

TE Lvwg Erkenntnis 2018/5/28 LVwG 44.16-449/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.05.2018

Entscheidungsdatum

28.05.2018

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §28 Abs1 Z1

BVergG 2006 §28 Abs2 Z1

1. BVergG 2006 § 28 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 28 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Mag. Schnabl im Nachprüfungsverfahren gemäß § 5 ff Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG, idF LGBl. Nr. 87/2013, betreffend das Vergabeverfahren „BV Hochwasserfreistellung Industriegebiet L West“, durch die Marktgemeinde L, P Straße, L, vertreten durch C D Rechtsanwalts GmbH, Hgasse, G, über den Antrag der A B GmbH, G, G, vertreten durch E F Rechtsanwalt GmbH, Bgasse, G,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Dem Antrag, festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend das Bauvorhaben „BV Hochwasserfreistellung Industriegebiet L West“ ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war, wird
s t a t t g e g e b e n.

Es wird festgestellt, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war.

II. Gemäß § 22 Abs 3 Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz wird der Vertrag im Anschluss an die Feststellung nicht für nichtig erklärt, da die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin auf Grund der bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht nicht offenkundig unzulässig war.

III. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 500,00 zu ersetzen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Am 15.02.2018 brachte die A B GmbH, G, G, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G H, E F Rechtsanwalt GmbH, Bgasse, G, einen Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 4 Abs 3 Z 3 StVergRG ein.

Die Antragstellerin brachte vor, dass nach dem Widerruf des Vergabeverfahrens „Bauvorhaben Hochwasserfreistellung Industriegebiet L“ eine Neuausschreibung nicht erfolgt sei. Nunmehr habe die Antragstellerin festgestellt, dass in dem Bereich, auf den sich die widerrufenen Ausschreibung bezogen habe, Bauarbeiten durch die I J GmbH durchgeführt würden. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die Antragsgegnerin ohne vorherige Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens einen Bauauftrag – im Wege der Direktvergabe – erhalten habe, ohne dass die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen vorgelegen seien.

Der Antragstellerin drohe bei endgültigem Entgang des Auftrages ein Schaden in Gestalt des ihr entgehenden angemessenen Gewinnes sowie der anfallenden nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten (Erfüllungsinteresse). Darüber hinaus handle es sich bei der ausschreibungsgegenständlichen Bauleistung für die Antragstellerin um ein wichtiges Referenzprojekt, das es ihr gestatte, in Österreich werbewirksam in Erscheinung zu treten. Es wurden daher die Anträge gestellt, eine öffentlich mündliche Verhandlung durchzuführen, gemäß § 18 Abs 2 Z 2 StVergRG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend das Bauvorhaben ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbarem EU-Rechts rechtswidrig gewesen seien, den zwischen der Antragsgegnerin und der I J GmbH abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären, eine Geldbuße über die Antragsgegnerin zu verhängen sowie der Antragsgegnerin in den Ersatz der Pauschalgebühr von € 300,00 zu verfallen.

Mit Stellungnahme vom 26.02.2018 replizierte die Auftraggeberin, dass es unrichtig sei, dass der Bauauftrag im Wege einer Direktvergabe erteilt worden sei. Tatsächlich habe man ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 28 Abs 2 Z 1 BVergG durchgeführt. Es seien drei Bieter beteiligt worden, obwohl diese Anzahl gemäß § 105 Abs 3 BVergG im Unterschwellenbereich nicht zwingend vorgeschrieben sei. Man habe den Bietern eine Angebotsfrist gesetzt, die Angebote pflichtgemäß geprüft und eine Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben. In der Folge habe man die Stillhaltefrist von sieben Tagen eingehalten und den Zuschlag förmlich erteilt.

Die Auftraggeberin führte in der Folge aus, weshalb nach ihrer Auffassung das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 28 Abs 2 Z 1 BVergG zulässig gewesen sei. Die Auftraggeberin halte fest, dass der Antragstellerin weder eine Antragslegitimation hinsichtlich der Nichtigerklärung des Vertrages noch der Verhängung der Geldbuße zukomme. Schließlich müsse im Unterschwellenbereich gemäß § 22 Abs 3 StVergRG ein Vertrag nur dann für nichtig erklärt werden, wenn die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin offenkundig unzulässig gewesen sei. Sollte das Landesverwaltungsgericht Steiermark wider Erwarten zur Auffassung gelangen, dass die Durchführung des Verfahrens, aus welchen Gründen auch immer, unzulässig gewesen sei, werde darauf hingewiesen, dass keinesfalls eine offenkundige Unzulässigkeit vorgelegen sei. Sollte das Landesverwaltungsgericht Steiermark eine Feststellung gemäß § 4 Abs 3 Z 3 StVergRG treffen und das Vorliegen einer offenkundigen Unzulässigkeit annehmen und § 22 Abs 5 StVergRG nicht zur Anwendung kommen, würde darauf hingewiesen, dass der Vertrag mit der I J GmbH gemäß § 22 Abs 4 StVergRG nicht für gänzlich nichtig erklärt werden möge, sondern nur soweit aufgehoben werden könne, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar seien. Es komme daher auf Grund der gegenständlichen Leistungen – Erdbauleistungen – eine Nichtigerklärung des Vertrages nicht in Betracht, sondern nur dessen Aufhebung in Bezug auf ausständige Leistungen. In eventu werde beantragt, dass der Vertrag mit der I J GmbH erst nach Abschluss der Arbeiten zum 01.08.2018 aufgehoben werden solle. In eventu werde weiters beantragt, dass gemäß § 22 Abs 6 StVergRG von einer Nichtigerklärung oder einer Aufhebung des Vertrages abgesehen werden solle. Es werde zu den betroffenen öffentlichen Interessen und der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses auf die besondere Dringlichkeit der Arbeiten verwiesen.

