

TE Bvwg Erkenntnis 2015/1/12 W134 2014375-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.01.2015

Entscheidungsdatum

12.01.2015

Norm

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §2 Z26 lita

BVergG 2006 §30 Abs2 Z1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §334 Abs2

BVergG 2006 §334 Abs5

BVergG 2006 §334 Abs7

BVergG 2006 §334 Abs8

B-VG Art.133 Abs4

VbVG §5

VbVG §5 Abs3

VwGVG §28 Abs1

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VbVG § 5 heute
2. VbVG § 5 gültig ab 01.01.2006

1. VbVG § 5 heute
2. VbVG § 5 gültig ab 01.01.2006

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2014375-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie DI Dr. Sabine Weniger als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Günther Feuchtinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina", der Auftraggeberin Albertina - wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes, Albertinaplatz 1, 1010 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund des Feststellungsantrages der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 19. November 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.12.2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie DI Dr. Sabine Weniger als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Günther Feuchtinger als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina", der Auftraggeberin Albertina - wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes, Albertinaplatz 1, 1010 Wien, vertreten durch römisch 40, aufgrund des Feststellungsantrages der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 19. November 2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.12.2014 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge das Verfahren zu N/0079-BVA/11/2013-18 als Feststellungsverfahren weiterführen und nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" wird stattgegeben. römisch eins. Dem Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge das Verfahren zu N/0079-BVA/11/2013-18 als Feststellungsverfahren weiterführen und nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" wird stattgegeben.

Es wird gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 festgestellt, dass das Vergabeverfahren "Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina" welches mit dem Zustandekommen des Vertrages vom 17.10.2013 mit der XXXX endete, wobei die Vertragslaufzeit bis 14.11.2015 verlängert wurde, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. Es wird gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 festgestellt, dass das Vergabeverfahren "Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina" welches mit dem Zustandekommen des Vertrages vom 17.10.2013 mit der römisch 40 endete, wobei die Vertragslaufzeit bis 14.11.2015 verlängert wurde, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

II. Der in Spruchpunkt A) I. genannte Vertrag wird gemäß § 334 BVergG 2006 mit Ablauf des 12.07.2015 aufgehoben. römisch zwei. Der in Spruchpunkt A) römisch eins. genannte Vertrag wird gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 mit Ablauf des 12.07.2015 aufgehoben.

III. Die Albertina - wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes ist gemäß § 334 BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesverwaltungsgericht binnen 1 Monat ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 58.000,- zu bezahlen. römisch drei. Die Albertina - wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes ist gemäß Paragraph 334, BVergG 2006 verpflichtet, dem Bundesverwaltungsgericht binnen 1 Monat ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 58.000,- zu bezahlen.

IV. Dem Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren, welche die Antragstellerin bei Einbringung des Nachprüfungsantrages am 19.07.2013 bezahlt hat gemäß § 319 BVergG 2006 auferlegen" wird stattgegeben. römisch vier. Dem Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge der Antragsgegnerin

den Ersatz der Pauschalgebühren, welche die Antragstellerin bei Einbringung des Nachprüfungsantrages am 19.07.2013 bezahlt hat gemäß Paragraph 319, BVerG 2006 auferlegen" wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution € 3.000,-- zu bezahlen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Vergabeverfahren I Vergabeverfahren römisch eins

Der hier verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Auftraggeberin zur Beschaffung von Sicherheitsdienstleistungen ging ein nicht offenes beschleunigtes Verfahren mit Bekanntmachung der Antragsgegnerin voraus, welches Vergabeverfahren I bezeichnet wird. Der hier verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Auftraggeberin zur Beschaffung von Sicherheitsdienstleistungen ging ein nicht offenes beschleunigtes Verfahren mit Bekanntmachung der Antragsgegnerin voraus, welches Vergabeverfahren römisch eins bezeichnet wird.

Die Antragstellerin gab einen Teilnahmeantrag und ein Angebot ab.

Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin am 18.1.2013 mit, dass ihr Angebot mangels Gleichwertigkeit der EN 50518 mit der ISO 9001:2008 ausgeschieden werde und beabsichtigt sei, der XXXX den Zuschlag zu erteilen. Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin am 18.1.2013 mit, dass ihr Angebot mangels Gleichwertigkeit der EN 50518 mit der ISO 9001:2008 ausgeschieden werde und beabsichtigt sei, der römisch 40 den Zuschlag zu erteilen.

