

TE Lvwg Erkenntnis 2022/11/16 LVwG 44.22-6959/2022

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.11.2022

Entscheidungsdatum

16.11.2022

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72006 Beschaffung Vergabe Steiermark

Norm

BVergG 2018
LVergRG Stmk 2018 §22 Abs3

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Mag. Rappold über den Feststellungsantrag der A B AG, vertreten durch die C D GmbH, Wstraße, W, betreffend das Vergabeverfahren „Direktvergabe von Versicherungsleistungen“ durch die Marktgemeinde O, vertreten durch die E F GmbH, Bgasse, G, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung,

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

I. Dem Antrag festzustellen, dass das Vergabeverfahren „Direktvergabe von Versicherungsleistungen“ in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, wird

s t a t t g e g e b e n

Es wird festgestellt, dass dieses Vergabeverfahren „Direktvergabe von Versicherungsleistungen“ in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

II. Der (das Vergabeverfahren beendende) Vertrag vom 24.06.2022 zwischen der Marktgemeinde O und der G H AG wird gemäß § 22 Abs 4 StVergRG nur so weit aufgehoben, als Leistungen noch ausständig sind oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

III. Über die Marktgemeinde O wird gemäß § 22 Abs 8 und 9 StVergRG eine Geldbuße in der Höhe von € 3.000,00 verhängt. Diese ist dem LVwG Steiermark binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstigen Zwangsfolgen zu bezahlen.

IV. Der Antrag der Antragstellerin, festzustellen, dass der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde, wird

zurückgewiesen

V. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 320,00 binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstigen Zwangsfolgen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe

1. Zur Ausfertigung des Erkenntnisses in gekürzter Form:

1.1. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat am 25.10.2022 eine öffentliche, mündliche Verhandlung durchgeführt und im Anschluss das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

1.2. Die Niederschrift über die durchgeführte mündliche Verhandlung wurde der rechtlichen Vertreterin der Antragstellerin sowie dem rechtlichen Vertreter der Auftraggeberin ausgefolgt. Der mitbeteiligten Partei sowie dem Amt der Steiermärkischen Landesregierung wurde der Niederschrift jeweils am 27.10.2022 zugestellt

1.3. Die Rechtsmittelbelehrung des Erkenntnisses enthält gemäß § 30 Z 4 VwGVG einen Hinweis auf die Möglichkeit und die Folgen des Verzichts auf die Revision, die Niederschrift enthält gemäß § 29 Abs 2a VwGVG eine Belehrung über das Recht, binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs 4 VwGVG zu verlangen (Z 1) und darüber, dass ein Antrag auf schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision beim Verwaltungsgerichtshof und der Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof darstellt (Z 2).

1.4. Von den Parteien des Verfahrens hat keine zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof und einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei binnen der in § 29 Abs 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung / Zustellung der Niederschrift, die längstens mit 10.11.2022 abgelaufen ist, den Antrag auf schriftliche Ausfertigung gemäß § 29 Abs 4 VwGVG gestellt.

1.5. Das Erkenntnis wird daher gemäß § 29 Abs 5 VwGVG in gekürzter Form ausgefertigt.

2. Zu den als erwiesen angenommenen Tatsachen:

Auf die gegenständliche Vergabe ist in materieller Hinsicht das Bundesvergabegesetz 2018, BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 sowie in formeller Hinsicht das Gesetz vom 03.07.2018 über den Rechtsschutz gegen die Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2018 – StVergRG 2018) LGBl. Nr. 62/2018 idF LGBl. 43/2019, anzuwenden.

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

Gemäß § 18 Abs 6 StVergRG ist ein Antrag gemäß Abs 1 unzulässig, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können.

Für den gegenständlichen Fall hat sich im Verfahren nicht herausgestellt, dass die Antragstellerin den Verstoß bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend machen können. Anlässlich des Telefonats vom 19.05.2021 war explizit nicht davon die Rede, dass die Auftraggeberin/Antragsgegnerin beabsichtigt die Versicherungsleistung im Rahmen der Direktvergabe zu vergeben. Dass Herr I J von der Direktvergabe nicht in Kenntnis war, ergibt sich unter anderem aus der Verhandlungsschrift zur Gemeinderatssitzung vom 23.06.2022, wonach Herr I J noch in einem Telefonat am 28.03.2022 gegenüber Frau K L erklärt hat, dass er bei Erstellung des Angebotes davon ausgegangen sei, dass nur der alte, bestehende Vertrag umgeschrieben und nur die Versicherungssumme erhöht werden soll. Die erkennende Richterin ist daher nicht der Ansicht, dass die Antragstellerin die Wahl des Vergabeverfahrens bereits aufgrund des Telefonats vom 19.05.2021 bekämpfen hätte müssen. Insbesondere, da es zulässig ist, lediglich zum Zweck der Markterkundung Angebote oder unverbindliche Preisauskünfte einzuholen (§ 31 Abs 11 BVergG). Eine öffentliche Bekanntmachung erfolgte nicht. Ein Unternehmer ist nicht dazu gehalten, aktiv und laufend bei einem Auftraggeber nachzufragen, ob bzw. unter welchen Umständen eine erneute Beschaffung geplant ist.