Mit Replik vom 08.03.2018 gab die Antragstellerin an, sie nehme zur Kenntnis, dass keine Direktvergabe stattgefunden habe, sondern ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Es werde daher unter einem die Differenz auf die gemäß § 1 Z 3 Steiermärkische Vergabe-Pauschalgebührenverordnung zu entrichtende Pauschalgebühr nachüberwiesen. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei offenkundig unzulässig gewesen. Da im mittlerweile widerrufenen Verfahren kein Angebot ausgeschrieben worden sei, sei davon auszugehen, dass im widerrufenen Vorverfahren nach dem BVergG keine unannehmbaren Angebote abgegeben worden seien. In diesem Fall hätten sämtliche am Vorverfahren beteiligten Bieter, insbesondere die Antragstellerin in das Verhandlungsverfahren einbezogen werden müssen. Die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 Z 1 BVergG seien daher eindeutig nicht erfüllt. Offenkundig habe die Antragsgegnerin von einer Beziehung der Antragstellerin zu einem Verhandlungsverfahren nur deshalb Abstand genommen, um sich weitere Probleme zu ersparen.

Mit Schreiben vom 22.03.2018 wurde die Auftraggeberin um vollständige Bekanntgabe der noch ausstehenden Leistungsteile aus dem gegenständlichen Vertrag inklusive der genauen Bezeichnung unter Vorlage einer tabellarischen Auflistung ersucht.

Mit Schreiben vom 09.04.2018 wurde eine tabellarische Auflistung der verbleibenden Baumaßnahmen 2018 sowie verbleibenden Baumaßnahmen 2019 und eine Stellungnahme betreffend des Baufortschrittes durch die K L GmbH, DI M N, übermittelt.

II. Sachverhalt:

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat Beweis erhoben durch Einsicht in die Akten, insbesondere in die eingebrachten Schriftsätze und Unterlagen sowie die vorgelegten Vergabeunterlagen, insbesondere den vorgelegten Vergabeakt der Auftraggeberin samt Angebotsunterlagen sowie den Vergabeakt zu GZ: LVwG 44.20-2627/2017. Die Richtigkeit der Vergabeakten wurde grundsätzlich nicht bestritten. Weiters wurde Beweis erhoben durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 11.04.2018, zu der sämtliche Verfahrensparteien geladen wurden. Als Zeugin wurde DI O P, Abteilung 14 Wasserwirtschaft Ressourcen und Nachhaltigkeit, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, einvernommen.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark geht auf Grundlage des durchgeführten Beweisverfahrens von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Die Gemeinde L führte das Vergabeverfahren „BV Hochwasserfreistellung Industriegebiet L West“ mit Bekanntmachung vom 08.08.2017 zunächst in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich durch.

Gegenstand der Leistung war die Errichtung von Hochwasserschutzmaßnahmen in Form von Linearmaßnahmen (HWS Dämme, Flussaufweitung sowie Böschungs- und Ufersicherung).

Die Kosten für das Projekt wurden von der Auftraggeberin mit € 2,1 Millionen netto geschätzt.

In diesem Verfahren gaben neun Bieter ein Angebot ab.

Die Angebotsöffnung fand am 04.09.2017 statt.

Die Reihung nach der Höhe des Angebotspreises exklusive Mehrwertsteuer für die ersten drei Bieter lautete in diesem Verfahren wie folgt:

1.) I J GmbH € 1.869.828,74,

2.) A B GmbH € 2.676.820,41,

3.) Q R GmbH € 2.820.662,53.

Die technische Abwicklung des Vergabeverfahrens inklusive Kostenschätzung und Angebotsprüfung erfolgte durch die K L GmbH – Gdorf, DI M N.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 25.09.2017 bekanntgegeben.

Mit Eingabe vom 02.10.2017 brachte die A B GmbH einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bzw. Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beim Landesverwaltungsgericht Steiermark ein. Dieser wurde zur GZ: 44.20-2627/2017 protokolliert.

