jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Beschluss 2020/6/8 LVwG-VG-3/001-2020

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 08.06.2020

Entscheidungsdatum

08.06.2020

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §7 Abs1 Z2
BVergG 2018 §4 Abs1 Z1
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

Text

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch den Vergabesenat 4 unter dem Senatsvorsitz des Richters Mag. Allraun, mit den weiteren Richtern

HR Dr. Grassinger (Berichterin) und MMag. Kammerhofer (Beisitzer) sowie mit den Laienrichtern Mag. Harald Schweiger und Dr. Andrea Wieser betreffend den am 13.03.2020, außerhalb der Amtsstunden beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten (und somit am 16.03.2020 eingebrachten) Antrag der A Gesellschaft m.b.H., ***, ***

(im Folgenden: ASt), vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH,

C, ***, ***, betreffend das Vergabeverfahren "Messe **, BVH Halle *** – Stufe 2; Gewerk Dachdecker, Spengler; Referenznummer/GZ: ***", Auftraggeberin: D GmbH, FN ***, ***, *** (im Folgenden: AG), das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 iVm

§ 7 Abs. 1 Z 2 NÖ Vergabe – Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (dem Angebot der ASt) erteilt worden sei, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung folgenden

Beschluss

gefasst:

1. Der Antrag der A Gesellschaft m.b.H., ***,

***, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH,

C, ***, ***, laut Schriftsatz vom 13. März 2020, betreffend das Vergabeverfahren "Messe ***, BVH Halle *** – Stufe 2; Gewerk Dachdecker, Spengler; Referenznummer/GZ: ***", Auftraggeberin: D GmbH, FN ***, ***, ***, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 iVm § 7 Abs. 1 Z 2 NÖ Vergabe – Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen

Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (dem Angebot der A Gesellschaft m.b.H.) erteilt worden sei, wird zurückgewiesen.

2. Gegen diesen Beschluss ist die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1 und 3 Z 2, § 4 Abs.3 Z 1, Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 15, § 7 Abs. 1 Z 2,

§ 12 Abs. 5, § 15 Abs. 1, § 17 Abs. 1 und§ 19 Abs. 4 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 54/2019 (NÖ VNG)

§ 1 Abs. 1, § 2 Z 5, § 4 Abs.1 Bundesvergabegesetz 2018,BGBl. I Nr. 65/2018 idgF (BVergG 2018),

§ 31 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)

§ 25a Abs.1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) iVm

Artikel 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

Begründung:

Mit Schriftsatz vom 13.03.2020, beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangt am 13.03.2020, außerhalb der Amtsstunden, hat die ASt in Bezug auf das Vergabeverfahren „Messe ***, BVH Halle *** – Stufe 2; Gewerk Dachdecker, Spengler; Referenznummer/GZ: ***“ den Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 iVm

§ 7 Abs. 1 Z 2 NÖ Vergabe – Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (dem Angebot der ASt) erteilt worden sei.

Nach Erstattung der nach dem NÖ VNG geforderten Formalangaben führte die ASt inhaltlich im Wesentlichen Folgendes aus:

Maßgeblicher Sachverhalt und Interesse am Vertragsabschluss:

Die Ausschreibung der öffentlichen Auftraggeberin D GmbH (Gesellschafterin: Stadtgemeinde *** mit 99,96 %), FN ***, des Gewerks Dachdecker, Spengler für das Vorhaben Messe ***, Halle *** – Stufe 2, sei als Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 47 BVergG 2018 auf Grund eines Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses mit Datum 25.07.2019 erfolgt. Es handle sich um einen Bauauftrag, der nach Ansicht der Auftraggeberin einen geschätzten Auftragswert von € *** nicht erreiche. Demgemäß sei eine Ausschreibung als „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ erfolgt. Dies ungeachtet der wohl rechtswidrigen Festlegung, dass sich die AG eine freie Ausschreibung, Beurteilung der Angebote und Vergabe (abweichend von der ÖNORM A2050) vorbehalten habe (Ausschreibungs-LV vom 25.07.2019, Position 0000 Z, Seite 2/121).

Gemäß Position 001101 V sei die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen seitens der Auftraggeberin D GmbH auf Grundlage des Bundesvergabegesetzes (BVergG) erfolgt, wobei gemäß Position 001101E die Festlegung vorgenommen worden sei, dass das Vergabeverfahren als „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2018“ (idgF) durchgeführt werde. Als Zuschlagskriterium sei zu 100 % der Preis festgelegt worden, somit sei (offensichtlich) das Billigstbieterprinzip festgelegt worden.

Gemäß Position 001126E (Punkt 1.5.6., Seite 24/121 des Ausschreibungs-LV vom 25.07.2019) sei festgelegt:

„1.5.6. Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters haben keine Gültigkeit; sollte der Bieter auf eigene Geschäftsbedingungen verweisen, die in Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen stehen, führt das zum Ausscheiden des Angebots.“

Gemäß Position 001401 (Seite 27/121 des Ausschreibungs-LV vom 25.07.2019) sei festgelegt:

„Als Vertragsgrundlage werden folgende ÖNORMEN vereinbart.

Vertragsgrundlage ÖNORMEN

Die ÖNORM B 2110.“

Gemäß Position 001513 Z „Allg.Geschäftsbed.AN“ (Seite 29/121 des Ausschreibungs-LV vom 25.07.2019) sei vom AG festgelegt worden:

„Allg. Geschäftsbed.AN

Allgemeine Geschäftsbedingungen des AN haben für dieses Vertragsverhältnis keine Wirksamkeit, auch wenn diese gegenteilige Bestimmungen enthalten. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn sie auf Lieferscheinen, Fakturen, etc. aufgedruckt sind.“

Anqebot der Antragstellerin

Die ASt habe dem öffentlichen Auftraggeber gemäß Angebots-Leistungsverzeichnis vom 28.08.2019 ein Angebot mit einer Netto-Angebotssumme von € *** unterbreitet. lm Deckblatt des Angebots-Leistungsverzeichnisses der ASt vom 28.08.2019 sei festgehalten:

„Projekt: Messe ***, Halle *** – Stufe 2

Dachdecker- und Spenglerarbeiten

Wir danken für die Einladung zur Offertlegung und bieten Ihnen gemäß der jeweils geltenden Ö-Normen sowie unseren Allgemeinen Geschäftsbedingungen für oben angeführtes Bauvorhaben wie folgt an:

Angebotssumme Netto:	***	EUR
Umsatzsteuer 20,00 %	***	EUR
Angebotssumme Brutto:	***	EUR“

Es seien fünf Angebote gelegt worden, wobei keines der Angebote einen Auftragswert von €*** (brutto) unterschreite. Das Angebot der ASt mit brutto € *** sei als billigstes Angebot zu bewerten. Die übrigen Angebotssummen (E GmbH: € ***; F GmbH: € ***; G GmbH: € ***; H Ges.m.b.H.: € ***) würden die Angebotssumme der ASt deutlich übersteigen.

