

TE Verg Bescheid 2010/9/14 N/0064-BVA/08/2010-42

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.09.2010

Norm

AVG §8

AVG §37

AVG §39

BVergG §5

BVergG §6

BVergG §8

BVergG §9

B-VG Art15a

1. AVG § 8 heute
2. AVG § 8 gültig ab 01.02.1991
1. AVG § 37 heute
2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. BVergG § 5 gültig von 01.09.2002 bis 31.08.2002 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 99/2002
2. BVergG § 5 gültig von 01.07.1999 bis 31.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/1999
3. BVergG § 5 gültig von 28.05.1997 bis 30.06.1999
1. BVergG § 6 gültig von 01.09.2002 bis 31.08.2002 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 99/2002
2. BVergG § 6 gültig von 01.07.1999 bis 31.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/1999
3. BVergG § 6 gültig von 28.05.1997 bis 30.06.1999
1. BVergG Art. 2 § 8 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006
1. BVergG Art. 2 § 9 gültig von 01.03.2005 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006
2. BVergG Art. 2 § 9 gültig von 01.01.2005 bis 22.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 483/2004
3. BVergG Art. 2 § 9 gültig von 01.09.2002 bis 28.02.2005
1. B-VG Art. 15a heute

2. B-VG Art. 15a gültig ab 01.01.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
3. B-VG Art. 15a gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Clemens Mayr als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Matthias Wohlgemuth als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die als Anfechtungsgegenstand bezeichnete Ausschreibung im Verhandlungsverfahren nach Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Dr Clemens Mayr als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Matthias Wohlgemuth als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die als Anfechtungsgegenstand bezeichnete Ausschreibung im Verhandlungsverfahren nach

vorheriger Bekanntmachung "Flugrettung", bekannt gemacht im EU Amtsblatt am

22.7.2010 unter 2010, S140-216000; GZ beim Auftraggeber BMI-EE 1460/0001- I/6/2010, der Auftraggeberin Republik Österreich (= Bund) über die vom Antragsteller A*** gestellten Anträge auf Nichtigerklärung und auf Pauschalgebührenersatz wie folgt entschieden:

Spruch

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung der Republik Österreich, Bund, Bundesministerin für Inneres, "Flugrettung", bekannt gemacht im EU Amtsblatt am 22.7.2010 unter 2010, S140-216000, wird zurückgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung der Republik Österreich, Bund, Bundesministerin für Inneres, "Flugrettung", bekannt gemacht im EU Amtsblatt am 22.7.2010 unter 2010, S140-216000, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 5, 6, 8, 9, 11, 32, 291, 312, 320, 322 und 325 Abs 1 und 345 Abs 14 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 5, 6, 8, 9, 11, 32, 291, 312, 320, 322 und 325 Absatz eins und 345 Absatz 14, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

II. Dem Antrag, der Antragsgegnerin [Republik Österreich, Bund] aufzutragen, die von der Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühr in Höhe von EUR 622,50 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters RA X*** zu ersetzen, wird keine Folge gegeben. römisch zwei. Dem Antrag, der Antragsgegnerin [Republik Österreich, Bund] aufzutragen, die von der Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühr in Höhe von EUR 622,50 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Rechtsvertreters RA X*** zu ersetzen, wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15
Begründung
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15
Begründung

1. 1. Ziffer eins

Verfahrensgang und Sachverhalt

Die im Nachprüfungsantrag bezeichnete Auftraggeberin "Republik Österreich", also maW der Bund, führt über eine vergebende Stelle im Ressortbereich der "Bundesministerin für Inneres" aktuell das im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren durch.