Aufgrund des dagegen eingebrachten Nachprüfungsantrages wurde die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 18.1.2013 mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 11.3.2013, N/0006-BVA/08/2013-69, für nichtig erklärt; dieser Bescheid wurde zwischenzeitig mit Erkenntnis des VwGH vom 17.09.2014, 2013/04/0061, aufgehoben.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11.04.2013 wurden sämtliche Bieter des Vergabeverfahrens I ausgeschieden und diesen mitgeteilt, dass beabsichtigt sei das Vergabeverfahren zu widerrufen, weil nach der Angebotsprüfung kein Angebot im Verfahren verbleibe. Dabei wurde den Bietern unter anderem folgendes mitgeteilt: "Im Nachprüfungsverfahren ist (am Rande) herausgekommen, dass laut einer Information des Wirtschaftsministeriums die von ihrem Unternehmen vorgelegte Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE-38-1:2009-12-01 nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50518 gleichwertig ist. Das Angebot war daher auszuschneiden." Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11.04.2013 wurden sämtliche Bieter des Vergabeverfahrens römisch eins ausgeschieden und diesen mitgeteilt, dass beabsichtigt sei das Vergabeverfahren zu widerrufen, weil nach der Angebotsprüfung kein Angebot im Verfahren verbleibe. Dabei wurde den Bietern unter anderem folgendes mitgeteilt: "Im Nachprüfungsverfahren ist (am Rande) herausgekommen, dass laut einer Information des Wirtschaftsministeriums die von ihrem Unternehmen vorgelegte Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE-38-1:2009-12-01 nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50518 gleichwertig ist. Das Angebot war daher auszuschneiden."

Mit Schreiben vom 6.5.2013 hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren I widerrufen. Mit Schreiben vom 6.5.2013 hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren römisch eins widerrufen.

Vergabeverfahren II Vergabeverfahren römisch zwei

Nach Widerruf des ersten Vergabeverfahrens teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit Schreiben vom 28.6.2013 mit, dass sie "plant" "das Verhandlungsverfahren über den gleichen Gegenstand einzuleiten." Gleichzeitig ersuchte die Auftraggeberin die Antragstellerin auch um Mitteilung, ob weiterhin Interesse an dem "im Wesentlichen unveränderten Auftrag" bestehe und sich relevante Änderungen im Unternehmen hinsichtlich der Eignungsprüfung (Zertifizierung des Unternehmens nach der ISO 9001:2008, Erfüllung der Richtlinien EN 50518, VSÖ TRVE-38-1:2009) ergeben hätten.

Daraufhin teilte die Antragstellerin der Auftraggeberin mit Schreiben vom 5.7.2013 mit, dass weiterhin ein erhebliches Interesse an der Teilnahme an der oben bezeichneten Ausschreibung bestehe und eine Zertifizierung nach der ISO 9001:2008 derzeit noch in Vorbereitung sei.