Mit Telefaxschreiben vom 21.10.2019 sei seitens der AG mitgeteilt worden, dass das Angebot der ASt ausgeschieden habe werden müssen. Dies mit der Begründung, dass

- (25) Beilagen bzw. angeforderte Angaben fehlten;
- Bieterlücken zwar vollständig ausgefüllt, jedoch die Angaben zu Produkten mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen worden seien sowie
- das Angebot auf Allgemeine Geschäftsbedingungen ASt verweise, daher das Angebot überhaupt nicht ausschreibungskonform sei und daher ausgeschieden habe werden müssen.

Mit E-Mail des Rechtsvertreters der AG vom 24.10.2019 sei der ASt mitgeteilt worden, dass der Zuschlag der H Ges.m.b.H. „auf Basis der auf der Plattform zur Verfügung gestellten Unterlagen erteilt wurde“ und der vorgesehene Gesamtpreis € *** betrage. Offengelassen sei worden, ob es sich dabei um einen Brutto- oder um einen Nettobetrag handle.

Die ASt sei ein befugtes, geeignetes und auch leistungsfähiges Dachdecker- und Spenglereiunternehmen. Im Ausschreibung-Leistungsverzeichnis habe die AG die Übermittlung von insgesamt 29 Beilagen gefordert. Die ASt habe ihrem übermittelten Angebot vier der insgesamt 29 geforderten Beilagen angefügt. Die abverlangten Beilagen sollten der AG lediglich rein formalistische Auskünfte über die Bieter liefern.

Die ASt habe der AG ihr Angebot unter Verweis auf die jeweils geltenden Ö-Normen sowie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen übermittelt, wobei sie letztere dem übermittelten Angebot weder angeschlossen noch zu einem anderen Zeitpunkt übermittelt habe. Der Verweis auf die AGB der ASt habe sich vielmehr in einem kurzen Satz im gelegten Angebot erschöpft.

lm Leistungsausschreibungsverzeichnis der AG befänden sich echte als auch unechte Bieterlücken.

Die Leistungspositionen 01216706A, 01216707A und 02012133A im Ausschreibungs- Leistungsverzeichnis (in der Folge Ausschreibungs-LV) beinhalteten jeweils echte Bieterlücken.

In den ersten beiden (echten) Bieterlücken habe die ASt die Produkte der Firma „I“ angeführt, wobei die ASt den Zusatz „oder gleichwertig“ beifügt habe.

In der dritten (echten) Bieterlücke habe sie das Produkt der Firma „J“ angeführt und damit alle echten Bieterlücken vollständig ausgefüllt.

Die Positionen 01216202D, 01216637A, 01216701A, 01217154A, O1218198A, O1231306A, 01231307A, 01560623A, 015606238, 01560624A, 015606248, 01560625A, 01560626A, 01560627A, 01560628A, 015606298, 02216202D, 02216637A, 02216701A, 02217154A, 02218198A, 02231306A, 02231307A, 022314128, 02234411A beinhalteten unechte Bieterlücken. Hinsichtlich dieser unechten Bieterlücken habe die ASt die jeweiligen Leitprodukte der AG angeführt. Nur im Rahmen der Positionen 01216637A und 02216637A habe die ASt andere Produkte in die Bieterlücke einfügt, als die von der AG vorgegebenen Leitprodukte. Die ASt habe sowohl die Leitprodukte als auch die selbst gewählten Produkte mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ wiedergegeben und damit die gleiche Formulierung gewählt, wie die AG in der Ausschreibung.

Auf Grund des Umstandes, dass die ASt in den unechten Bieterlücken bis auf zwei Positionen (01216637A und 02216637A) das Leitprodukt der AG angeboten und dabei auch die gleiche Formulierung wie die AG gewählt habe (wie bspw. „K oder L“), habe sie alle Anforderungen erfüllt, die für eine korrekte Angebotslegung erforderlich seien.

Die angebotenen Produkte seien von der ASt zudem mittels Anführung der Firmenbezeichnung genannt worden. Welche Produkte die ASt konkret angeboten habe, ergebe sich völlig schlüssig und nachvollziehbar anhand der genauen und umfangreichen Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung der AG, da jeweils nur ein Produkt der angegebenen Firmen in Betracht komme, das den in der Ausschreibung angeführten Anforderungen genüge, wobei dies ohnehin nur für jene Bieterlücken relevant sei, in denen von der ASt nicht das Leitprodukt angeboten worden sei.

Die ASt habe als befugtes, geeignetes und leistungsfähiges Dachdecker-Spenglereiunternehmen evidenter Maßen ein hohes Interesse am Vertragsabschluss, da der Auftrag in ihren zentralen Geschäftsfeldern liege, dessen Ausführung ihrer Reputation sowie Bekanntheitssteigerung äußerst dienlich wäre und sie zudem einen nicht unerheblichen Gewinn erzielen hätte können.

Schaden der ASt:

Der ASt sei durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes ein Schaden in Form des entgangenen Gewinnes sowie der Frustration der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren entstanden. Darüber hinaus habe die ASt ein wichtiges Referenzprojekt verloren, wodurch ihr ein entsprechender Vermögensnachteil entstanden sei (vgl. VwGH 2008/04/0065). Referenzlisten seien für Zuschläge öffentlicher Aufträge von immenser Bedeutung. Dies zeige sich schon anhand des Umstandes, dass die Bieter auch im gegenständlichen Verfahren entsprechende Referenzlisten ihrem Anbot als Beilage beifügen hätten müssen.

Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, werde in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen seien nicht geboten (VwGH 2009/04/0128; 2004/04/0127).