In der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag im oben genannten Verfahren gab die Auftraggeberin an, dass auf Grund der weit über die Kostenschätzung gelegenen Gesamtpreise sowohl des Zweitbieters als auch der restlichen Bieter, sich die Gemeinde die Errichtung des Hochwasserschutzes schlicht und einfach nicht leisten könnte. Man wäre im Fall, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Zuschlag nicht erteilt werden dürfe, gezwungen das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 31.10.2017, GZ: LVwG 44.20-2627/2017-30, wurde dem Antrag der Zweitgereihten A B GmbH Folge gegeben und die Zuschlagsentscheidung, lautend auf I J GmbH, vom 25.09.2017 für nichtig erklärt.

Am 03.11.2017 erfolgte die Widerrufserklärung durch die Marktgemeinde L. Begründend wurde ausgeführt, dass mit Ausnahme des auszuscheidenden erstgereihten Bieters der I J GmbH sämtliche Angebotspreise der nachgereihten Bieter weit über der Kostenschätzung der Auftraggeberin liegen würden. Zudem treffe der vom Landesverwaltungsgericht Steiermark herangezogene Ausscheidungsgrund teils extremen Abweichens der Einheitspreise nach oben und unten gemäß Preisspiegel grundsätzlich auch auf die übrigen Angebote zu. Das Vergabeverfahren wurde daher gemäß § 139 Abs 2 Z 3 BVergG widerrufen, weil auf Grund der Höhe der Angebotspreise die budgetäre Bedeckbarkeit nicht gewährleistet sei. Per E-Mail vom 06.11.2017 wurden die Bieter vom Widerruf des Vergabeverfahrens nachweislich informiert.

In der Folge wurde von der Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren gemäß § 28 Abs 2 Z 1 BVergG ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt und drei Unternehmen zur Angebotslegung eingeladen. Dabei handelte es sich um die I J GmbH, die S T Baugesellschaft mbH und die U V Baugesellschaft mbH.

Die Öffnung der Angebote erfolgte am 14.11.2017 und wurden von allen drei eingeladenen Bietern Angebote abgegeben. Am 22.11.2017 fand mit den drei Bietern eine getrennte Verhandlungsrunde statt.

Der Vergabeakt enthält keine Dokumentation, wann das Vergabeverfahren eingeleitet wurde, allerdings ein Eingangsverzeichnis der Angebote sowie eine Niederschrift über die Angebotsöffnung, weiters Niederschriften über die Verhandlungsrunden am 22.11.2017.

Laut Prüfbericht vom 27.11.2017 wurde die I J GmbH zu einem Angebotspreis von € 2.383.019,39 inklusive Mehrwertsteuer als Bestbieter festgestellt. Von der K L GmbH wurde ein Vergabevorschlag samt Preisspiegel erstellt.

Am 04.12.2017 wurde die Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG an die Bieter versandt.

Mit Beschluss des Gemeinderates vom 12.12.2017 beschloss dieser einstimmig, der I J GmbH den Auftrag zu erteilen.

Mit Schreiben vom 12.12.2017 wurde der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilt.

Mit Antrag vom 15.02.2018 beantragte die A B GmbH, vertreten durch E F Rechtsanwalt GmbH, Bgasse, G, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, gemäß § 18 Abs 2 Z 2 StVergRG festzustellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend das Bauvorhaben Hochwasserfreistellung Industriegebiet L West ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war, den zwischen der Antragsgegnerin und der I J GmbH abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären, eine Geldbuße über die Antragsgegnerin zu verhängen sowie die Antragsgegnerin in den Ersatz der Pauschalgebühr von € 300,00 zu verfallen.

Mit Stellungnahme vom 26.02.2018 gab die Auftraggeberin bekannt, dass sie ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 28 Abs 2 Z 1 BVergG gewählt hat. Mit Replik vom 08.03.2018 modifizierte die Antragstellerin den Feststellungsantrag im Hinblick auf das durchgeführte Verhandlungsverfahren und wurden die ausständigen Pauschalgebühren in Höhe von € 200,00 nachträglich überwiesen.

Die Baustelle wird derzeit im Rahmen der Bauphase 1 umgesetzt. Bei Bauphase 1 wurde im wesentlichen Teil im April die Hochwasserfreistellung erreicht, Bauende laut Bauvertrag ist der 29.06.2018. Die Phase 2, die etwa ein Drittel der gesamten Auftragssumme beträgt, wird im Jahr 2020 umgesetzt.

III. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die vorliegenden schriftlichen Unterlagen sowie die Aussagen der in der Verhandlung befragten Personen.

Zur Wahl des Vergabeverfahrens führte der Rechtsvertreter der Auftraggeberin aus, dass es keine Überlegungen gegeben hätte, eine Direktvergabe durchzuführen, weil es nicht zulässig gewesen wäre. Dies wurde vom Bürgermeister der Auftraggeberin bestätigt, mit der Begründung, er sei bemüht, seine Geschäfte korrekt zu führen. Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin führte in der Folge aus, dass man sich für § 28 Abs 2 Z 1 BVergG nach sorgfältiger Prüfung entschieden habe. Nachdem im ersten Verfahren alle Bieter außer der Zuschlagsempfängerin weit vom Kostenrahmen entfernt waren, wurde keiner dieser Bieter eingeladen und sollten als Vorgabe für das zweite Verfahren kleine und mittlere Unternehmen mit maximal 49 bis 200 Mitarbeitern zur Abgabe von Angeboten eingeladen werden.