Der Auftraggeber Bund strebt mit dieser Ausschreibung ein Vertragsverhältnis an, mit welchem sich ein Dienstleistungserbringer verpflichten soll, zur Gewährleistung der Hubschrauber - Flugrettung in den Ländern Tirol, Salzburg, Steiermark, Kärnten und Oberösterreich den Betrieb der Flugrettung mit geeigneten Hubschraubern samt Besatzung (je nach Einsatz Pilot, Notarzt, Sanitäter, Bergespezialisten, etc) sicherzustellen - Seite 5 des Teils I der streitgegenständlichen Ausschreibung. Diese Ausschreibung ist dabei - zwischen den Parteien unstrittig - iZm insgesamt fünf Vereinbarungen des Bunds gemäß Art 15a B-VG mit den oben genannten Bundesländern zu sehen. Es ist unstrittig, dass das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wird. Der Auftraggeber Bund strebt mit dieser Ausschreibung ein Vertragsverhältnis an, mit welchem sich ein Dienstleistungserbringer verpflichten soll, zur Gewährleistung der Hubschrauber - Flugrettung in den Ländern Tirol, Salzburg, Steiermark, Kärnten und Oberösterreich den Betrieb der Flugrettung mit geeigneten Hubschraubern samt Besatzung (je nach Einsatz Pilot, Notarzt, Sanitäter, Bergespezialisten, etc) sicherzustellen - Seite 5 des Teils römisch

eins der streitgegenständlichen Ausschreibung. Diese Ausschreibung ist dabei - zwischen den Parteien unstrittig - iZm insgesamt fünf Vereinbarungen des Bunds gemäß Artikel 15 a, B-VG mit den oben genannten Bundesländern zu sehen. Es ist unstrittig, dass das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt wird.

Unstrittig will der Bund für die vom Dienstleistungserbringer zu erbringenden Leistungen selbst kein Entgelt zahlen; der künftige Dienstleistungserbringer soll sich vielmehr aus Zahlungen der gesetzlichen Sozialversicherung, aus Privatversicherungsverträgen, die zu Gunsten transportierter Patienten bestehen, etc finanzieren - zB Seite 5 des Teils I der streitgegenständlichen Ausschreibung. Unstrittig will der Bund für die vom Dienstleistungserbringer zu erbringenden Leistungen selbst kein Entgelt zahlen; der künftige Dienstleistungserbringer soll sich vielmehr aus Zahlungen der gesetzlichen Sozialversicherung, aus Privatversicherungsverträgen, die zu Gunsten transportierter Patienten bestehen, etc finanzieren - zB Seite 5 des Teils römisch eins der streitgegenständlichen Ausschreibung. Der Antragsteller hat innerhalb der Angebotsfrist das einzige Angebot in diesem Vergabeverfahren gelegt, dieses Angebot allerdings nur nach Maßgabe eines bedingenden Beiblatts zur Angebotserklärung. Das Erstangebot des Antragstellers steht insoweit unter der Bedingung, als vom Bund eine Zahlungsgarantie dahin verlangt wird, dass die gesetzlichen Sozialversicherungsträger, die Länder, private Versicherungen und sonstige Personen eine bestimmte Summe per anno an den Antragsteller bezahlen, ansonsten der Bund den Fehlbetrag auf erste Anforderung binnen 30 Tagen unter weiteren Bedingungen zu bezahlen hätte. Diese Zahlungsgarantie des Bundes, wie vom Antragsteller gewünscht, findet sich aber gerade nicht in den Ausschreibungsunterlagen, da der Bund eben gegenteilig keine Zahlungen an den künftigen Dienstleistungserbringer leisten will.

Der Bund hat betreffend das abzuschließen geplante Vertragsverhältnis in den Ausschreibungsbestandteilen mehrfach die rechtliche Einordnung als Dienstleistungskonzessionsvertrag vorgenommen.

Der Antragsteller spricht in seinem Nachprüfungsantrag von einem mitunter unentgeltlichen Dienstleistungsauftrag und kritisiert dabei materiell, dass der Antragsteller zwar gegenüber dem Bund Verpflichtungen eingehen soll, sich jedoch ausschließlich durch Zahlungen anderer Rechtsträger als den Bund finanzieren soll; maW vom Bund gemäß der angefochtenen Ausschreibung keine Zahlungen erhalten soll. Er könne so nicht kostendeckend wirtschaften und wäre die Flugrettung in den betroffenen Bundesländern ohne zusätzliche Zahlungen im Abgleich zur aktuellen Erlössituation nicht aufrechterhaltbar.