Bezeichnung der Rechte, in denen sich die ASt als verletzt erachte:

- Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauteren Wettbewerb entsprechenden, insgesamt vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens

- Recht auf Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung

- Recht auf rechtskonforme Angebotsprüfung, insbesondere auf rechtskonforme Anwendung der Ausscheidungstatbestände

- Recht auf Erteilung des Zuschlags an das Angebot der Antragstellerin A Gesellschaft m.b.H. als wirtschaftlich billigstes Angebot (Billigstbieterprinzip)

Rechtswidrigkeit des Ausscheidens;

Fehlende Beilagen:

Die fehlende Übermittlung der Eignungsnachweise, der Referenzliste, des Strafregisterauszuges und der anderen fehlenden (insgesamt 25) angeforderten Unterlagen seien als behebbarer Mangel zu werten.

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängel sei darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mietbietern materiell verbessert würde.

Die nachfolgende Übermittlung der von der ASt nicht übermittelten Unterlagen hätte ihr keine bessere Wettbewerbsstellung verschafft, zumal es sich bei den fehlenden Unterlagen um bloß formalistische Nachweise bzw. Auskünfte über Eignung, Berechtigung, Zahl der Dienstnehmer, Strafregister, Lastschriftanzeige des Finanzamtes, technische Ausstattung, Begleichung der Kommunalsteuer, Sozialversicherungskonto u.dgl. handle.

Die AG hätte die ASt unter Setzen einer angemessenen Nachfrist zur Vorlage der Nachweise auffordern müssen.

Im konkreten Fall sei die AG ohne vorangehende Aufforderung zur Mängelbehebung nicht zum unmittelbaren Ausscheiden des Angebotes berechtigt gewesen (vgl. VwGH 2008/04/00/87).

Da die AG das Angebot der ASt aber sogleich, ohne Setzung einer (angemessenen) Nachfrist, ausgeschieden habe, habe die AG jedenfalls rechtswidrig gehandelt (vgl. N/0094-BVA/06/2011-26).

Verweis auf eigene Allqemeine Geschäftsbedingungen:

Nach ständiger Rechtsprechung sei bei Angeboten in Vergabeverfahren, die mit den Ausschreibungsunterlagen nicht in Einklang stünden, grundsätzlich nicht von einem Widerspruch auszugehen. Die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, sei daher nur gerechtfertigt, wenn der Bieter dies — klar — zum Ausdruck bringe (vgl. VwGH 2007/04/0007; 2006/04/0200; 2004/04/0102).

Diese Voraussetzung erachte der Verwaltungsgerichtshof nicht als gegeben, wenn ein Bieter im unterfertigten Angebot seine eigenen AGB erwähne oder diesem anschließe (vgl. VwGH 2007/04/0007). Nur im Fall der Übermittlung eines separaten Begleitschreibens eines Bieters, mit dem er andere Bedingungen als in der Ausschreibung festlege, sei die Annahme gerechtfertigt, dass der Bieter die im Begleitschreiben angeführten Bedingungen an die Stelle der sich aus der Ausschreibung ergebenden Bedingungen stellen wolle (vgl. BVA N-26/97-6 = BVergSIg 17.9).

Im konkreten Fall habe die ASt aber kein eigenes Begleitschreiben übermittelt. Vielmehr habe sich der Verweis auf die eigenen AGB in einem einzigen Satz im übermittelten Angebot erschöpft, womit sich keinesfalls die Annahme ergebe, dass die ASt den Auftrag nur unter Zugrundelegung ihrer eigenen AGB annehmen habe wollen, zumal sie ihre AGB dem übermittelten Angebot nicht einmal beigefügt habe.

Abgesehen davon halte das Ausschreibungsleistungs-LV in der Position 001513 ausdrücklich fest, dass die AGB des Auftragnehmers für das Vertragsverhältnis keine Wirksamkeit hätten, weshalb der (kurze) Verweis der ASt auf ihre eigenen AGB schon allein aus diesem Grund nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen hätte dürfen.

Bieterlücken:

Das Nichtausfüllen von echten Bieterlücken stelle einen unbehebbaren Mangel dar, der zwangsläufig zum Ausscheiden des Angebotes führe.

Im Konkreten liege dieser Ausscheidensgrund jedoch nicht vor, da die ASt alle echten Bieterlücken vollständig ausgefüllt habe. Der Umstand, dass die ASt (lediglich) die Firmenbezeichnung angeführt habe und nicht das konkrete Produkt, schade im gegenständlichen Fall nicht. Welche Produkte die ASt konkret angeboten habe, ergebe sich aus den umfangreichen und detaillierten Anforderungsprofilen, die das Ausschreibungs- LV der AG an die anzubietenden Produkte gestellt habe. Die Firmen(-bezeichnungen), die von der ASt in die echten Bieterlücken eingefügt worden seien, würden jeweils nur ein Produkt anbieten, das den Anforderungen des Ausschreibungs- LV genüge. Daher habe die ASt in den echten Bieterlücken entsprechend der Ausschreibung nur ein konkretes Produkt angeboten.

Bei den unechten Bieterlücken habe die AG ein Leitprodukt angeführt, das dann als angeboten gelte, wenn die Bieterin kein anderes Produkt anbiete. Im konkreten Fall habe die ASt, abgesehen von zwei Positionen, jeweils das Leitprodukt der Auftraggeberin angeboten und zudem die gleiche Formulierung wie im Ausschreibungs- LV gewählt, womit das Leitprodukt als angeboten gelte.

In die unechten Bieterlücken der Positionen 01216637A und 02216637A habe die ASt das dem Leitprodukt „M“ gleichwertige Produkt „K oder L“ eingefügt.

Im Punkt 4. des Ausschreibungs-LV werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Bieter nur auf Verlangen die im Leistungsverzeichnis bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Anforderungen vollständig nachweisen müsse.

Zudem habe ein Bieter nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH die Gleichwertigkeit seiner Produkte nur dann bereits im Angebot darzulegen, wenn dies der AG (in der Ausschreibung) verlange (vgl. EuGH vom 12.7.2018, C-14/17).

Im konkreten Fall liege ein derartiges Verlangen auf Seiten der AG aber nicht vor, weshalb die ASt auch nicht verpflichtet gewesen sei, schon mit der Abgabe des Angebotes die Gleichwertigkeit der Produkte „K oder L" gegenüber dem Leitprodukt der Firma „M" darzulegen.