Bereits im Verfahren zu GZ: LVwG 44.20-2627/2017 wurde von der Gemeinde festgehalten und auch in der öffentlich mündlichen Verhandlung zu diesem Verfahren bestätigt, dass auf Grund des budgetären Rahmens eine Zuschlagserteilung zu den abgegebenen Angeboten – mit Ausnahme der I J GmbH – nicht möglich sei. Dies wurde erneut in der öffentlich mündlichen Verhandlung vom 11.04.2018 bekräftigt.

IV. Rechtliche Beurteilung:

1. Allgemeines:

Das gegenständliche Feststellungsverfahren unterliegt den materiellen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG), BGBl. I Nr. 10/2006 in der geltenden Fassung sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht dem Steiermärkischen Vergaberechtsschutzgesetz (StVergRG), in der geltenden Fassung.

Da es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt ist gemäß § 3 Abs 2 StVergRG 2012 das Landesverwaltungsgericht Steiermark durch Einzelrichter zur Entscheidung berufen.

Der gegenständliche Antrag wurde gemäß § 4 Abs 3 Z 3 StVergRG zur Feststellung eingebracht, ob die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark ist gemäß § 18 zur Feststellung gemäß § 4 Abs 3 Z 3 StVergRG zuständig.

Im Vergabeverfahren wurde der Zuschlag am 12.12.2017 erteilt.

Der gegenständliche Feststellungsantrag wurde ordnungsgemäß vergebührt und entspricht den formalen Kriterien des § 20 StVergRG.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrags:

§ 4 Abs 3 StVergRG:

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Landesverwaltungsgericht zuständig

1. 1.

im Rahmen der von der Antragstellerin/dem Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. 2.

in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag der Auftraggeberin/des Auftraggebers zur Feststellung, ob die Antragstellerin/der Antragsteller auch bei Einhaltung der bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren EU-Rechts keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;

3. 3.

zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

4. 4.

zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß

Bundesvergabegesetz 2006 oder gemäß Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 erteilt wurde;

5. 5.

zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 rechtswidrig war;

6. 6.

in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. 7.

in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 22 Abs. 7.

§ 18 Abs 1 StVergRG:

(1) Eine Unternehmerin/Ein Unternehmer, die/der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich der bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihr/ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. 1.

der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde oder

2. 2.

die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war oder

3. 3.

die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß Bundesvergabegesetz 2006 oder gemäß Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war oder

4. 4.

der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 oder das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 rechtswidrig war oder

5. 5.

die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war.

Die Antragstellerin/Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1, 3 und 4 kann die Auftraggeberin/der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass die Antragstellerin/der Antragsteller auch bei Einhaltung der bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren EU-Rechts keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes aufzuheben.

§ 28 Abs 2 Z 1 BVergG:

(2) Bauaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1. 1.

im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben oder kein Teilnahmeantrag gestellt

worden ist, die ursprünglichen Bedingungen für den Bauauftrag nicht grundlegend geändert werden und der Kommission ein Bericht vorgelegt wird, wenn sie dies wünscht.

Zu prüfen ist daher zunächst, ob die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 28 Abs 2 Z 1 BVergG zu Recht erfolgte. § 28 Abs 2 Z 1 BVergG statuiert in diesem Zusammenhang drei Voraussetzungen, um zulässigerweise ein derartiges Vergabeverfahren durchführen zu können.

Demnach ist das Verfahren zum einen nur nach vorherigem offenem oder nicht offenem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zulässig. Unbestritten ist, dass die Auftraggeberin zunächst ein offenes Verfahren mit Bekanntmachung am 08.08.2017 einleitete. Dieses wurde am 06.11.2017 widerrufen.

Weitere Voraussetzung nach § 28 Abs 2 Z 1 BVergG ist, dass die ursprünglichen Bedingungen für den Bauauftrag nicht grundlegend geändert wurden. Nach Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen liegt diese Voraussetzung vor, die Ausschreibungsunterlagen sind im Wesentlichen ident.

Als letztes Kriterium verlangt § 28 Abs 2 Z 1 BVergG, dass im vorhergehenden Verfahren kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben (...oder kein Teilnahmeantrag gestellt) worden ist.

Zur Beurteilung der Zulässigkeit des Verfahrens ist daher gegenständlich die Frage entscheidend, was unter „kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben“ zu verstehen ist.

Demgegenüber wird in § 28 Abs 1 Z 1 leg cit als Voraussetzung für die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gefordert, dass kein ordnungsgemäßes Angebot oder nur ein unannehmbares Angebot eingelangt ist.

Trotz unterschiedlicher Begrifflichkeiten differenzieren die Materialien nicht zwischen den Ausnahmetatbeständen des Abs 1 Z 1 und des Abs 2 Z 1 (vgl. Regierungsvorlage 1171 BlgNr. 22. GP 46).