Mit Nachprüfungsantrag vom 6.8.2010 richtete der Antragsteller einen Nichtigerklärungsantrag gegen die streitige Ausschreibung an das Bundesvergabeamt und erwirkte diesbezüglich eine insbesondere auch auf § 313 BVergG 2006 gestützte einstweilige Verfügung. Mit Nachprüfungsantrag vom 6.8.2010 richtete der Antragsteller einen Nichtigerklärungsantrag gegen die streitige Ausschreibung an das Bundesvergabeamt und erwirkte diesbezüglich eine insbesondere auch auf Paragraph 313, BVergG 2006 gestützte einstweilige Verfügung.

Ein Ausgleich der Interessen gemäß § 43 Abs 5 AVG konnte zwischen den Streitteilen auch in der Verhandlung vom 10.9.2010 nicht erreicht werden. Der Antragsteller befürchtet ausweislich seiner Eingabe, lfd Nr 37 des Akts, dass er unbeachtlich seiner in diesem Vergabeverfahren alleinigen Angebotslegung in einem Folgevergabeverfahren nicht durch eine neuerliche vorherige Vergabebekanntmachung über den neuen vergaberechtlichen Parallelwettbewerb informiert würde. Ein Ausgleich der Interessen gemäß Paragraph 43, Absatz 5, AVG konnte zwischen den Streitteilen auch in der Verhandlung vom 10.9.2010 nicht erreicht werden. Der Antragsteller befürchtet ausweislich seiner Eingabe, lfd Nr 37 des Akts, dass er unbeachtlich seiner in diesem Vergabeverfahren alleinigen Angebotslegung in einem Folgevergabeverfahren nicht durch eine neuerliche vorherige Vergabebekanntmachung über den neuen vergaberechtlichen Parallelwettbewerb informiert würde.

1. 2. Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0064- BVA/08/2010 und insb aus den Erörterungen der mündlichen Verhandlung vom 10.9.2010; soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0064- BVA/08/2010 und insb aus den Erörterungen der mündlichen Verhandlung vom 10.9.2010; soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Zur Zurückweisung des Nichtigerklärungsbegehrens

3.1.1. Die gegenständliche Ausschreibung wurde im Juli 2010, sohin nach dem 4.3.2010 gemeinschaftsweit bekannt gemacht, womit das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 zur Gänze idFBGBl I 2010/15 anzuwenden ist - § 345 Abs 14 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher auf die Fassung des BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15.3.1.1. Die gegenständliche Ausschreibung wurde im Juli 2010, sohin nach dem 4.3.2010 gemeinschaftsweit bekannt gemacht, womit das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 zur Gänze in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 anzuwenden ist - Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher auf die Fassung des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15.

3.1.2. Der Bund soll gegenständlich Vertragspartner des abzuschließen geplanten Vertragswerks werden, womit das Bundesvergabeamt (= BVA) - bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen - zur inhaltlichen Vergabekontrolle gesondert anfechtbarer Auftraggeberentscheidungen gemäß den Art 14b B-VG und § 6 AVG iVm §§ 291ff BVergG 2006 zuständig wäre.3.1.2. Der Bund soll gegenständlich Vertragspartner des abzuschließen geplanten Vertragswerks werden, womit das Bundesvergabeamt (= BVA) - bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen - zur inhaltlichen Vergabekontrolle gesondert anfechtbarer Auftraggeberentscheidungen gemäß den Artikel 14 b, B-VG und Paragraph 6, AVG in Verbindung mit Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 zuständig wäre.

3.1.3. Das BVA hat gemäß Art I Abs 2 lit C Z 37 EGVG idF BGBl I 2009/20 das AVG, BGBl 1991/51 idFBGBl I 2009/135 als Verfahrensgesetz heranzuziehen, sofern nicht im BVergG 2006 selbst sonderverfahrensrechtliche Bestimmungen normiert sind.3.1.3. Das BVA hat gemäß Artikel römisch eins, Absatz 2, lit C Ziffer 37, EGVG in der Fassung BGBl römisch eins 2009/20 das AVG, BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2009/135 als Verfahrensgesetz heranzuziehen, sofern nicht im BVergG 2006 selbst sonderverfahrensrechtliche Bestimmungen normiert sind.