Das Ausscheiden des Angebotes der ASt sei daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens zudem von wesentlichem Einfluss, da die ASt im Fall des Unterbleibens des Ausscheidens als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten hätte.

Die Antragstellerin stellte die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 iVm § 7 Abs. 1 Z 2 NÖ VNG feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (dem Angebot der ASt) erteilt worden sei.

Mit Schriftsatz vom 20.04.2020 erstattete die AG zu diesen Ausführungen und Anträgen der ASt eine Stellungnahme, in welcher sie die Punkte 1.1. bis 1.4. (Formalangaben) im Schriftsatz der ASt vom 13.04.2020 außer Streit stellte.

Zum Sachverhalt bestätigte die AG, dass das gewählte Verfahren die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gewesen sei.

Die AG gab die von ihr geschätzte Auftragssumme des gesamten Bauvorhabens (exklusive USt) bekannt.

Die Gewerke

• Abbruch und Entsorgung,

• Dachdecker/Spengler und

• Bautischler

seien im Verfahren Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung vergeben worden, das Gewerk

• Maler

im Wege der Direktvergabe.

Die AG verwies auf die sachverständige Kostenschätzung durch das von ihr beauftragte Büro eines Ziviltechnikers und bezifferte die das gegenständliche Gewerk Dachdecker/Spengler von der AG geschätzten Auftragskosten konkret.

Die AG bezifferte weiters konkret die geschätzten Kosten für die Gewerke, die in einem Verfahren, das dem Unterschwellenbereich vorbehalten sei, vergeben werden sollten und gab den Prozentanteil dieser geschätzten Kosten an jenen des gesamten geschätzten Auftragsvolumens an.

Die AG verwies zum Beweis dafür auf den Aktenvermerk „Vergabestruktur Halle 1" und beantragte die Befragung von zwei namentlich von ihr bezeichneten Personen.

Die AG verwies überdies auf § 13 Abs 1 BVergG 2018, wonach sämtliche Werte ohne Umsatzsteuer zu verstehen seien, sowie darauf, dass es auch im gegenständlichen Verfahren keine Indizien gebe, von dieser Regelung abzugehen.

Gemäß § 14 Abs 3 BVergG 2018 seien grundsätzlich sämtliche Lose nach den Vorschriften des Oberschwellenbereiches zu vergeben. Maximal 20% des kumulierten Wertes aller Lose könnten nach den Vorschriften des Unterschwellenbereiches vergeben werden, sofern der Auftragswert des einzelnen Loses EUR *** nicht übersteige.

Unter Hinweis auf die dargelegten Berechnungen werde daher vorgebracht, dass das gewählte Verfahren zulässig sei.

Die Bekanntmachung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Diese sei unbekämpft geblieben und sei daher bestandsfest.

Das gewählte Vergabeverfahren zeichne sich durch besondere Formfreiheit aus.

Auf Seite 24/121 des Leistungsverzeichnisses, unter Punkt 1.5.6., sei festgehalten, dass für den Fall, dass der Bieter auf eigene Geschäftsbedingungen verweise, das zum Ausscheiden des Angebotes führe. Damit habe sich die AG hinsichtlich der Bieter-AGB festgelegt und unmissverständlich normiert, dass ein Verweis, wie er von ASt-Seite

aufgenommen worden sei, zwingend zum Ausscheiden des Angebotes führen müsse. Auch der Auftraggeber sei an die Ausscheidenskonsequenz, die er sich selbst auferlegt habe, gebunden. Es sei ständige Rechtsprechung, dass es nicht in der Disposition des Auftraggebers stehe, von Ausscheidenstatbeständen nach eigenem Ermessen Gebrauch zu machen (vgl. bspw. BVA 04N-131/04-38).

Insofern habe die AG konsequenter Weise das Angebot der ASt auf Grund deren Verweises auf die eigenen AGB ausgeschieden.

Darüber hinaus sei der Hinweis der ASt bei den unechten Bieterlücken, das angebotene Produkt oder ein gleichwertiges anzubieten, ebenfalls ein Kriterium, das zum zwingenden Ausscheiden des Angebotes führen habe müssen. Es handle sich dabei um einen nicht verbesserungsfähigen Mangel, da die nachträgliche (nämlich nach Angebotsöffnung) Möglichkeit zur Konkretisierung des angebotenen Produktes zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung der ASt geführt hätte.

Durch den Umstand, dass die ASt die unechten Bieterlücken nicht einfach unausgefüllt gelassen, sondern konkret die vorgeschlagenen Leitprodukte angegeben, allerdings die Ergänzung „oder gleichwertig“ vorgenommen habe, habe sie kein konkretes Angebot gelegt.

Der Vertragsinhalt sei insofern weder bestimmt noch bestimmbar gewesen, wobei der Umstand, auf den die ASt auch im gegenständlichen Antrag verweise, dass sie nämlich den gleichen Wortlaut gewählt hätte, wie in den Ausschreibungsunterlagen, insofern schon zivilrechtlich einen Irrtum darstellen dürfte, da die Ausschreibungsunterlage bei unechten Bieterlücken gerade dem Bieter die Möglichkeit eröffnen solle, auch anderweitige Produkte anzubieten, als die von der AG-Seite vorgeschlagenen. Dies könne aber nicht dazu führen, dass der Bieter kein konkretes Produkt anbiete, sondern selbst sich die Konkretisierung des zu liefernden Produktes vorbehalte.

Da im gegenständlichen Verfahren zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung keine Schritte mehr vorgesehen seien (anders als beispielsweise bei einem Verhandlungsverfahren), habe eine nachträgliche Konkretisierung (nach Angebotsöffnung) nicht mehr zugelassen werden können. Auch eine Verbesserungs- bzw. nachträgliche Konkretisierungsmöglichkeit sei aus den oben angeführten Überlegungen (Verbesserung der Wettbewerbssituation der ASt) unzulässig.

Auch aus diesem Grund habe daher das Angebot der ASt ausgeschieden werden müssen.