Zu beachten ist, dass das Gesetz ausdrücklich von „nicht geeignetem Angebot“ jedoch nicht von nicht geeignetem Bieter im Sinne des BVergG spricht. Somit ist einer Reduzierung auf die Eignungskriterien in jedem Fall verfehlt. Eine Definition des Begriffes „nicht geeignetes Angebot“ findet sich im BVergG nicht.

Die herrschende Lehre nimmt an, dass im Gegensatz zu Abs 1 Z 1 bei der Ausnahme nach Abs 2 Z 1 gar kein wertbares Angebot im vorangegangenen Verfahren eingelangt sein darf (Fink/Heid, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 4. Auflage 329; Pallitsch in Schwartz, BVergG 2006 2. Auflage § 28 Rz 15).

Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass von keinem geeigneten Angebot und somit im Singular gesprochen wird, während sich die Ausnahme nach Abs 1 Z 1 leg cit der Mehrzahl im Hinblick auf die nicht geeigneten Angebote bedient (Fink/Heid, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 4. Auflage 329). Es ist daher nach Meinung der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, an dem nicht alle Teilnehmer aus dem Erstverfahren beteiligt werden, bereits dann unzulässig ist, wenn im Erstverfahren zumindest ein mangelfreies Angebot von einem geeigneten Bieter abgegeben worden ist. Es wären daher im Fall eines solchen Verfahrens alle Bieter einzuladen, die als geeignet qualifiziert wurden und ein mangelfreies – wenn auch unannehmbares – Angebot abgegeben haben.

Art. 32 Abs 2 lit a der Richtlinie 2014/24/EU erläutert in diesem Zusammenhang, dass auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zurückgegriffen werden kann, wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine oder keine geeigneten Angebote oder keine oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden und sofern der Kommission auf Anforderung ein Bericht vorgelegt wird. Dementsprechend wird erläutert, dass ein Angebot als ungeeignet gilt, „wenn es irrelevant für den Auftrag ist, das heißt ohne wesentliche Abänderung den in den Auftragsunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann“.

In der öffentlich mündlichen Verhandlung wurde festgehalten – und entspricht dies den vorliegenden Unterlagen –, dass das vorhandene Budget bzw. der geschätzte Kostenrahmen des Auftraggebers nicht in den Ausschreibungsunterlagen dokumentiert wurde. Dementsprechend ist daher eine Interpretation der Angebote als ungeeignet, weil sie irrelevant seien, im Sinne der Vergaberichtlinie nicht möglich. Auch wenn umgangssprachlich ein unannehmbares Angebot möglicherweise als irrelevant für den Auftrag erachtet wird, ist der Wortlaut im

gegenständlichen Fall eindeutig und bedeutet irrelevant für den Auftrag ausschließlich, dass es den in den Auftragsunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen nicht entspricht. Es wird somit ein eindeutiger Bezug zu den in den Auftragsunterlagen genannten Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers hergestellt.

Wie vom Rechtsvertreter der Auftraggeberin zugestanden, wurde im Verfahren zur GZ: LVwG 44.20-2627/2017 kein Angebot ausgeschrieben.

Auch wenn nachvollziehbar erläutert wurde, dass die budgetäre Bedeckung auf Grund der Höhe der Angebote nicht gegeben war, findet dieses Argument somit weder § 28 Abs 2 Z 1 BVergG noch - wie von der Auftraggeberin argumentiert - Art. 32 Abs 2 lit a zweiter Absatz der Richtlinie 2014/24/EU Deckung.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang allgemein, dass das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung eine Verfahrensart mit sehr eingeschränkter Transparenz ist. Demgemäß kann es nur bei Verwirklichung von eng formulierten Ausnahmetatbeständen, die zudem restriktiv auszulegen sind, gewählt werden. Derjenige, der sich auf die Ausnahme berufen will, hat die Beweislast dafür zu tragen, dass die eine Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände tatsächlich vorliegen. Ein Auftraggeber darf erst dann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einleiten, wenn er das Vorliegen der betreffenden Voraussetzungen nachgewiesen hat.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich bereits, dass es naturgemäß zwischen § 28 Abs 1 Z 1 BVergG, der grundsätzlich eine vorherige Bekanntmachung vorsieht, und § 28 Abs 2 Z 1 BVergG, der eben keine öffentliche Bekanntmachung vorsieht, inhaltlich einen Unterschied geben muss. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, zwei Bestimmungen, die unterschiedliche Konsequenzen – nämlich die bedeutsame Frage der Bekanntmachung – nach sich ziehen, mit demselben Inhalt zu formulieren. Dies, zumal zu bedenken ist, dass nach § 28 Abs 1 Z 1 BVergG nur dann von einer Bekanntmachung Abstand genommen werden kann, wenn der Auftraggeber in das betreffende Verhandlungsverfahren alle jene Unternehmer einbezieht, deren Angebote nicht im Verlauf des vorangegangenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (...) ausgeschrieben wurden und die Angebote unterbreitet haben, die den Anforderungen der §§ 106 bis 110 und 113 bis 115 entsprochen haben. Es wäre widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, wenn die Voraussetzungen des Abs 1 somit strenger wären als die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 Z 1 BVergG, wo von einer Bekanntmachung ohne weiteres Abstand genommen werden kann. Dieser Wertungswiderspruch kann dem Gesetzgeber nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts Steiermark nicht zugesonnen werden.