Anträge gemäß § 18 Abs 1 StVergRG sind gemäß § 19 Abs 1 StVergRG binnen 6 Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können. Die Antragstellerin hat vom Zuschlag erst am 03.08.2022, mit welchem das Schreiben des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung vom 12.07.2022 übermittelt wurde, erfahren.

Der Feststellungsantrag ist zusammenfassend rechtzeitig, er erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 20 StVergRG, die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

Die Auftraggeberin hat für die Beschaffung der gegenständlichen Versicherungsdienstleistungen die Verfahrensart der „Direktvergabe“ gewählt. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (§ 25 Abs 10 BVergG 2006). Das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt. Der Vertragsabschluss richtet sich daher nach allgemeinem Zivilrecht (vgl. Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Anmerkung 14 zu § 41).

Gemäß § 46 Abs 2 BVergG 2018 iVm § 1 Z 3 der Schwellenwertverordnung für 2020, BGBl. II Nr. 605/2020 ist eine Direktvergabe ausschließlich zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert € 100.000,00 nicht erreicht.

Die Direktvergabe ist ein Ausnahmeverfahren; der Tatbestand ist als Ausnahmetatbestand daher eng auszulegen.

Es ist sohin von entscheidungswesentlicher Bedeutung, ob die Auftraggeberin die Direktvergabe zu Recht gewählt hat, ob somit der geschätzte Auftragswert nicht höher als € 100.000,00 ist.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 7 BVergG.

Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist gemäß § 13 Abs 1 BVergG der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist.

Gemäß § 16 Abs 1 Z 1 BVergG ist bei Versicherungsleistungen als geschätzter Auftragswert die Versicherungsprämie und sonstige Entgelte anzusetzen. Bei Dienstleistungsaufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist gemäß § 16 Abs 2 Z 1 BVergG bei unbefristeten Aufträgen oder Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten ist das 48-fache des zu leistenden Monatsentgeltes als geschätzter Auftragswert anzusetzen.

Gemäß § 13 Abs 3 BVergG ist der geschätzte Auftragswert vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung. Diese Bestimmung gilt für alle Auftragsarten gleichermaßen und sie ist für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zum Beispiel Direktvergabe) erforderlich, aber auch für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Ober- oder Unterschwellenbereichs anwendbar sind. Der sachkundig zu schätzende Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger, sach- und fachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der öffentliche Auftraggeber zu einer derartigen Schätzung nicht imstande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen. Bei der Schätzung handelt es sich um eine sachkundig und sorgfältig zu erstellende Prognose. Erste informelle Erkundigungen des öffentlichen Auftraggebers bei Unternehmen sind noch keine Handlungen, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind. Der geschätzte Auftragswert ist – sofern eine Pflicht zu seiner Erstellung besteht – darüber hinaus im Vergabevermerk festzuhalten und muss darüber hinaus für die Zwecke der Überprüfung an einem allfälligen Vergabekontrollverfahren dokumentiert werden.

Besonders wenn das Überschreiten einer Vergabegrenze nicht ausgeschlossen werden kann, ist eine möglichst breite Basis an Grundlagen in Form von Richtpreisliteratur, Preisdatenbanken, Vergleichsangeboten oder Preisanfragen sowie eine zutreffende Mengenermittlung notwendig.

Für den gegenständlichen Fall muss gesagt werden, dass die Auftraggeberin keinen Vergabeakt vorgelegt hat und auch nicht darzulegen vermochte, dass sie überhaupt einen geschätzten Auftragswert ermittelt hat und dementsprechend auch nicht, wie dieser ermittelt wurde. Auch eine Dokumentation des geschätzten Auftragswertes existiert nicht, aus welcher hervorgehen würde, wer diesen Wert wie ermittelt hat. Mangels vorhandener Unterlagen ist dem erkennenden Gericht eine diesbezügliche Überprüfung der Kostenschätzung nicht möglich (UVS Vorarlberg 314-001/11 vom 18.08.2011).

Es existieren auch keine Ausschreibung oder sonstige Unterlagen, aus welcher sich die Wahl des Vergabeverfahrens ergeben würde, nicht einmal in der Verhandlungsschrift der Gemeinderatssitzung vom 23.06.2022 ist explizit von einer Direktvergabe die Rede.