Nichts Anderes gelte auch für die echten Bieterlücken, wo die ASt zwar den Herstellernamen angegeben, aber neuerlich die Einschränkung „oder gleichwertig“ vorgenommen habe. Darüber hinaus sei hier auch nicht einmal die Konkretisierung auf ein bestimmtes Material (PUR, Niro oder Alu) vorgenommen worden, sodass man auch in diesem Fall nicht von einem konkreten Angebot ausgehen habe können. Da es eine Vielzahl von anderen Anbietern neben dem vorgeschlagenen Leitprodukt der Firma I gebe (beispielsweise die Firmen N, O, P, etc.), sei der Zusatz „oder gleichwertig“ geeignet, eine Auflösung der Bindungswirkung des Angebotes herbeizuführen. Zumal es auch bei den Produkten des Herstellers I Ausführungen in PUR oder Edelstahl gebe, was ein Preisverhältnis von ca. 1:5 darstelle, sei auch aus diesem Grund das Angebot der ASt nicht annahmefähig. Auch hier hätte eine nachträgliche Aufforderung zur Konkretisierung eine Wettbewerbsbesserstellung der ASt herbeigeführt.

Aus den angeführten Gründen sei daher das Angebot der ASt auszuscheiden gewesen.

Eine Verständigung über die Zuschlagserteilung sei lediglich aufgrund der Vorgaben des Bundesvergabegesetzes erfolgt, sodass, um Rechtswidrigkeiten hintanzuhalten, iSd § 47 Abs 5 BVergG 2018 auch die ASt die Mitteilung erhalten habe, welchem Unternehmen der Zuschlag erteilt worden sei.

Es sei sohin kein Angebot vorgelegen, welches annahmefähig gewesen wäre. Insofern habe ein Verstoß iSd§ 7 Abs 1 Z 2 NÖ VNG gar nicht gesetzt werden können. Für den Vertragsabschluss bedürfe es eines konkreten Angebotes; ansonsten hätte die ASt die Möglichkeit, nachträglich den Vertragsinhalt anzupassen bzw. zu verändern.

Mangels vorliegenden Angebotes habe daher auch keine Zuschlagserteilung an die ASt erfolgen können. Das Ausscheiden des Angebotes sei daher rechtmäßig.

Die AG stellte an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich den Antrag,

den Antrag der ASt auf Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen

Auftragswesen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot der ASt erteilt worden sei, abzuweisen, in eventu von einer Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages abzusehen, zumal eine allfällige Neuausschreibung gerade auf Grund der gegenständlichen Situation rund um COVID-19 fast unmöglich erscheine, das gegenständliche Bauvorhaben mit öffentlichen Fördermitteln unterstützt werde, sohin Mittel verschwendet würden, die für andere öffentliche Interessen dringender benötigt würden (vgl. Notfallfond etc.) und die Arbeiten der Zuschlagsempfängerin bereits abgeschlossen seien.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Vergabesenat 4) hat hierzu gemäß § 15 NÖ VNG iVm § 24 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in welcher auf Grund der in elektronischer Form vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens (daraus insbesondere auf Grund der Angebotsunterlagen der ASt samt Leistungsverzeichnissen sowie anhand des Prüfberichtes und Vergabevorschlages der AG vom 22.10.2019), anhand des Gesellschaftsvertrages betreffend die D GmbH in der Fassung vom 18.08.2016 sowie durch Befragen von informierten Vertretern der AG und der ASt Beweis erhoben wurde.

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens hatte das erkennende Gericht von folgendem, als feststehend anzusehenden, entscheidungswesentlichen Sachverhalt auszugehen:

Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die D GmbH, FN ***, ***, ***, im Vergabeverfahren vertreten durch Rechtsanwalt Q.

Das gegenständliche Vergabeverfahren „MESSE ***, BVH Halle ***-Stufe 2; Gewerk Dachdecker, Spengler/. Referenznummer/GZ: ***“ wurde von der AG im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben und vergeben.

Die öffentliche Bekanntmachung (einschließlich der Wahl des Vergabeverfahrens) wurde von keinem der Bieter, somit auch nicht von der ASt, angefochten.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde als Zuschlagskriterium zu 100% der Preis festgelegt. Somit wurde von der AG das Billigstbieterprinzip festgelegt.

Die ASt hat fristgerecht ein Angebot unterbreitet. Die Angebotssumme beträgt

(exkl. USt.) € ***.

Weitere vier Bieter haben ein Angebot gelegt. Die Angebotssumme der übrigen Bieter (exkl. USt) liegt jeweils über der von der ASt ausgepreisten Angebotssumme.

Mit Schriftsatz der AG vom 21.10.2019, an die ASt übermittelt mit Telefax am 21.10.2019, wurde seitens der AG der AST mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden habe werden müssen.

Als Begründung verwies die AG darauf, dass Beilagen bzw. angeforderte Angaben fehlten, Bieterlücken zwar ausgefüllt, jedoch die Angaben zu Produkten mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen worden seien, sowie dass das Angebot der ASt auf Allgemeine Geschäftsbedingungen der ASt verweise, weshalb das Angebot überhaupt nicht ausschreibungskonform sei und daher ausgeschieden habe werden müssen.

Mit Schriftsatz der AG vom 24.10.2019, der ASt am selben Tag mit E-Mail übermittelt, wurde der ASt mitgeteilt, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der H Ges.m.b.H. auf Basis der auf der Plattform zur Verfügung gestellten Unterlagen erteilt worden sei und dass der vorgesehene Gesamtpreis € *** betrage. Unter Hinzurechnung von 20% USt. ergebe das betreffende Angebot der H Ges.m.b.H. eine Gesamtangebotssumme in der Höhe von € ***.

Das Angebot der H Ges.m.b.H. war nach dem von der ASt gelegten Angebot jenes mit der zweitniedrigsten Angebotssumme im gegenständlichen Vergabeverfahren.

Die ASt hat somit am 24.10.2019 davon Kenntnis erlangt, dass der Zuschlag der H Ges.m.b.H. erteilt wurde.

Die ASt hat den verfahrensgegenständlichen Feststellungsantrag, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis – jenem der ASt – erteilt worden sei, am 13.03.2020, außerhalb der Amtsstunden, beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingebracht.

Die ASt hat im eingebrachten Feststellungsantrag laut Schriftsatz vom 13.03.2020 ihr Interesse am Vertragsabschluss und einen ihr drohenden Schaden dargelegt und dazu inhaltlich ausgeführt.