Die erläuternden Bemerkungen sind in diesem Zusammenhang daher als irreführend zu betrachten.

Auch im „Leitfaden der Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen“ wird auf Seite 23 die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Auftragsbekanntmachung erläutert. Demnach sind Angebote als nicht geeignet anzusehen, wenn sie unannehmbar und nicht ordnungsgemäß sind und wenn ihr Inhalt außerdem für den Auftrag irrelevant ist und sie deshalb in keiner Weise den in den Auftragsunterlagen festgelegten Erfordernissen entsprechen. Derartige Angebote werden als nicht eingereicht angesehen. Betrachtet man den Wortlaut haben die aufgezählten Voraussetzungen kumulativ (arg. „und“) vorzuliegen.

Eine Interpretationsmöglichkeit im Sinne des Vorbringens der Auftraggeberin, wonach darunter auch Angebote, deren Preise außerhalb des normalen Wettbewerbsrahmens liegen verstanden werden, kann daraus nicht erkannt werden. Die von der Auftraggeberin zitierte Festlegung der Kommission, wonach zu unannehmbaren Angeboten auch Angebote, deren Preise außerhalb des normalen Wettbewerbsrahmens liegen, sowie Angebote, deren Preis im Vergleich zu den vom öffentlichen Auftraggeber vorgesehenen Mitteln zu hoch oder ungewöhnlich niedrig ist, wird dezidiert von der Kommission nur für das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung vorgesehen.

Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark ist daher eine Interpretation der Auftraggeberin wie die vorliegende, wonach im gegenständlichen Fall kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben worden sei, nicht tragfähig für die Wahl des § 28 Abs 2 Z 1 BVergG.

Die im ursprünglich offenen Verfahren eingelangten Angebote wurden nicht ausgeschrieben und wurde lediglich zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, der I J GmbH, auf Grund des Verfahrens vor dem

Landesverwaltungsgericht Steiermark festgestellt, dass dieses mit einem Ausscheidungsstatbestand versehen war. Ob die übrigen acht Angebote daher tatsächlich über dieselben Mängel verfügten, kann mangels nachvollziehbarer Dokumentation nicht verifiziert werden. Allein auf Grund der Tatsache, dass sie die nicht in den Ausschreibungsunterlagen dokumentierte Kostenschätzung der Auftraggeberin deutlich überschritten, kann zwar von unannehmbaren Angeboten, jedoch nicht von ungeeigneten Angeboten ausgegangen werden.

Es ist wie bereits ausgeführt davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Terminologie des § 28 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 1 BVergG bewusst anders wählte und die Voraussetzungen für die Wahl des Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 BVergG daher weiter gefasst sind, als die Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, ein Verfahren mit sehr eingeschränkter Transparenz. Aus dem Wortlaut kann eindeutig geschlossen werden, dass bei der Ausnahme des Abs 2 Z 1 überhaupt kein geeignetes Angebot eingelangt sein darf. Langt demnach auch nur ein einziges ausschreibungskonformes Angebot ein, kann der Ausnahmetatbestand des § 28 Abs 2 Z 1 BVergG nicht in Anspruch genommen werden. Dies auch dann nicht, wenn die mängelfreien Angebote sogenannte unannehmbare Angebote im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 BVergG darstellen.

Gegenständlich ist daher festzuhalten, dass es sich nach dem vorliegenden Verfahrensakt nicht verifizieren lässt, ob es sich bei allen im offenen Verfahren eingereichten Angeboten tatsächlich um nicht ausschreibungskonforme Angebote handelte oder ob es sich um unannehmbare Angebote handelte.

Auch wenn der Auftraggeberin im gegenständlichen Fall zugestanden werden kann, dass sie ein Ausscheiden womöglich aus prozessökonomischen Gründen unterließ, da sie bereits auf Grund der Budgetlage von einem Widerruf der Ausschreibung ausging, ist dennoch festzuhalten, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung jedoch nur unter dieser Voraussetzung erfolgen kann und es dem Landesverwaltungsgericht auf Grund der vorliegenden Aktenlage nicht möglich ist Entsprechendes festzustellen.

Auch wenn das Gesetz als Voraussetzung nicht explizit das vorherige Ausscheiden der Angebote festlegt, muss nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts für die Nachprüfung der Zulässigkeit der Entscheidung zumindest nachvollziehbar sein, ob es sich tatsächlich um nicht ausschreibungskonforme Angebote handelte und ein Ausscheiden zumindest geboten gewesen wäre.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin liegen daher die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 Z 1 BVergG nicht vor, da nicht belegt ist, ob im durchgeführten offenen Verfahren kein geeignetes Angebot abgegeben wurde. Wie ausführlich dargestellt wurde, ist nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts kein geeignetes Angebot nicht gleichzusetzen mit unannehmbarem Angebot.