Gemäß dem insoweit anwendbaren § 37 AVG hat das BVA den maßgebenden Sachverhalt betreffend das gestellte Nichtigerklärungsbegehren festzustellen, womit die Ermittlungspflichten des BVA dann enden, wenn weitere Ermittlungen zu keinem anderen Spruch betreffend das zu erledigende Nichtigerklärungsbegehren mehr führen würden.Gemäß dem insoweit anwendbaren Paragraph 37, AVG hat das BVA den maßgebenden Sachverhalt betreffend das gestellte Nichtigerklärungsbegehren festzustellen, womit die Ermittlungspflichten des BVA dann enden, wenn weitere Ermittlungen zu keinem anderen Spruch betreffend das zu erledigende Nichtigerklärungsbegehren mehr führen würden.

3.1.4. Da das BVA gemäß § 11 BVergG 2006 im Bundeskompetenzbereich gerade nicht zur Nichtigerklärung irgendwelcher Auftraggeberentscheidungen gelegentlich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen zuständig ist, wird der Zurückweisungsspruch auf Basis der Verfahrensposition des Auftraggebers, dass gegenständlich ein Dienstleistungskonzessionsvertrag vergeben werden soll, bereits von § 11 BVergG 2006 getragen. Der Bundesgesetzgeber hat in § 11 BVergG 2006 ausdrücklich festgeschrieben, dass insoweit der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß den §§ 291ff BVergG 2006 nicht anwendbar ist - § 6 AVG.3.1.4. Da das BVA gemäß Paragraph 11, BVergG 2006 im Bundeskompetenzbereich gerade nicht zur Nichtigerklärung irgendwelcher Auftraggeberentscheidungen gelegentlich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen zuständig ist, wird der Zurückweisungsspruch auf Basis der Verfahrensposition des Auftraggebers, dass gegenständlich ein Dienstleistungskonzessionsvertrag vergeben werden soll, bereits von Paragraph 11, BVergG 2006 getragen. Der Bundesgesetzgeber hat in Paragraph 11, BVergG 2006 ausdrücklich festgeschrieben, dass insoweit der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß den Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 nicht anwendbar ist - Paragraph 6, AVG.

3.1.5. Für den Antragsteller ist aber auch nichts zu gewinnen, wenn man zu seinen Gunsten von einem Dienstleistungsauftrag ausginge; bzw von einem zumindest gemäß § 9 BVergG 2006 zu bewertenden Auftragsverhältnis mit den für Lieferaufträge geltenden Vergabebestimmungen, weil wertmäßig überwiegend Hubschrauber beizustellen wären; oder aber von einer abzuschließen geplanten Rahmenvereinbarung über künftige Liefer- bzw Dienstleistungsaufträge. Dies aus folgenden Gründen:3.1.5. Für den Antragsteller ist aber auch nichts zu gewinnen, wenn man zu seinen Gunsten von einem Dienstleistungsauftrag ausginge; bzw von einem zumindest gemäß Paragraph 9, BVergG 2006 zu bewertenden Auftragsverhältnis mit den für Lieferaufträge geltenden

Vergabebestimmungen, weil wertmäßig überwiegend Hubschrauber beizustellen wären; oder aber von einer abzuschließen geplanten Rahmenvereinbarung über künftige Liefer- bzw Dienstleistungsaufträge. Dies aus folgenden Gründen:

3.1.5.1. Vorauszuschicken ist, dass der Antragsteller mit seinem bedingten Angebot eine Dienstleistungserbringung laut Ausschreibung nur nach der Maßgabe anbietet, dass sich der Bund bereit erklären würde, in Abweichung vom Ausschreibungstext zu garantieren, dass entweder bestimmte andere Rechtsträger einen bestimmten Mindestbetrag per anno an den Antragsteller bezahlen; oder aber dass mangels Erlöses dieses Mindestbetrages durch Zahlungen dieser anderen Rechtsträger der Bund unter bestimmten Bedingungen Zahlungen bis zur Erreichung des geforderten, in bestimmter Weise zu errechnenden Mindestbetrags an den Antragsteller leistet.