Laut § 1 lit. a) bis lit. d) des die D GmbH betreffenden Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 18.08.2016 hat die D GmbH folgenden Unternehmensgegenstand:

a) die Veranstaltung von Messen, Kongressen, Ausstellungen und sonstigen gleichartigen Veranstaltungen,

b) die Durchführung und Förderung von kulturellen, sportlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten und Veranstaltungen und der Erwerb der hierzu notwendigen und nützlichen Anlagen, Sachen und Rechte,

c) die Vermietung und Verpachtung von Räumlichkeiten und Flächen,

d) den Handel mit Waren aller Art.

Außerdem ist die Gesellschaft zu allen Handlungen, Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszweckes förderlich erscheinen, mit der Ausnahme von Bank- und Börsengeschäften (§ 2 des bezeichneten Gesellschaftsvertrages).

Die Stammeinlagen der Stadtgemeinde *** als eine der beiden Gesellschafter betragen 99,96 % des Stammkapitals dieses Unternehmens.

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer, welche von der Gesellschafterversammlung bestellt werden.

Die Vertretung der Gesellschaft erfolgt, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist, durch diesen allein oder durch zwei Gesamtprokuristen, wenn zwei oder mehrere Geschäftsführer bestellt sind, durch je zwei Geschäftsführer oder durch je einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Gesamtprokuristen.

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, kann den Geschäftsführern von der Generalversammlung auch Einzelvertretungsbefugnis erteilt werden.

Die Bestellung und Abberufung von Prokuristen erfolgt durch sämtliche Geschäftsführer, die auch die Form der Zeichnungsberechtigung des oder der Prokuristen festsetzen. Dies jedoch erst nach Beschlussfassung der Gesellschafter gemäß § 35 Abs. 1 Z 4 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 5 des bezeichneten Gesellschaftsvertrages).

Im § 6 „Geschäftsführeraufgaben“ des bezeichneten Gesellschaftsvertrages ist u.a. festgelegt, dass die Geschäftsführer bei ihrer Geschäftsführung für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes haften.

Der Jahresabschluss für das abgelaufene Wirtschaftsjahr ist von der Geschäftsführung innerhalb der ersten fünf Monate des folgenden Wirtschaftsjahres aufzustellen und sodann der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen.

Die ordentliche Generalversammlung muss innerhalb von acht Monaten nach Ende des abgelaufenen Wirtschaftsjahres stattfinden.

Die Eröffnungsbilanz und der Jahresabschluss sind auf Verlangen auch nur eines Gesellschafters durch einen beeideten Wirtschaftsprüfer zu prüfen (§ 7 des bezeichneten Gesellschaftsvertrages).

In § 10 „Generalversammlung, Zuständigkeit“ des bezeichneten Gesellschaftsvertrages werden der Generalversammlung, diesen neben den in § 35 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderen Bestimmungen des Gesetzes oder des bezeichneten Gesellschaftsvertrages aufgezählten Fällen, u.a. Beschlüsse über folgende Gegenstände vorbehalten:

a) Festlegung und Änderung der Geschäftspolitik der Gesellschaft;

b) Erwerb, Veräußerung und Verfügung über Beteiligungen der Gesellschafter an anderen Unternehmen oder Gesellschaften, einschließlich der Übernahme anderer Unternehmen;

c) Abschluss, Änderung und Beendigung von sogenannten Unternehmensverträgen (wie z.B. Beherrschungs-, Organschafts-, Gewinnabführungs-, Unternehmenspacht-, Unternehmensüberlassungs- und Unternehmensführungsverträgen);

d) Abschluss, Änderung und Beendigung von Verträgen durch die die persönliche Haftung, Geschäftsführung oder Vertretung eines anderen Unternehmens übernommen werden soll;

e) Einräumung, Aufhebung und Beendigung von Beteiligungen an Vermögen, Umsatz und/oder Gewinn der Gesellschaft, insbesondere bei stillen Gesellschaftern oder Darlehensgebern mit Gewinnbeteiligung;

f) Veräußerung, Übertragung und Verpachtung des Unternehmens der Gesellschaft oder wesentlicher Teile des Unternehmens; hierbei gilt auch die Firma als wesentlicher Unternehmensteil;

...

i) Erwerb, Belastung und Veräußerung von sonstigen Gegenständen und Dienstleistungen mit einem Anschaffungspreis von mehr als € 270.000,-; dies gilt auch für den Abschluss von Leasingverträgen über Gegenstände, die beim Kauf unter diese Bestimmung fallen würden; ausgenommen sind Gegenstände/Dienstleistungen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes;

j) Schuldübernahme, Eingehen von Wechsel-, Bürgschafts-, Garantie-, Gewährleistungs- und ähnlichen wirtschaftlichen Zwecken dienenden Verbindlichkeiten sowie Hingabe von Darlehen und Aufnahme von Krediten, soweit sie im Einzelnen den im Gesellschaftsvertrag an dieser Stelle bezeichneten Betrag (bzw. einen insgesamt der Höhe nach bezifferten Betrag) in einem Geschäftsjahr übersteigen;

...

m) die Festlegung von Grundsätzen über die Gewährung von Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen an Geschäftsführer und leitende Angestellte im Sinne des § 80 Abs. 1 Aktiengesetz 1965;

Gemäß § 11 „Geschäftsanteile“ des bezeichneten Gesellschaftsvertrages bestimmen sich die Geschäftsanteile nach der Höhe der von den Gesellschaftern übernommenen Stammeinlage.

Jedem Gesellschafter steht nur ein Geschäftsanteil zu. Die Geschäftsanteile sind grundsätzlich teilbar und übertragbar. Die Veräußerung, Abtretung oder Verpfändung von Geschäftsanteilen (oder Teilen davon) an Nichtgesellschafter bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Mehrheit der Gesellschafter; der betreffende Gesellschafter stimmt mit.

Die §§ 13 und 14 des gegenständlichen Gesellschaftsvertrages regeln die Berechtigung der Gesellschafter, einen Aufsichtsrat zu bestellen, dessen Einberufung, die Aufgaben des Aufsichtsrates, die Beschlussfassung und die Zuständigkeit des Aufsichtsrates.

Die D GmbH wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 12.06.1963 als Kapitalgesellschaft gegründet.