Es wird daher festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht rechtswidrig war.

3. Zur Nichtigklärung des Vertrages:

§ 22 StVergRG:

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Landesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Landesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn die Auftraggeberin/der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) Soweit in den Abs. 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Landesverwaltungsgericht im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin/des Auftraggebers auf Grund der bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren

EU-Rechts offenkundig unzulässig war.

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Landesverwaltungsgericht, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur so weit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Das Landesverwaltungsgericht kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn die Auftraggeberin/der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Landesverwaltungsgericht hat dabei das Interesse der Auftraggeberin/des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse der Antragstellerin/des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

(6) Das Landesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages gemäß Abs. 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn die Auftraggeberin/der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse der Auftraggeberin/des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse der Antragstellerin/des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses – auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen – überwiegt.

(7) Wenn das Landesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß Abs. 2 erster Satz oder Abs. 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über die Auftraggeberin/den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 %, im Unterschwellenbereich 10 % der Auftragssumme. Geldbußen fließen der Steirischen Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH (SFG) zu.

(8) Das Landesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise der Auftraggeberin/des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 112/2007, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrechterhalten wird.

(9) Das Landesverwaltungsgericht hat im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 4 Z 3 sowie im Unterschwellenbereich im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 4 Abs. 4 Z 1 den Widerruf für unwirksam zu erklären, wenn

1. 1.
die Antragstellerin/der Antragsteller dies beantragt hat und
2. 2.
das Interesse der Bieterinnen/Bieter an der Fortführung des Vergabeverfahrens das Interesse der Auftraggeberin/des Auftraggebers auch unter Berücksichtigung der allfällig betroffenen öffentlichen Interessen an der Beendigung des Vergabeverfahrens überwiegt.

Anm.: in der Fassung LGBl. Nr. 87/2013

Trifft das Landesverwaltungsgericht die Feststellung, dass das Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, hat es im Oberschwellenbereich den Vertrag grundsätzlich für absolut nichtig zu erklären (§ 22 Abs 2 StVergRG). Dazu bedarf es keines Antrages.

Im Unterschwellenbereich ist gemäß § 22 Abs 3 StVergRG der Vertrag jedoch nur dann für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin/des Auftraggebers offenkundig unzulässig war.

Hinsichtlich des Begriffs „offenkundig unzulässig“ führen die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage betreffend den wortidenten § 334 Abs 3 BVergG aus, dass das Nichtigkeitsregime des Unterschwellenbereichs auf die gravierendsten Verstöße gegen das BVergG beschränkt sei, wobei zusätzlich diese Verstöße als offenkundig qualifiziert werden müssen (siehe EBRV 327 BlgNR Nationalrat XXIV. GP 37; Reisner in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht 4. Auflage Rz 2288).

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit der Frage der Offenkundigkeit in einzelnen Fällen beschäftigt und hierbei einen strengen Maßstab angelegt. Unter Verweis auf Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum

Bundesvergabegesetz 2006, § 132 RZ 16 ff, führte er aus, dass eine offenkundige Unzulässigkeit der Direktvergabe nur dann anzunehmen ist, wenn der Auftraggeber unter Missachtung des klaren Gesetzeswortlautes oder jenseits vertretbarer Gesetzesauslegung einen Beschaffungsvorgang dem Ausnahmetatbestand der Direktvergabe, einem der Ausnahmetatbestände des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer zuordnet oder als nicht dem BVergG unterfallend qualifiziert. Ein entschuldbarer Rechts- oder Tatsachenirrtum schließt offenkundige Unzulässigkeit aus (VwGH 24.02.2010, Zl.: 2009/04/0209; LVwG Steiermark 21.06.2016, LVwG 44.16-364/2016-47). Ein Rechtsirrtum kann demnach nur dann zur offenkundigen Unzulässigkeit führen, wenn er auf einer unvertretbaren Rechtsauffassung beruht (vgl. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmarm/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, RZ 16 ff). Zur Offenkundigkeit hat der VwGH in seiner Entscheidung vom 27.04.1993, Zl.: 90/04/0265, weiters ausgeführt, dass „offenkundig eine Tatsache dann ist, wenn sie entweder allgemein bekannt (notorisch) oder der Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit bekannt oder dadurch bei der Behörde notorisch (amtsbekannt) bekanntgeworden ist“.

In seiner Entscheidung vom 26.04.2007, Zl.: 2005/04/0222, führte der VwGH nachvollziehbar zur damaligen Rechtslage aus, dass eine offenkundige Unzulässigkeit nur bei schwerem Missbrauch vorliegt, wenn also die Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der offensichtlich völligen Missachtung des Vergaberechts wussten bzw. wissen mussten (vgl. Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs, Schwerpunkte zum BVerG 2002, 287 (334 f); Katary, Schlupfloch Direktvergabe ? in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 59 (77 ff)). Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes beruht die unzulässige Direktvergabe daher auf einem die Nichtigkeit des Vertragsabschlusses wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 897 Abs 1 ABGB bewirkenden oder zumindest gleichkommenden schweren und offensichtlichen Rechtsmissbrauch.