Somit liegt beim derzeitigen Stand des Prozederes zum Vertragsabschluss ein offener Dissens wegen Diskrepanz der bisherigen Vertragsanbahnungserklärungen über wesentliche Bestandteile des künftig angestrebten Vertragsverhältnisses vor. Der Antragsteller kann daher auf Basis seiner bisherigen Erklärungen nicht in ein Vertragsverhältnis auf Basis der streitverfangenen Ausschreibung gezwungen werden, da er ohnehin nur ein durch eine Zahlungsgarantie bedingtes und insoweit von der Ausschreibung abweichendes Angebot abgegeben hat. Zum Dissens siehe insoweit nur Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³, 127ff.

3.1.5.2. Geht man zu Gunsten der Antragstellerin und entgegen dem Standpunkt der Auftraggeberin davon aus, dass gegenständlich ein Vertragsverhältnis geplant ist, das rechtlich als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren wäre, ist nochmals daran zu erinnern, dass gegenständlich ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Vergabeverfahrenstypus streitgegenständlich ist. 3.1.5.2. Geht man zu Gunsten der Antragstellerin und entgegen dem Standpunkt der Auftraggeberin davon aus, dass gegenständlich ein Vertragsverhältnis geplant ist, das rechtlich als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG 2006 zu qualifizieren wäre, ist nochmals daran zu erinnern, dass gegenständlich ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Vergabeverfahrenstypus streitgegenständlich ist.

3.1.5.3. Art 31 Abs 1 lit a) der RL 2004/18/EG ermächtigt Auftraggeber bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen, wenn zuvor ein offenes oder aber nicht offenes Vergabeverfahren zu keinen tauglichen Angebote geführt hat, soweit die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden. 3.1.5.3. Artikel 31, Absatz eins, Litera a,) der RL 2004/18/EG ermächtigt Auftraggeber bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen, wenn zuvor ein offenes oder aber nicht offenes Vergabeverfahren zu keinen tauglichen Angebote geführt hat, soweit die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden.

§ 29 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 transformiert diese Richtlinienbestimmung für Lieferaufträge in nationales Recht. Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 transformiert diese Richtlinienbestimmung für Lieferaufträge in nationales Recht.

§ 30 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 nimmt eine idente Transformation der Richtlinie für Dienstleistungsaufträge vor. Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 nimmt eine idente Transformation der Richtlinie für Dienstleistungsaufträge vor.

§ 32 ermächtigt zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen betreffend künftige Liefer- und Dienstleistungsaufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wenn zuvor ein offenes oder aber nicht offenes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung keine tauglichen Angebote für die Rahmenvereinbarung erbracht hat. Paragraph 32, ermächtigt zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen betreffend künftige Liefer- und Dienstleistungsaufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wenn zuvor ein offenes oder aber nicht offenes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung keine tauglichen Angebote für die Rahmenvereinbarung erbracht hat.

Zusammenfassend läuft der Antragsteller daher gegenständlich nicht Gefahr, auf Basis eines zu seinen Gunsten angenommenen Liefer- oder aber Dienstleistungsauftrags (bzw einer Rahmenvereinbarung über derartige Aufträge) nur deshalb nicht durch eine vorherige Vergabebekanntmachung von einem neuerlichen Vergabeverfahren betreffend die in der angefochtenen Ausschreibung zu vergeben beabsichtigten Leistungen zu erfahren, weil der Bund an Hand dieser Ausschreibung innerhalb der Angebotsfrist keine ausschreibungskonformen Angebote erhalten hat.

Das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung ist nämlich in den gerade geschilderten Tatbeständen gerade kein Grund dafür, dass nach einem derartigen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung mangels tauglicher Angebote ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wird.