Der Unternehmensgegenstand dieser Gesellschaft ist seit deren Gründung, so wie er auch im Gesellschaftsvertrag, in der verfahrensgegenständlich maßgeblichen Fassung vom 18.08.2016, aufscheint, derselbe, nämlich u.a. die Veranstaltung von Messen, Kongressen, Ausstellungen und sonstigen gleichartigen Veranstaltungen

(§ 1 lit. a des bezeichneten Gesellschaftsvertrages).

Die Geldmittel aus der Tätigkeit dieser Gesellschaft stammen nicht von einem öffentlichen Auftraggeber.

Die D GmbH bietet ihre Leistungen als Dienstleistungen gegen Entgelt am Markt an und tritt dabei wie andere Messeveranstalter österreich- bzw. europaweit auf.

Die von dieser Gesellschaft erbrachten Leistungen sind auf Gewinn gerichtet, und steht der Bestand der Gesellschaft dabei im Vordergrund. Seit 2011 wird durchgehend ein Gewinn erzielt.

Die Gesellschaft wird zwar von der öffentlichen Hand bei Infrastrukturprojekten gefördert, dies jedoch nach allgemeinen Richtlinien und nicht in einer besonderen Art und Weise im Vergleich zu anderen am Markt auftretenden Kapitalgesellschaften. Außer den üblichen Förderungen werden dieser Gesellschaft keine Mittel von der Stadtgemeinde *** zugewiesen.

Auf dem Markt gibt es national und international gesehen gleiche bzw. ähnliche Anbieter, wie die D GmbH. Auf dem österreichischen Markt ist diese Gesellschaft der viertgrößte Veranstalter von Messen.

Die Geldmittel für die D GmbH stammen aus der Tätigkeit der GmbH, nämlich (u.a.) aus dem Verkauf von Eintrittskarten und aus der Vermietung und Zurverfügungstellung von Ausstellungsflächen.

Im Hinblick auf die Tätigkeiten der D GmbH besteht eine Unbeschränktheit aller Geschäfte zur Erreichung des im Gesellschaftsvertrag genannten Gesellschaftszweckes, ausgenommen jene Tätigkeiten, die durch Satzung oder Gesetz untersagt sind

Die Gesellschaft ist laut Gesellschaftsvertrag berechtigt, selbst Einrichtungen oder Gesellschaften zu gründen bzw. Beteiligungsrechte an anderen Gesellschaften zu haben.

Der entsprechend dem aktuellen Firmenbuchauszug (zu FN ***) für die D GmbH als handelsrechtlicher Geschäftsführer bestellte R, geboren ***, der die juristische Person seit 01.09.2011 selbständig vertritt, hat bzw. hatte keine Funktion in der Stadtgemeinde ***.

Die D GmbH untersteht keiner staatlichen Kontrolle und keiner Kontrolle durch die Stadtgemeinde ***.

Die Gesellschaft unterliegt einer Kontrolle durch den Aufsichtsrat, der gemäß

§ 13 des bezeichneten Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 18.08.2016 mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen von den Gesellschaftern in einer Gesellschafterversammlung bestellt werden kann.

Die Stadtgemeinde *** hat entsprechend der Höhe ihrer Gesellschaftsanteile (99,96 %) das Recht, die überwiegende Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder zu entsenden.

Beim Aufsichtsrat handelt es sich um ein unabhängiges Gremium, das nicht politisch besetzt ist, welcher Umstand durch einen entsprechenden Gemeinderatsbeschluss der Stadtgemeinde *** (vom Mai 2012) gewährleistet ist. Der Aufsichtsrat besteht derzeit aus vier Mitgliedern.

Seitens der Eigentümerin Stadtgemeinde *** gab bzw. gibt es keine Weisungen an den handelsrechtlichen Geschäftsführer. Auch im Wege des Aufsichtsrates gab bzw. gibt es keine Weisungen.

Zu den Aufsichtsratssitzungen ist auch ein Vertreter des Mehrheitseigentümers Stadtgemeinde *** geladen, der aber nicht Mitglied des Aufsichtsrates ist.

Die D GmbH trägt alleine das wirtschaftliche Risiko (einschließlich des Insolvenzrisikos) ihrer Tätigkeit, dies als Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche Rechtspersönlichkeit hat. Es gibt keine Mechanismen, die vorgesehen sind, um die D GmbH vor einer Insolvenz zu schützen. Das wirtschaftliche Risiko trägt alleine die Gesellschaft.

Ein Ausgleichsmechanismus zur Abdeckung finanzieller Verluste durch die Stadtgemeinde *** ist weder vorgesehen noch ist bis dato ein derartiger Ausgleich erfolgt.

Die wirtschaftliche Prüfung der D GmbH erfolgt im Rahmen eines Jahresabschlusses durch einen Wirtschaftsprüfer, der der Privatwirtschaft angehört. Die Beauftragung des Wirtschaftsprüfers erfolgt nicht durch die Geschäftsführung der D GmbH, sondern durch den Aufsichtsrat.

Zu diesem Beweisergebnis gelangte das erkennende Gericht auf Grund des Inhaltes des von der AG vorgelegten Vergabeaktes, entscheidungsspezifisch insbesondere auf Grund des Gesellschaftsvertrages betreffend die D GmbH (in der Fassung vom 18.08.2016) im Zusammenhalt mit den Ausführungen des als informierter Vertreter der AG in der Verhandlung zur Prüfung der Art und des Umfanges der Tätigkeiten der Bezug habenden Gesellschaft (samt Aufsichts- und Kontrollrechten, Tragen des Insolvenzrisikos, Gewinnerzielungsabsicht etc.) befragten handelsrechtlichen Geschäftsführers der D GmbH, der in dieser Funktion seit 01.09.2011 für dieses Unternehmen bestellt und tätig ist und die maßgeblichen Fakten laut den oben wiedergegebenen Feststellungen in der Verhandlung nachvollziehbar und unbestritten darlegte.

In rechtlicher Hinsicht wurde hierüber erwogen:

Gemäß § 1 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200-0, i.d.F.

LGBl Nr. 54/2019, (NÖ VNG), regelt dieses Gesetz den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

Gemäß § 1 Abs. 3 Z 2 NÖ VNG ist das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zuständig für die Feststellung von Rechtsverstößen einschließlich der Nichtigerklärung des Vertrages und der Verhängung von Sanktionen und von Mutwillensstrafen (§§ 17 und 20).

Gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 NÖ VNG ist nach Zuschlagserteilung das Landesverwaltungsgericht zuständig zur Feststellung, ob im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Gemäß § 4 Abs. 8 NÖ VNG entscheidet das Landesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten der Absätze zwei bis fünf, soweit es sich nicht um die Entscheidung eines Antrages auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrages, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

Gemäß § 4 Abs. 9 NÖ VNG besteht der Senat aus einem Mitglied als Vorsitzenden, zwei weiteren Mitgliedern und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzer. Von den fachkundigen Laienrichtern muss einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Gemäß § 4 Abs. 15 NÖ VNG sind, soweit in diesem Gesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 57/2018, nichts anders bestimmt ist, die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 BGBl. I Nr. 51/1991 idF BGBl. I. Nr. 58/2018, mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht nach diesem Gesetz sinngemäß anzuwenden.

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 NÖ VNG 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 hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Gemäß § 8 Abs. 4, erster Teilsatz, NÖ VNG sind Parteien des Feststellungsverfahrens gemäß § 4 Abs. 3 und 4 der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger.

Gemäß § 12 Abs. 5 NÖ VNG sind Feststellungsanträge gemäß § 7 Abs. 1 binnen 6 Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können.

Gemäß § 15 Abs. 1 NÖ VNG hat das Landesverwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 17 Abs. 1 NÖ VNG hat das Landesverwaltungsgericht eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 und 4 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Gemäß § 19 Abs. 4 NÖ VNG sind Anträge auf Feststellung nach § 7 Abs. 1 bis 3 unverzüglich, längstens jedoch binnen 8 Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

In Anwendung (gemäß Artikel 38 § 1 4. COVID-19-Gesetz) der Bestimmungen des Verwaltungsrechtlichen COVID-19-Begleitgesetzes – COVID-19-VwBG, BGBl. I Nr. 16/2020 idF. Artikel I 4. COVID-19-Gesetz war verfahrensgegenständlich hinsichtlich der dem erkennenden Gericht obliegenden Entscheidungsfrist von einer Nichteinrechnung der Zeit vom 22.März 2020 bis zum Ablauf des 30. April 2020 (Artikel 1 § 2 Abs. 1 Z 2 4. COVID-19-Gesetz), von einem Beginn der Frist am 1. Mai 2020 (Artikel I Z 2 4. COVID-19-Gesetz) und von einer Verlängerung der achtwöchigen Entscheidungsfrist nach § 19 Abs. 4 NÖ VNG um sechs Wochen (gemäß Artikel 1 § 2 Abs. 1, Schlusssatz, 4. COVID-19-Gesetz) in Bezug auf den verfahrensgegenständlichen Feststellungsantrag auszugehen.

Gemäß § 1 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 idgF (BVergG 2018), regelt dieses Bundesgesetz insbesondere die Verfahrensbeschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (zweiter Teil).

Gemäß § 2 Z 5 BVergG 2018 ist Auftraggeber (öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber) jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt.

Gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. hh sind gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinungen tretende Entscheidungen:

bei der Direktvergabe mit voriger Bekanntmachung: die Bekanntmachung.

§ 4 Abs. 1 BVergG 2018:

Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder

2. Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder

3. Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

§ 20 Abs. 1 BVergG 2018:

Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze, wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 47 BVergG 2018:

(1) Für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gelten ausschließlich der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 22, die §§ 4 Abs. 1, 5 bis 10, 13 bis 16, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 30, 31 Abs. 12, 66, 100, 111, 146 Abs. 1, 150 Abs. 9, der 4. Teil, die §§ 358, 360 Abs. 1 und 5, 361, 362, 364, 365 Abs. 1, 366 Z 2, 369, 370, 372, 373 und der 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 8.

(2) Eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist ausschließlich zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert

1. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 130 000 Euro und

2. bei Bauaufträgen 500 000 Euro

nicht erreicht.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages mittels einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 64 Abs. 1 und 2 bekannt zu machen.

(4) Der öffentliche Auftraggeber muss objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien festlegen, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird.

(5) Der öffentliche Auftraggeber hat den Unternehmern, die sich um eine Teilnahme am Verfahren zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben oder ein Angebot gelegt haben, unverzüglich nach Zuschlagserteilung mitzuteilen, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt wurde. In dieser Mitteilung ist der Gesamtpreis anzugeben.

(6) Die Eignung des erfolgreichen Bieters muss spätestens zum Zeitpunkt des Zuschlages vorliegen. An Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels kostendeckenden Vermögens kein

Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, können jedoch Aufträge im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.

(7) Der öffentliche Auftraggeber hat die Widerrufserklärung den Unternehmern, die sich um eine Teilnahme am Verfahren zur Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben oder ein Angebot gelegt haben, unverzüglich bereitzustellen bzw. zu übermitteln.

(8) Der öffentliche Auftraggeber hat alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge im Vergabeverfahren, den Gegenstand und Wert des vergebenen Auftrages, den Namen des Auftragnehmers sowie, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, die Prüfung der Preisangemessenheit zu dokumentieren.

Zur vorweg und grundsätzlich zu beurteilenden Rechtsfrage, ob es sich bei der D GmbH um einen öffentlichen Auftraggeber oder um einen sonstigen zur Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2018 bzw. des NÖ VNG verpflichteten Auftraggeber im Sinne des § 1 Abs. 1 NÖ VNG iVm § 4 BVergG 2018 handelt (§ 4 Abs. 1 BVergG 2018 gilt grundsätzlich gemäß §47 Abs. 1 leg. cit. für die Vergabe von Aufträgen im Wege der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung), die gegenständlich erfolgte Vergabe der Leistung somit überhaupt dem persönlichen Geltungsbereich des NÖ VNG iVm mit den einschlägigen materiellrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2018 unterliegt, war auf Grund des erzielten, oben dargelegten Beweisergebnisses in rechtlicher Hinsicht Folgendes festzustellen:

§ 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 leg. cit. regelt, dass der Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände öffentliche Auftraggeber sind.

Von diesem Tatbestand sind auch alle diesen Rechtsträgern zuzurechnenden Entitäten ohne Rechtspersönlichkeit erf

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