revisionswerberin, dass der wirtschaftliche Hauptbestandteil der Leistung - die Zustellung von behördlichen Schriftstücken im Inland - als bloß optionaler Leistungsgegenstand festgelegt worden sei und der „Gesamtcharakter“ der Ausschreibung somit einer substantiellen Änderung unterzogen werden könne.

21 5.2. Die mitbeteiligte Partei hält demgegenüber fest, dass der Vorgabe, wonach der Unternehmer auf Grund der Ausschreibung eine Entscheidung über die Teilnahme treffen können müsse, vorliegend entsprochen worden sei. Dies zeige sich auch daran, dass die Revisionswerberin in weiterer Folge am Verfahren teilgenommen habe. Zudem erbringe die Revisionswerberin derartige Dienstleistungen seit Jahren - sowohl in Österreich als auch im Rahmen des Weltpostvertrages (dessen „Mitglied“ die Revisionswerberin sei und in dem Auslandszustellungen für alle Mitglieder einheitlich geregelt seien) ins Ausland. Der Rüge der Revisionswerberin, es sei nicht absehbar, in welchem Ausmaß an welchen Orten zuzustellen sei, hält die mitbeteiligte Partei entgegen, dass dies dem Leistungsgegenstand (der Schwerpunkt der Zustellungen ins Ausland betreffe Verkehrsstrafen, die nicht vorhersehbar seien) immanent sei. Das Verwaltungsgericht habe die Ausschreibung in einer nicht zu beanstandenden Einzelfallentscheidung als hinreichend konkret angesehen. Zudem sei in der Teilnahmeunterlage ausdrücklich festgehalten, dass die darin enthaltene Leistungsbeschreibung lediglich eine vorläufige sei und der Orientierung der Bewerber diene.

22 Die Mitbeteiligte vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass der wirtschaftliche Hauptbestandteil der ausgeschriebenen Leistung die Zustellung von behördlichen Schriftstücken im Ausland sei. Es sei beabsichtigt, Inlandszustelldienstleistungen nur partiell und optional abzurufen. Zudem sei vorliegend ohnehin eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben worden, bei der keine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers bestehe.

2 3 5.3. Zum Vorbringen der Revisionswerberin zur behaupteten Unbestimmtheit der Leistungsbeschreibung ist Folgendes auszuführen:

24 Mit ihrem Hinweis auf die behauptete Unklarheit des Begriffes „Ausland“ vermag die Revisionswerberin keine Unbestimmtheit aufzuzeigen, weil der Begriff „Ausland“ - bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte - nach dem allgemeinen Sprachverständnis alle Länder außerhalb Österreichs erfasst. Exakte Angaben über die zu erwartende Anzahl von Zustellungen samt den jeweils betroffenen Destinationen können bei einem Auftragsgegenstand wie dem

vorliegenden, bei dem Anzahl und Ort der Zustellungen von Umständen abhängig sind, die vom Auftraggeber nicht vorab beeinflusst bzw. vorhergesehen werden können, nicht gefordert werden. Die Revisionswerberin vermag auch nicht aufzuzeigen, dass sie ohne diese Angaben keine Entscheidung über das Stellen eines Teilnahmeantrags treffen konnte.

2 5 5.4. Der Rüge der Revisionswerberin, wonach (unzulässiger Weise) der Hauptteil der nachgefragten Leistung als Option ausgeschrieben worden sei, ist zunächst entgegenzuhalten, dass das Vergaberecht der Ausschreibung bloß optionaler Leistungsteile nicht entgegensteht. Dies ergibt sich schon aus der Regelung über die Berechnung des geschätzten Auftragswertes, welche die Berücksichtigung von Optionen ausdrücklich vorsieht (siehe § 13 BVergG 2006, dessen Inhalt im Übrigen - insoweit unverändert - in § 13 BVergG 2018 übernommen wurde). Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits zum Ausdruck gebracht, dass eine Option - auch wenn Festlegungen zu den Voraussetzungen ihrer Ausübung fehlen - als Bestandteil des Auftrags anzusehen ist und als solcher auch der Nachprüfung unterliegt (vgl. VwGH 26.4.2007, 2005/04/0189, 0190). Die Inanspruchnahme (oder Nicht-Inanspruchnahme) eines in der Ausschreibung vorgesehenen Optionsrechts stellt daher keine wesentliche nachträgliche Vertragsänderung dar. Es schadet auch nicht, wenn es allein im Willen des Auftraggebers liegt, ob er von einer Option Gebrauch macht oder nicht. Es kann vorliegend auch dahinstehen, worin der „tatsächliche Hauptbestandteil“ des Auftragsgegenstandes liegt, zumal Verfahrensgegenstand der Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist, bei der schon nach der Definition des § 25 Abs. 7 BVergG 2006 keine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers besteht (vgl. dazu auch VwGH 16.3.2016, Ro 2014/04/0070).