In einem Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 09.07.2013 hält diese folgendes fest: "Nach dem Widerruf des nicht offenen Verfahrens hat die Auftraggeberin [...] beschlossen, das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen. Die Wahl des Vergabeverfahrens erfolgt unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG, weil kein geeignetes Angebot im vorangegangenen nicht offenen Verfahren eingelangt ist. Im vorangegangenen nicht offenen Verfahren wurden sämtliche Angebote - schlussendlich unbekämpft - ausgeschieden und das Verfahren widerrufen. [...] Die Auftraggeberin hat die Eignungskriterien des vorangegangenen Vergabeverfahrens unverändert gelassen, lediglich das Kriterium, das zur Ausscheidung fast alle Bieter geführt hat (Vorhandensein einer nach EN 50518 zertifizierte Sicherheitszentrale im Unternehmen) wurde dahingehend präzisiert, dass ausdrücklich auch die Erfüllung der Richtlinie VSÖ-TRVE-38-1:2009 ausreichend ist. Dies war schon in der 1. Ausschreibung vorgesehen, lediglich ein Bieter (XXXX) war der Ansicht, dass der Ausschreibungstext das Vorhandensein der EN 50518 für alle Bewerber vorschrieb. Da, wie sich im 1. Vergabeverfahren und durch die Rückmeldungen bei der Anfrage der Veränderungen seit dem letzten Vergabeverfahren gezeigt hat, lediglich ein Bewerber (XXXX) über diese Zertifizierung verfügt, ist es zur Gewährleistung des Wettbewerbs notwendig, auch die Erfüllung der VSÖ-Richtlinien als ausreichend zu betrachten." In einem Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 09.07.2013 hält diese folgendes fest: "Nach dem Widerruf des nicht offenen Verfahrens hat die Auftraggeberin [...] beschlossen, das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen. Die Wahl des Vergabeverfahrens erfolgt unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, weil kein geeignetes Angebot im vorangegangenen nicht offenen Verfahren eingelangt ist. Im vorangegangenen nicht offenen Verfahren wurden sämtliche Angebote - schlussendlich unbekämpft - ausgeschieden und das Verfahren widerrufen. [...] Die Auftraggeberin hat die Eignungskriterien des vorangegangenen Vergabeverfahrens unverändert gelassen, lediglich das Kriterium, das zur Ausscheidung fast alle Bieter geführt hat (Vorhandensein einer nach EN 50518 zertifizierte Sicherheitszentrale im Unternehmen) wurde dahingehend präzisiert, dass ausdrücklich auch die Erfüllung der Richtlinie VSÖ-TRVE-38-1:2009 ausreichend ist. Dies war schon in der 1. Ausschreibung vorgesehen, lediglich ein Bieter (römisch 40) war der Ansicht, dass der Ausschreibungstext das Vorhandensein der EN 50518 für alle Bewerber vorschrieb. Da, wie sich im 1. Vergabeverfahren und durch die Rückmeldungen bei der Anfrage der Veränderungen seit dem letzten Vergabeverfahren gezeigt hat, lediglich ein Bewerber (römisch 40) über diese Zertifizierung verfügt, ist es zur Gewährleistung des Wettbewerbs notwendig, auch die Erfüllung der VSÖ-Richtlinien als ausreichend zu betrachten."

Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 12.7.2013 mit, dass beabsichtigt sei, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung iSd § 30 Abs 2 Z 1 BVergG durchzuführen. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie "nicht über die geforderten Qualifikationen zur Erfüllung der Eignungskriterien verfügt" und die Antragstellerin daher nicht teilnehmen dürfe. Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 12.7.2013 mit, dass beabsichtigt sei, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung iSd Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG durchzuführen. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie "nicht über die geforderten Qualifikationen zur Erfüllung der Eignungskriterien verfügt" und die Antragstellerin daher nicht teilnehmen dürfe.

Gegen dieses Schreiben vom 12.7.2013 brachte die Antragstellerin beim BVA am 19.7.2013 einen Nachprüfungsantrag ein, in dem sie die Nichtigkeitsklärung der (i) Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, (ii) Nicht-Zulassung der Antragstellerin mangels Eignung und (iii) Festlegung, die XXXX müsse in diesem Verhandlungsverfahren über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 verfügen, beantragte. Gegen dieses Schreiben vom 12.7.2013 brachte die Antragstellerin beim BVA am 19.7.2013 einen Nachprüfungsantrag ein, in dem sie die Nichtigkeitsklärung der (i) Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, (ii) Nicht-Zulassung der Antragstellerin mangels Eignung und (iii) Festlegung, die römisch 40 müsse in diesem Verhandlungsverfahren über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 verfügen, beantragte.

Gegen den zurück- bzw. abweisenden Bescheid des BVA vom 01.10.2013, N/0079-BVA/11/2013-18, brachte die Antragstellerin eine Bescheidbeschwerde beim VwGH ein und richtete eine weitere Beschwerde an die Europäische Kommission.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 17.9.2014, 2013/04/0149-6, den Bescheid des BVA vom 1.10.2013, N/0079-BVA/11/2013-18, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 19.11.2013 beantragte diese, "das Bundesverwaltungsgericht möge das Verfahren zu N/0079-BVA/11/2013 als Feststellungsverfahren weiterführen und nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung betreffend die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war."