3.1.5.4. Ausweislich der Bestimmungen über den Beschwerdepunkt in den §§ 312 Abs 2; 322 Abs 1 Z 5 und 325 Abs 1 BVergG 2006 hat das BVA eine Nichtigerklärung nur dann vorzunehmen, wenn der Antragsteller in durch das materielle Vergaberecht für ihn selbst gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird. Entsprechend Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵, 94, ist ein Parteienantrag zurückzuweisen, wenn nicht einmal die Möglichkeit besteht, dass eine Rechtsverletzung der in einem bestimmten Verfahren zu schützenden subjektiven Rechte geschehen (sein) könnte. 3.1.5.4. Ausweislich der Bestimmungen über den Beschwerdepunkt in den Paragraphen 312, Absatz 2; 322 Absatz eins, Ziffer 5 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 hat das BVA eine Nichtigerklärung nur dann vorzunehmen, wenn der Antragsteller in durch das materielle Vergaberecht für ihn selbst gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird. Entsprechend Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵, 94, ist ein Parteienantrag zurückzuweisen, wenn nicht einmal die Möglichkeit besteht, dass eine Rechtsverletzung der in einem bestimmten Verfahren zu schützenden subjektiven Rechte geschehen (sein) könnte.

Der VwGH hatte sich in seinem Erkenntnis vom 1.7.2010, 2009/04/0129 damit auseinanderzusetzen, ob ein Bieter in einem Vergabeverfahren, das (nach Beurteilung des VwGH) mit diesem allein durchgeführt wird, durch eine nach Auffassung des Bieters rechtswidrige Aufforderung zur Angebotsabgabe in Rechten verletzt sein kann.

Der VwGH hat im bezogenen Erkenntnis eine Rechtsverletzungsmöglichkeit verneint.

3.1.5.5. Wenn der Antragsteller im gegenständlichen Vergabeverfahren als einziger Bieter ein - von der Ausschreibung abweichendes - Angebot gelegt hat,

ist hier zu wiederholen, dass vom BVA im Nachprüfungsverfahren (im Rahmen der Rechtsschutzzuständigkeiten des BVA) subjektive Rechte des Antragstellers (und nicht anderer Rechtsträger) zu schützen sind. Würde der Bund die Ausschreibungsbedingungen wesentlich ändern, wozu jedenfalls die Gewährung der vom Antragsteller verlangten Zahlungsgarantie gehörte, hätte der Bund nach primärrechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung jedenfalls eine neue Vergabebekanntmachung zur Durchführung eines neuerlichen vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs vorzunehmen, ohne sich dabei insbesondere auf Art 31 Abs 1 lit a) RL 2004/18/EG zwecks Vermeidung einer derartigen Bekanntmachung stützen zu können. ist hier zu wiederholen, dass vom BVA im Nachprüfungsverfahren (im Rahmen der Rechtsschutzzuständigkeiten des BVA) subjektive Rechte des Antragstellers (und nicht anderer Rechtsträger) zu schützen sind. Würde der Bund die Ausschreibungsbedingungen wesentlich ändern, wozu jedenfalls die Gewährung der vom Antragsteller verlangten Zahlungsgarantie gehörte, hätte der Bund nach primärrechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung jedenfalls eine neue Vergabebekanntmachung zur Durchführung eines neuerlichen vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs vorzunehmen, ohne sich dabei insbesondere auf Artikel 31, Absatz eins, Litera a,) RL 2004/18/EG zwecks Vermeidung einer derartigen Bekanntmachung stützen zu können.

In diesem hier streitverfangenen Vergabeverfahren droht aber dem Antragsteller kein Schaden mehr und kann er durch die angefochtene Ausschreibung keinesfalls mehr in irgendwelchen subjektiven Rechten verletzt werden, die vom BVA im Nachprüfungsverfahren - auch unter Zugrundelegung der Auffassung, es läge gegenständlich eine Vergabe eines Liefer- bzw Dienstleistungsauftrags bzw eine Anbahnung einer Rahmenvereinbarung über derartige Aufträge vor, zu schützen wären.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren hat der Antragsteller durch sein von der Ausschreibung abweichendes Angebot klargestellt, dass er nicht zu den vom Bund aufgestellten Bedingungen kontrahieren will.