Die Auftraggeberin hat sich mit der Wahl des durchzuführenden Vergabeverfahrens offenkundig nicht bzw. nicht ausreichend auseinandergesetzt.

Die Antragsgegnerin hat einen Versicherungsvertrag mit einer Jahresprämie von € 33.091,86 und mit einer Versicherungsdauer von 24.06.2022 bis 01.01.2033 abgeschlossen.

Im gegenständlichen Fall hätten daher die Versicherungsleistungen mit einem Auftragswert von jedenfalls über € 100.000,00 nicht im Wege einer Direktvergabe erfolgen dürfen.

Somit war gemäß § 18 Abs 1 Z 2 StVergRG spruchgemäß festzustellen, dass die Vergabe von Versicherungsleistungen in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

Zur Nichtigerklärung des Vertrages:

Gemäß § 22 Abs 3 StVergRG hat das Landesverwaltungsgericht im Unterschwellenbereich, soweit in den Abs 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 18 Abs 1 Z 2 bis 4 für nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise der Auftraggeberin aufgrund der bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbaren Unionsrechts offenkundig unzulässig war.

Offenkundig bedeutet, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam ins Auge springend) sein muss und nicht erst aufgrund von Erhebungen, komplexen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. festgestellt werden kann. Diesbezüglich ist ein objektiver Maßstab anzulegen, da sich andernfalls ein Auftraggeber leicht durch Nichtbefassung mit der korrekten Anwendbarkeit vergaberechtlichen Bestimmungen einer Sanktion entziehen könnte. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass das durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass die Auftraggeberin im gegenständlichen Fall eine ausreichende Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden Rechtsvorschriften und deren Anwendung außer Acht gelassen hat, in dem sie keine fachkundige Kostenschätzung vorgenommen hat (an dieser Stelle wird auf die Ausführungen weiter oben verwiesen). Diese Vorgehensweise ist jedenfalls offenkundig unzulässig.

Gemäß § 22 Abs 4 StVergRG hat das Landesverwaltungsgericht, wenn die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden kann und sofern Abs 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 18 Abs 1 Z 2 bis 4 auszusprechen, dass der Vertrag nur so weit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

Da beim Versicherungsvertrag seit 24.06.2022 Leistungen erbracht wurden, die nicht mehr rückgestellt werden können, kommt anstatt der Nichtigerklärung des Vertrages im Sinne des § 22 Abs 3 StVergRG die Bestimmung des § 22 Abs 4 StVergRG der teilweisen Aufhebung zum Tragen, ohne dass es eines Antrages der Auftraggeberin bedürfte (Vgl. VwGH 2012/04/0070 vom 18.03.2015).

Damit war der geschlossene Vertrag nur so weit aufzuheben, als Leistungen der Auftragnehmerin noch ausständig sind oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung an die Auftragnehmerin rückstellbar sind.

Nach § 22 Abs 8 StVergRG ist, wenn das Landesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß Abs 2 erster Satz oder Abs 3 oder der Aufhebung gemäß Abs 4 und 5 abgesehen hat, eine Geldbuße über die Auftraggeberin zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss.

Bei der gemäß § 22 Abs 8 StVergRG zu verhängenden Geldbuße handelt es sich nicht um eine Verwaltungsstrafe, sondern um eine Sanktion eigener Art, ähnlich einer Kartellstrafe, die Störungen des Wettbewerbs ausgleichen soll. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt im Unterschwellenbereich 10%. Die Geldbuße ist nach dem Umfang jenes Teiles der Auftragssumme des Vertrages zu bemessen, der trotz festgestellter Rechtswidrigkeit nicht aufgehoben wird. Geldbußen fließen der steirischen Wirtschaftsförderungsgesellschaft mbH (SFG) zu.

Gemäß § 22 Abs 9 StVergRG hat das Landesverwaltungsgericht 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) heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrechterhalten wird.

Als mildernd ist anzusehen, dass dem Landesverwaltungsgericht Steiermark bisher keine derartigen Vorgangsweisen

seitens der Auftraggeberin bekannt sind. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Vertrag nur zu einem kleinen Teil aufrecht bleibt bzw. nur zu einem kleinen Teil abgewickelt wurde. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark erachtet im gegenständlichen Fall unter Berücksichtigung sämtlicher Kriterien eine Geldbuße in der Höhe von € 3.000,00 als wirksam, angemessen und abschreckend.

Da die Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag durchgedrungen ist, hat die Auftraggeberin ihr dafür gemäß § 31 StVergRG 2018 die ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Schlagworte

Unternehmer, Auftraggeber, Auskunft über erneute Beschaffung, offenkundig unzulässige Vorgangsweise, keine fachkundige Kostenschätzung der Beschaffung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGST:2022:LVwG.44.22.6959.2022

Zuletzt aktualisiert am

06.03.2023

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at