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15.12.2014 brachte diese, soweit entscheidungswesentlich, vor, dass die Antragstellerin kein Interesse an den begehrten Feststellungen habe, weil ihr durch die nicht erfolgte Einladung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren kein Schaden entstehen könne. Wie sowohl das BVA in seiner Entscheidung vom 01.10.2013 als auch der VwGH in den beiden Erkenntnissen vom 17.09.2014 festgehalten hätten, erfülle die Antragstellerin nicht die von der Antragsgegnerin geforderten Eignungskriterien, speziell die Zertifizierung gemäß ISO 9001:2008. Die Antragstellerin hätte daher niemals den Auftrag erhalten und ihr daher auch kein Schaden entstehen können. Die Auftraggeberin brachte weiters vor, dass die

2. Voraussetzung des § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG der fehlenden grundlegenden Änderung der Auftragsbedingungen vorliege, weil sich diese Voraussetzung in 1. Linie auf die Änderung der geforderten Leistung beziehe. Die Auftraggeberin habe die Bedingungen des vorhergehenden Auftrags nur marginal geändert. Insbesondere seien die Leistungsbedingungen fast wortgleich. Die Änderung der Bedingungen des ersten (nicht offenen, europaweiten) Vergabeverfahrens erfolge nur hinsichtlich der Eignungskriterien im unbedingt notwendigen Ausmaß, um überhaupt einen Wettbewerb zu ermöglichen. Mit den Kriterien des Vorverfahrens sei kein geeigneter Bieter zu finden gewesen. In diesem Fall solle dem Auftraggeber die neuerliche Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht zugemutet werden. Der hier vorliegende Fall sei geradezu das Paradebeispiel für die Anwendung dieser Bestimmung, weil nur ein einziges Eignungskriterium habe geändert werden müssen, um ausreichenden Wettbewerb herzustellen. Eine andere Sichtweise würde de facto zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmung führen, weil dann gar keine Änderungen an der Ausschreibung vorgenommen werden dürften. Das Wesen des Ausnahmetatbestandes gemäß § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG ziele gerade darauf ab, den Bieterkreis zu ändern, weil mit den ursprünglichen Kriterien kein geeigneter Auftragnehmer gefunden werden habe können. 2. Voraussetzung des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG der fehlenden grundlegenden Änderung der Auftragsbedingungen vorliege, weil sich diese Voraussetzung in 1. Linie auf die Änderung der geforderten Leistung beziehe. Die Auftraggeberin habe die Bedingungen des vorhergehenden Auftrags nur marginal geändert. Insbesondere seien die Leistungsbedingungen fast wortgleich. Die Änderung der Bedingungen des ersten (nicht offenen, europaweiten) Vergabeverfahrens erfolge nur hinsichtlich der Eignungskriterien im unbedingt notwendigen Ausmaß, um überhaupt einen Wettbewerb zu ermöglichen. Mit den Kriterien des Vorverfahrens sei kein geeigneter Bieter zu finden gewesen. In diesem Fall solle dem Auftraggeber die neuerliche Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht zugemutet werden. Der hier vorliegende Fall sei geradezu das Paradebeispiel für die Anwendung dieser Bestimmung, weil nur ein einziges Eignungskriterium habe geändert werden müssen, um ausreichenden Wettbewerb herzustellen. Eine andere Sichtweise würde de facto zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmung führen, weil dann gar keine Änderungen an der Ausschreibung vorgenommen werden dürften. Das Wesen des Ausnahmetatbestandes gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ziele gerade darauf ab, den Bieterkreis zu ändern, weil mit den ursprünglichen Kriterien kein geeigneter Auftragnehmer gefunden werden habe können.

Am 16.12.2014 fand im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin gab an, dass im ersten Vergabeverfahren letztlich alle 5 verbliebenen Bieter (XXXX, und die Antragstellerin) mit Ausscheidensentscheidung vom 11.04.2013 ausgeschieden worden seien. Begründet sei dies bei allen 4 Unternehmen außer der Antragstellerin damit worden, dass diese 4 Unternehmen eine Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE 38-1:2009-12-01 vorgelegt hätten, welche nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50518 gleichwertig sei. Diese 4 Unternehmen hätten somit im ersten Vergabeverfahren eine Zertifizierung gemäß den Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE 38-1:2009-12-01 vorgelegt, während die Antragstellerin als einzige im ersten Vergabeverfahren Verbliebene eine Zertifizierung gemäß EN 50518 vorgelegt hätte. Die Auftraggeberin hat beantragt von der Nichtigerklärung des Vertrages wegen zwingender Allgemeininteressen (wegen des notwendigen durchgehenden Schutzes der wertvollen Kulturgüter der Albertina) abzusehen bzw. die Aufhebung des Vertrages erst 6