2 6 6.1. Die Revisionswerberin moniert, die Ausschreibung enthalte unbestimmte Eignungsanforderungen. Unklar sei insbesondere, wie das Eignungskriterium „Verfügbarkeit vor Ort“ zu verstehen sei. In der dazu ergangenen Fragebeantwortung habe der Auftraggeber darauf hingewiesen, dass der Bieter binnen zwei Stunden am Ort der Leistungserbringung „im Ausland“ verfügbar sein müsse. Eine derartige „Vor-Ort-Verfügbarkeit“ könne ohne Angabe der Destinationen aber weder zugesichert noch überprüft werden. Soweit für die Zustellung im Ausland nach den maßgeblichen internationalen Vereinbarungen bzw. den Rechtsvorschriften des Staates, in dem zugestellt werden solle, Dritte beizuziehen seien, wäre es unmöglich, sämtliche notwendigen Subunternehmer zu benennen, wie dies in der Ausschreibung gefordert sei. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtes sei nicht nachvollziehbar, wie unbekannte Eignungsanforderungen vom Erklärungswillen einer Eigenerklärung erfasst werden könnten.

2 7 6.2. Die Revisionswerberin hat die Unklarheit von Eignungsanforderungen insbesondere im Zusammenhang mit der Verfügbarkeit am Ort der Leistungserbringung (der bei Auslandszustellungen als weltweit angesehen wurde) sowie der dabei zu beachtenden Reaktionszeit gerügt. Das Verwaltungsgericht hat die Rechtswidrigkeit der monierten „unklaren Eignungsanforderungen“ mit dem Hinweis darauf verneint, dass die Eignungserfordernisse mit Eigenerklärung oder Subunternehmererklärung nachzuweisen seien. Eine inhaltliche Prüfung dahingehend, ob die diesbezüglichen Festlegungen für einen fachkundigen Bieter hinreichend klar gewesen seien, hat das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis nicht - jedenfalls nicht in einer für den Verwaltungsgerichtshof erkennbaren Weise - durchgeführt.

28 Wie oben dargelegt (Rn. 17), muss die Eignung bei einem zweistufigen Vergabeverfahren bereits in der ersten Stufe geprüft werden, weshalb die Eignungsanforderungen ebenfalls bereits in der ersten Stufe hinreichend bestimmt bekannt gegeben werden müssen. Zwar konnten Bewerber oder Bieter bereits nach § 70 Abs. 2 BVergG 2006 ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). Die Abgabe dieser Erklärung setzt allerdings die Kenntnis des Bewerbers über den Umfang der verlangten Anforderungen voraus, weil nur so eine Erklärung über deren Erfüllung abgegeben werden kann. Gleiches gilt für den Fall, in dem die erforderliche Eignung durch Heranziehen der Kapazitäten eines Subunternehmers dargetan wird. Es ist daher unzutreffend, einem Vorbringen zur Unbestimmtheit von Eignungsanforderungen die Möglichkeit der Abgabe einer Eigenerklärung oder der Heranziehung von Subunternehmern entgegenzuhalten. Dies hat das Verwaltungsgericht verkannt und dementsprechend weder die erforderlichen Feststellungen dazu getroffen, wie die diesbezüglichen Festlegungen von einem fachkundigen Bieter zu verstehen waren, noch eine inhaltliche Prüfung dahingehend vorgenommen, ob die Festlegungen als hinreichend

bestimmt anzusehen waren, um eine Beurteilung des Vorliegens der Eignung (auch durch den Bewerber selbst) zu ermöglichen. Dadurch hat das Verwaltungsgericht das angefochtene Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

2 9 7. Vor diesem Hintergrund muss auf die in der Revision ebenfalls aufgeworfene Frage betreffend die - nach Ansicht der Revisionswerberin mangels Umsetzung zum hier maßgeblichen Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung eingetretene - unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 29 der Vergaberichtlinie 2014/24 sowie die darin nach Ansicht der Revisionswerberin enthaltenen „deutlich höheren Anforderungen“ (vgl. diesbezüglich die Erläuterungen zu dem die Vergaberichtlinie 2014/24 umsetzenden BVergG 2018 - RV 69 BlgNR 26. GP 139 -, denen zufolge Art. 29 der Vergaberichtlinie 2014/24 das Verhandlungsverfahren im Vergleich zur bisherigen Rechtslage detaillierteren Regelungen unterwirft) nicht weiter eingegangen werden.

30 Gleiches gilt für das Vorbringen der Revisionswerberin im Zusammenhang mit dem behaupteten Ausschließlichkeitsrecht betreffend die optional vorgesehene Zustellung im Inland.

3 1 8. Aus den in Punkt II.6. dargestellten Gründen erweist sich Spruchpunkt I des angefochtenen Erkenntnisses als mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes behaftet, wobei dies infolge des untrennbaren Zusammenhanges auf Spruchpunkt III durchschlägt. Diese Spruchpunkte waren daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

32 Von einer Aufhebung des Spruchpunktes V (Erklärung der ordentlichen Revision für nicht zulässig) war abzusehen, weil dieser Spruchpunkt fallbezogen im Hinblick auf die nicht aufgehobenen Spruchpunkte II und IV weiterhin Bestand haben kann (vgl. VwGH 28.5.2019, Ra 2018/22/0060, mwN).

33 Die Entscheidung über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 17. Dezember 2019

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2018040199.L00

Im RIS seit

27.09.2021

Zuletzt aktualisiert am

27.09.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at