Der Auftraggeber kann aber ob der geschilderten alleinigen Angebotslegung durch den Antragsteller gerade dieses Vergabeverfahren mit keinem (anderen) Bieter mehr fortsetzen, so dass der Bund, so er rücksichtlich der im Sachverhalt erwähnten Art 15a - Vereinbarungen ob seiner in diesen koordinationsrechtlichen öffentlich - rechtlichen Verträgen formulierten Pflichten weiterhin nachfragend auf dem Markt auftreten will, ein neues Vergabeverfahren über einen Dienstleistungsauftrag oder aber über eine Dienstleistungskonzession durchführen muss. Der Auftraggeber kann aber ob der geschilderten alleinigen Angebotslegung durch den Antragsteller gerade dieses Vergabeverfahren

mit keinem (anderen) Bieter mehr fortsetzen, so dass der Bund, so er rücksichtlich der im Sachverhalt erwähnten Artikel 15 a, - Vereinbarungen ob seiner in diesen koordinationsrechtlichen öffentlich - rechtlichen Verträgen formulierten Pflichten weiterhin nachfragend auf dem Markt auftreten will, ein neues Vergabeverfahren über einen Dienstleistungsauftrag oder aber über eine Dienstleistungskonzession durchführen muss.

Durch das vom Antragsteller gelegte bedingte Angebot und den Umstand, dass keine Konkurrenzangebote eingelangt sind, ist bereits jetzt sichergestellt, dass der Antragsteller iSv VwGH 2009/04/0129 durch die angefochtene Ausschreibung nicht mehr in seinen vergaberechtlich - subjektiven Rechten verletzt werden kann, weil dem Antragsteller damit in diesem Vergabeverfahren keine Vertragsabschlusschance durch Kontrahieren mit einem Konkurrenzanbieter mehr entgehen kann; und ob des streitigen Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung der Auftraggeber auch nicht unter Stützung auf Art 31 Abs 1 lit a der RL 2004/18/EG ein neues Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen kann. Durch das vom Antragsteller gelegte bedingte Angebot und den Umstand, dass keine Konkurrenzangebote eingelangt sind, ist bereits jetzt sichergestellt, dass der Antragsteller iSv VwGH 2009/04/0129 durch die angefochtene Ausschreibung nicht mehr in seinen vergaberechtlich - subjektiven Rechten verletzt werden kann, weil dem Antragsteller damit in diesem Vergabeverfahren keine Vertragsabschlusschance durch Kontrahieren mit einem Konkurrenzanbieter mehr entgehen kann; und ob des streitigen Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung der Auftraggeber auch nicht unter Stützung auf Artikel 31, Absatz eins, Litera a, der RL 2004/18/EG ein neues Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen kann.

3.1.6. Sohin war auch unter Zugrundelegung der zentralen Antragstellerauffassung, es würde gegenständlich die Vergabe eines Auftrags geschehen, die Zurückweisung mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit auszusprechen. Das BVA konnte daher am 10.9.2010 in der Verhandlung das Ermittlungsverfahren für geschlossen erklären, da sowohl nach der Auffassung des Bunds als auch auf Basis der Behauptungen des Antragstellers eine Zurückweisung des Nichtigerklärungsbegehrens auszusprechen war - § 39 Abs 3 AVG. 3.1.6. Sohin war auch unter Zugrundelegung der zentralen Antragstellerauffassung, es würde gegenständlich die Vergabe eines Auftrags geschehen, die Zurückweisung mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit auszusprechen. Das BVA konnte daher am 10.9.2010 in der Verhandlung das Ermittlungsverfahren für geschlossen erklären, da sowohl nach der Auffassung des Bunds als auch auf Basis der Behauptungen des Antragstellers eine Zurückweisung des Nichtigerklärungsbegehrens auszusprechen war - Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