Monate ab dem Erlass dieses Erkenntnisses durchzuführen, um in der Zwischenzeit ein weiteres Vergabeverfahren durchführen zu können. Am 16.12.2014 fand im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeberin gab an, dass im ersten Vergabeverfahren letztlich alle 5 verbliebenen Bieter (römisch 40, und die Antragstellerin) mit Ausscheidensentscheidung vom 11.04.2013 ausgeschieden worden seien. Begründet sei dies bei allen 4 Unternehmen außer der Antragstellerin damit worden, dass diese 4 Unternehmen eine Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE 38-1:2009-12-01 vorgelegt hätten, welche nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50518 gleichwertig sei. Diese 4 Unternehmen hätten somit im ersten Vergabeverfahren eine Zertifizierung gemäß den Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE 38-1:2009-12-01 vorgelegt, während die Antragstellerin als einzige im ersten Vergabeverfahren Verbliebene eine Zertifizierung gemäß EN 50518 vorgelegt hätte. Die Auftraggeberin hat beantragt von der Nichtigerklärung des Vertrages wegen zwingender Allgemeininteressen (wegen des notwendigen durchgehenden Schutzes der wertvollen Kulturgüter der Albertina) abzusehen bzw. die Aufhebung des Vertrages erst 6 Monate ab dem Erlass dieses Erkenntnisses durchzuführen, um in der Zwischenzeit ein weiteres Vergabeverfahren durchführen zu können.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Vergabeverfahren I Vergabeverfahren römisch eins

Die Albertina - wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes, führte als Auftraggeberin beginnend im Dezember 2012 ein nicht offenes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung über den Auftragsgegenstand "Albertina - Unterstützung des Sicherheitsdienstes" durch. Der Zuschlag sollte nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Als Angebotsschlussstermin wurde der 15.01.2013 festgelegt.

In der Teilnahmeantragsunterlage wurde zu den Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit unter anderem Folgendes festgelegt:

"4.4.2 Zertifizierung:

Das Unternehmen des Bewerbers muss über die Zertifizierung nach ISO 9001/9008 (Anm. offenkundig gemeint war die ISO 9001:2008) oder eine vergleichbare Zertifizierung verfügen. Der Nachweis erfolgt durch die Vorlage der entsprechenden Bestätigungen. Das Unternehmen des Bewerbers muss über die Zertifizierung nach ISO 9001/9008 Anmerkung offenkundig gemeint war die ISO 9001:2008) oder eine vergleichbare Zertifizierung verfügen. Der Nachweis erfolgt durch die Vorlage der entsprechenden Bestätigungen.

4.4.4 Sicherheitszentrale:

Der Bewerber muss über eine der einschlägigen geltenden EU-Norm EN 50518 entsprechende Sicherheitszentrale verfügen, die durchgehend deutschsprachig besetzt ist. Der Bericht über das letzte Audit gemäß der erwähnten Richtlinie ist vorzulegen."

Die Antragstellerin stellte - ebenso wie weitere Mitbewerber - einen Teilnahmeantrag. Mit Schreiben vom 7. Jänner 2013 wurde die Antragstellerin von der Auftraggeberin zur Angebotslegung eingeladen, wobei allerdings darauf hingewiesen wurde, dass mit dem Angebot der Nachweis der Gleichwertigkeit der Zertifizierung nach EN 50518 mit der Zertifizierung nach ISO 9001:2008 vorzulegen sei.

Im Begleitschreiben zu ihrem Angebot wies die Antragstellerin zum Punkt Zertifizierung darauf hin, dass sie Bestätigungen über ein "Zertifikat Leitbetrieb Austria 2012/2013" sowie ein Zertifikat gemäß EN 50518 vorgelegt habe. Die Zertifizierung nach ISO 9001 sei in Vorbereitung. Die Antragstellerin vertrat die Auffassung, dass die Vergleichbarkeit (der vorhandenen Zertifizierung mit der Zertifizierung nach ISO 9001:2008) gegeben und sie deshalb zum Angebotsverfahren zuzulassen sei.

Mit Schreiben vom 18. Jänner 2013 gab die Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung bekannt.