Diese Ansicht kann auf die Frage der Offenkundigkeit bzw. offenkundigen Unzulässigkeit im Sinne des § 22 Abs 3 StVergRG übertragen werden und soll die Nichtigkeit des Vertrages im Unterschwellenbereich nach dem Willen des Gesetzgebers auf gravierendste Rechtsverstöße beschränkt bleiben.

Offenkundig bedeutet somit, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam ins Auge springend) sein muss (vgl. BVA 05.08.2008, F/0003-BVA/10/2008-42) und nicht erst aufgrund von Erhebungen, komplexen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. festgestellt werden kann.

War die Vorgangsweise des Auftraggebers nicht offenkundig unzulässig, so kommt das gesamte Regime des § 22 Abs 4 bis 8 StVergRG im Unterschwellenbereich von vornherein nicht zur Anwendung.

Freilich ist bei der offenkundigen Unzulässigkeit ein objektiver Maßstab anzulegen, da sich andernfalls Auftraggeber leicht durch Nichtbefassung mit der korrekten Anwendbarkeit des BVergG der Sanktionen entziehen könnten.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass das durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass sich gegenständlich die Auftraggeberin unter Beiziehung ihres Rechtsvertreters mit der Wahl des durchzuführenden Vergabeverfahrens auseinandergesetzt hat.

Im gegenständlichen Fall hat die Auftraggeberin zwar rechtswidrigerweise den Tatbestand des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angenommen, jedoch ein Verhandlungsverfahren unter Einladung von drei Unternehmen durchgeführt, dieses unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 105 BVergG betreffend das Verhandlungsverfahren. Es wurden mit allen Bietern Verhandlungen geführt und in der Folge die Zuschlagsentscheidung korrekt bekannt gemacht.

Wie die Ausführungen zu 2. darstellen, bedarf es bei der Frage, ob gegenständlich die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach § 28 Abs 2 Z 1 BVergG zulässig war, der Interpretation des Begriffes „nicht geeignetes Angebot“. Der Begriff ist gesetzlich nicht determiniert und ist im BVergG grundsätzlich von der Eignung des Bieters die Rede. Es bedarf daher der Auslegung des Begriffes unter Zugrundelegung verschiedener – auch unionsrechtlicher – Quellen, die zum Teil widersprüchlich sind (vgl. Regierungsvorlage 1171 BlgNr 22 GP 46). Auch der Verwaltungsgerichtshof ging in seiner Entscheidung vom 28.03.2008, Zl.: 2005/04/0013, davon aus, dass es sich bei den Bietern eines vorangegangenen offenen Verfahrens, die – soweit ersichtlich – befugt, leistungsfähig und zuverlässig waren, um geeignete Unternehmer handelte, im Erkenntnis selbst wurde dennoch der Terminus „nicht geeignete Angebote“ verwendet. Allerdings ist in der erwähnten Entscheidung zu relativieren, dass weder seitens der belangten Behörde noch der mitbeteiligten Partei Einwände gegen die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung erhoben wurden.

Es ist daher der Wortlaut der gegenständlichen Gesetzesbestimmung nicht ohne weitere Recherche oder Erhebung zu interpretieren.

Vor diesem Hintergrund war die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin auf Grund der bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren EU-Rechts nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Steiermark nicht offenkundig unzulässig.

Der gegenständliche Vertrag wird daher mangels Offenkundigkeit gemäß § 22 Abs 3 StVergRG nicht für absolut nichtig erklärt. Daraus ergibt sich, dass § 22 Abs 4 bis 6 StVergRG – bzw. in der Folge § 22 Abs 7 und 8 StVergRG – nicht zur Anwendung kommen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Punkt III.:

Gemäß § 29 StVergRG haben vor den Landesverwaltungsgerichten – wenn auch nur teilweise – obsiegende Antragstellerinnen/Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 28 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin/den Auftraggeber. Die Antragstellerin/der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn sie/er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Abs 2 leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da die Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag durchgedrungen ist, hat die Auftraggeberin ihr gemäß § 29 StVergRG die ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 500,00 zu ersetzen.

Zu Punkt IV:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

ungeeignetes Angebot, nicht gleichzusetzen, Begriffsbestimmungen, Inhaltliche Unterscheidung, Intension des Gesetzgebers, Frage der Bekanntmachung, unterschiedliche Konsequenzen, Keine strengeren Voraussetzungen, Abstandsnahme von einer Bekanntmachung, Ausscheidung, Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, eingeschränkte Transparenz, eng formulierte Ausnahmetatbeständen, restriktive Auslegung, Beweislast für Vorliegen von Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umständen, Angebot, Preis außerhalb des normalen Wettbewerbsrahmens, Preis zu hoch oder ungewöhnlich niedrig, unannehmbare Angebote, kein ungeeignetes Angebot, Unterschiedliche Terminologie und Voraussetzungen, kein geeignetes Angebot, Vorheriges Ausscheiden nicht ausschreibungskonformer Angebote,

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, <http://www.lvwg-stmk.gv.at>