Weitere Ermittlungen und Erörterungen dahin, ob durch die von anderen Rechtsträgern im Falle des Vertragsabschlusses zu den Ausschreibungsbedingungen erlangbaren Zahlungen der Bund gegenständlich einen Dienstleistungskonzessionsvertrag wegen Begründung eines entsprechenden Betriebsrisikos abschließen wollte, konnten daher im Punkte des § 39 Abs 2 AVG und der dort erwähnten Verfahrensökonomie genauso unterbleiben wie eine rechtliche Begründung gemäß § 60 AVG dahin, ob allenfalls tatsächlich mangels eines durch den Bund aus den Art 15a - B-VG - Vereinbarungen oder aus sonstigen Rechtstiteln als Gegenleistung iSd § 8 BVergG 2006 übertragbaren Rechts ein Dienstleistungsauftrag (laut Standpunkt des Antragstellers) streitgegenständlich wäre. Weitere Ermittlungen und Erörterungen dahin, ob durch die von anderen Rechtsträgern im Falle des Vertragsabschlusses zu den Ausschreibungsbedingungen erlangbaren Zahlungen der Bund gegenständlich einen Dienstleistungskonzessionsvertrag wegen Begründung eines entsprechenden Betriebsrisikos abschließen wollte, konnten daher im Punkte des Paragraph 39, Absatz 2, AVG und der dort erwähnten Verfahrensökonomie genauso unterbleiben wie eine rechtliche Begründung gemäß Paragraph 60, AVG dahin, ob allenfalls tatsächlich mangels eines durch den Bund aus den Artikel 15 a, - B-VG - Vereinbarungen oder aus sonstigen Rechtstiteln als Gegenleistung iSd Paragraph 8, BVergG 2006 übertragbaren Rechts ein Dienstleistungsauftrag (laut Standpunkt des Antragstellers) streitgegenständlich wäre.

3.1.7. Klarzustellen ist letztlich - hinsichtlich eines Vorbringens des Antragstellers iZm einer zusätzlichen Rechtsverletzungsmöglichkeit in seiner Eingabe vom 9.9.2010, lfd Nr 37 des Verwaltungsakts, dass das Pauschalgebührenerstattungsrecht vor dem BVA verfahrensrechtliche Rechtsfolge des Obsiegens mit einem Nichtigerklärungsbegehren gemäß § 325 BVergG 2006 ist, dass aber dieses verfahrensrechtliche Kostenersatzrecht gerade nicht bereits selbst eine Rechtsverletzungsmöglichkeit in Bezug auf die vom BVA im Wege der Vergabekontrolle zu prüfende Verletzung subjektiver, sich aus dem materiellen Vergaberecht ergebender Rechte durch eine Auftraggeberentscheidung begründet. 3.1.7. Klarzustellen ist letztlich - hinsichtlich eines Vorbringens des Antragstellers

iZm einer zusätzlichen Rechtsverletzungsmöglichkeit in seiner Eingabe vom 9.9.2010, lfd Nr 37 des Verwaltungsakts, dass das Pauschalgebührenersatzrecht vor dem BVA verfahrensrechtliche Rechtsfolge des Obsiegens mit einem Nichtigerklärungsbegehren gemäß Paragraph 325, BVergG 2006 ist, dass aber dieses verfahrensrechtliche Kostenersatzrecht gerade nicht bereits selbst eine Rechtsverletzungsmöglichkeit in Bezug auf die vom BVA im Wege der Vergabekontrolle zu prüfende Verletzung subjektiver, sich aus dem materiellen Vergaberecht ergebender Rechte durch eine Auftraggeberentscheidung begründet.

3.2. Zum Pauschalgebührenersatzbegehren

§ 319 setzt in seinem Abs 1 und Abs 2 für einen Pauschalgebührenersatz ein Obsiegen mit dem Nichtigerklärungsbegehren voraus. Paragraph 319, setzt in seinem Absatz eins und Absatz 2, für einen Pauschalgebührenersatz ein Obsiegen mit dem Nichtigerklärungsbegehren voraus.

Im Gefolge der Zurückweisung des Nichtigerklärungsbegehrens war dem Pauschalgebührenersatzbegehren bereits aus diesem Grund keine Folge zu geben.

Schlagworte

Wahlfeststellung, begrenzte Ermittlungspflichten, Dienstleistungskonzessionsvertrag;

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at