Mit Schriftsatz vom 28. Jänner 2013 beantragte die Antragstellerin daraufhin, die Entscheidung über das Ausscheiden ihres Angebotes, die Zuschlagsentscheidung sowie die Aussage der Auftraggeberin im Schreiben vom 18. Jänner 2013 "im Gegensatz dazu ist bei der Sicherheitszentrale nicht die Zertifizierung selbst, sondern nur das Vorhandensein der

dieser Norm entsprechenden Sicherheitszentrale gefordert, welcher Nachweis durch die ausdrückliche Gleichwertigkeit der VSÖ TRVE-38- 1: 2009-12-01 mit EN 50518 erbracht werden kann" jeweils für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin verwies zum einen auf ihre Ausführungen im Begleitschreiben zum Angebot sowie zum anderen auf ein vorgelegtes Schreiben des Sachverständigen Professor Doz. (FH) XXXX für strategische Unternehmensführung vom 21. Jänner 2013, in dem dieser bestätigt habe, dass das Qualitätssicherungssystem der mitbeteiligten Partei bereits am 11. Dezember 2012 der ISO 9001 entsprochen habe bzw. ihr jedenfalls gleichwertig gewesen sei. Diese Bestätigung stelle eine "vergleichbare Zertifizierung" im Sinn der Teilnahmeantragsunterlage dar. (Akt des Vergabeverfahrens, VwGH 17.09.2014, 2013/04/0061) Die Antragstellerin verwies zum einen auf ihre Ausführungen im Begleitschreiben zum Angebot sowie zum anderen auf ein vorgelegtes Schreiben des Sachverständigen Professor Doz. (FH) römisch 40 für strategische Unternehmensführung vom 21. Jänner 2013, in dem dieser bestätigt habe, dass das Qualitätssicherungssystem der mitbeteiligten Partei bereits am 11. Dezember 2012 der ISO 9001 entsprochen habe bzw. ihr jedenfalls gleichwertig gewesen sei. Diese Bestätigung stelle eine "vergleichbare Zertifizierung" im Sinn der Teilnahmeantragsunterlage dar. (Akt des Vergabeverfahrens, VwGH 17.09.2014, 2013/04/0061)

Das Schreiben von Professor Doz. (FH) XXXX vom 21.01.2013 an die Antragstellerin lautet auszugsweise Das Schreiben von Professor Doz. (FH) römisch 40 vom 21.01.2013 an die Antragstellerin lautet auszugsweise:

"Nachdem ich bereits im Jahr 1995 ihr Unternehmen beim Aufbau des Qualitätsmanagementsystems unterstützt habe, haben Sie mich im September 2012 mit der Unterstützung bei der Einführung der ISO 9001 beauftragt.

Wenngleich die Umsetzung der Zertifizierung ursprünglich erst für das 3. Quartal 2013 geplant war, konnte ich mich bereits bei unserem Termin am 11.12.2012 - insbesondere anhand des mehr als 110 Seiten umfassenden Qualitätsmanagement-Handbuches der XXXX und der damals bereits erfolgten Zertifizierung gemäß EN 50518-3 - davon überzeugen, dass die XXXX bereits zu diesem Zeitpunkt über ein Qualitätsmanagementsystem verfügte, das den Vorgaben der ISO 9001:2008 entspricht bzw. mit diesen jedenfalls vergleichbar ist." Wenngleich die Umsetzung der Zertifizierung ursprünglich erst für das 3. Quartal 2013 geplant war, konnte ich mich bereits bei unserem Termin am 11.12.2012 - insbesondere anhand des mehr als 110 Seiten umfassenden Qualitätsmanagement-Handbuches der römisch 40 und der damals bereits erfolgten Zertifizierung gemäß EN 50518-3 - davon überzeugen, dass die römisch 40 bereits zu diesem Zeitpunkt über ein Qualitätsmanagementsystem verfügte, das den Vorgaben der ISO 9001:2008 entspricht bzw. mit diesen jedenfalls vergleichbar ist."

(Beilage ./11 zum Schreiben der Antragstellerin vom 19.07.2013 aus dem Akt des BVA GZ N/0079-BVA/11/2013-4)

Mit Bescheid vom 11. März 2013, N/0006-BVA/08/2013-69, gab das Bundesvergabeamt diesen Anträgen statt und erklärte die Ausscheidensentscheidung (Spruchpunkt 1.), die Zuschlagsentscheidung (Spruchpunkt 2.) und die zitierte Aussage der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 18. Jänner 2013 (Spruchpunkt 3.) jeweils für nichtig.

Mit Erkenntnis des VwGH vom 17.09.2014, 2013/04/0061, wurde der Bescheid des BVA vom 11. März 2013, Zl. N/0006-BVA/08/2013-69, aufgehoben.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11.04.2013 wurden sämtliche Bieter des Vergabeverfahrens I ausgeschieden und diesen mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen, weil nach der Angebotsprüfung kein Angebot im Verfahren verbleibt. Dabei wurde den Bietern unter anderem folgendes mitgeteilt: "Im Nachprüfungsverfahren ist (am Rande) herausgekommen, dass laut einer Information des Wirtschaftsministeriums die von ihrem Unternehmen vorgelegte Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE-38-1:2009-12-01 nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50518 gleichwertig ist. Das Angebot war daher auszuschneiden." (Akt des Vergabeverfahrens) Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11.04.2013 wurden sämtliche Bieter des Vergabeverfahrens römisch eins ausgeschieden und diesen mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen, weil nach der Angebotsprüfung kein Angebot im Verfahren verbleibt. Dabei wurde den Bietern unter anderem folgendes mitgeteilt: "Im Nachprüfungsverfahren ist (am Rande) herausgekommen, dass laut einer Information des Wirtschaftsministeriums die von ihrem Unternehmen vorgelegte Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ-TRVE-38-1:2009-12-01 nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50518 gleichwertig ist. Das Angebot war daher auszuschneiden." (Akt des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 6.5.2013 hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren I widerrufen. (Akt des Vergabeverfahrens) Mit Schreiben vom 6.5.2013 hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren römisch eins widerrufen. (Akt des Vergabeverfahrens)

Vergabeverfahren II Vergabeverfahren römisch zwei

Am 28. Juni 2013 richtete die Auftraggeberin ein Schreiben an die Antragstellerin, in dem sie u.a. wörtlich wie folgt ausführte:

"Nach Widerruf dieses Vergabeverfahrens (gemeint: Vergabeverfahren "Albertina - Unterstützung des Sicherheitsdienstes") plant die

Auftraggeberin ... das Verhandlungsverfahren über den gleichen

Gegenstand einzuleiten."

Mit Schreiben vom 09.07.2013 bzw. 12.07.2013 wurden 3 Unternehmen von der Auftraggeberin Albertina - wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes zur Angebotslegung im Vergabeverfahren "Albertina - Unterstützung des Sicherheitsdienstes" bis zum 05.08.2013 eingeladen und diesen Angebotsunterlagen übermittelt. (Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 4.2.3 der Verfahrensunterlage Sicherheitsdienst, Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, Ablauf der Angebotsfrist 05.08.2013, lautet:

"4.2.3 Der Auftragnehmer muss während der gesamten Vertragslaufzeit eine der Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 entsprechende oder nach EN 50518 zertifizierte Sicherheitszentrale durchgehend tatsächlich betreiben." (Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 5.6 der Verfahrensunterlage Sicherheitsdienst, Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, Ablauf der Angebotsfrist 05.08.2013, lautet:

"5.6 Zertifizierung:

Das Unternehmen des Bewerbers muss während der gesamten Vertragslaufzeit über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 oder eine vergleichbare Zertifizierung verfügen. Der Nachweis erfolgt durch die Vorlage der entsprechenden Bestätigungen auf Aufforderung der Auftraggeberin." (Akt des Vergabeverfahrens)

Der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 12.07.2013 mitgeteilt, dass sie nicht über die geforderten Qualifikationen zur Erfüllung der Eignungskriterien verfüge und das folgende Verhandlungsverfahren ohne Beteiligung der Antragstellerin unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG durchgeführt werde. (Akt des Vergabeverfahrens) Der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 12.07.2013 mitgeteilt, dass sie nicht über die geforderten Qualifikationen zur Erfüllung der Eignungskriterien verfüge und das folgende Verhandlungsverfahren ohne Beteiligung der Antragstellerin unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG durchgeführt werde. (Akt des Vergabeverfahrens)

Mit Schriftsatz vom 19. Juli 2013 beantragte die Beschwerdeführerin daraufhin, das Bundesvergabeamt möge die Wahl des Verhandlungsverfahrens unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 gemäß dem Schreiben der Auftraggeberin vom 12. Juli 2013, die Nichtzulassung der Beschwerdeführerin zu diesem Verhandlungsverfahren sowie die Festlegung, die Beschwerdeführerin müsse in diesem Verhandlungsverfahren über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 verfügen, jeweils für nichtig erklären. Mit Schriftsatz vom 19. Juli 2013 beantragte die Beschwerdeführerin daraufhin, das Bundesvergabeamt möge die Wahl des Verhandlungsverfahrens unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 gemäß dem Schreiben der Auftraggeberin vom 12. Juli 2013, die Nichtzulassung der Beschwerdeführerin zu diesem Verhandlungsverfahren sowie die Festlegung, die Beschwerdeführerin müsse in diesem Verhandlungsverfahren über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 verfügen, jeweils für nichtig erklären.

Mit Bescheid des BVA vom 01.10.2013, N/0079-BVA/11/2013-18, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung als verspätet zurückgewiesen, weil die Festlegung der Auftraggeberin zur Wahl des Vergabeverfahrens bereits mit Schreiben vom 28.06.2013 erfolgt und diese Entscheidung daher bestandsfest geworden sei.

Am 17.10.2013 ist zwischen der Auftraggeberin und der XXXX ein Vertrag geschlossen worden. Dieser lautet auszugsweise wie folgt: Am 17.10.2013 ist zwischen der Auftraggeberin und der römisch 40 ein Vertrag geschlossen worden. Dieser lautet auszugsweise wie folgt:

"Präambel

Die Auftragnehmerin hat im Vergabeverfahren für die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina in den Jahren 2013 bis 2014 mit Verlängerungsoption bis 2017 den Zuschlag für alle 3 Lose (A, B und C) erhalten erhalten (sic!). Diese Vereinbarung gibt die Ergebnisse des Verhandlungsverfahrens (ausschließlich über den Preis) wieder und legt diese als bindende zivilrechtliche Vereinbarung fest.

[...]

3. Vertragsbeginn und Vertragsdauer:

Als Vertragsbeginn wird einvernehmlich der 15.11.2013 festgelegt. Die Vertragsdauer ergibt sich aus der Verfahrensunterlage Beilage./C." (Akt des Vergabeverfahrens)

Beilage./C "Verfahrensunterlage Sicherheitsdienst" lautet auszugsweise:

"1.1 das Vorhaben:

[...]

Die Vertragslaufzeit soll am 01.09.2013 beginnen und am 31.08.2014 enden (Dauer: 12 Monate). Für den Fall, dass sich der Vertragsbeginn verschiebt, verschiebt sich auch der Endpunkt entsprechend.

Der Bieter räumt der Auftraggeberin die Option ein, das Vertragsverhältnis durch einseitige Erklärung bis drei Monate vor Vertragsende um ein weiteres Jahr zu verlängern. Diese Option besteht auch für weitere zwei Folgejahre, sodass die Auftraggeberin das Vertragsverhältnis jedenfalls bis zum Jahr 2017 fortsetzen kann. Eine Auflösungsmöglichkeit für den Bieter besteht vor diesem Zeitpunkt nicht.

[...]"

Das Schreiben der Auftraggeberin vom 30.09.2014 an die XXXX lautet auszugsweise: Das Schreiben der Auftraggeberin vom 30.09.2014 an die römisch 40 lautet auszugsweise:

"Entsprechend unserer Verfahrensunterlage vom 17.10.2013 und den Ausschreibungsbestimmungen wird der Auftrag "Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina" für alle 3 Lose (A, B und C) um ein weiteres Jahr verlängert.

Somit kommt die Verlängerung per 15.11.2014 aufgrund der Vertragsunterlage - Ziehung der Option bis 14.11.2015 - für ein weiteres Jahr zustande." (Akt des Vergabeverfahrens)

Mit Erkenntnis des VwGH vom 17.09.2014, 2013/04/0149, wurde der Bescheid des BVA vom 01.10.2013, Zl. N/0079-BVA/11/2013-18, aufgehoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass es sich bei der Festlegung der Auftraggeberin mit Schreiben vom 28.06.2013 noch nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gehandelt habe. (Akt des Vergabeverfahrens)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

3. a) Zur Antragslegitimation:

Die Auftraggeberin hat im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin kein Interesse an den begehrten Feststellungen habe, weil ihr durch die nicht erfolgte Einladung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren kein Schaden entstehen könne, weil die Antragstellerin nicht die von der Antragsgegnerin geforderten Eignungskriterien, speziell die Zertifizierung gemäß ISO 9001:2008 erfülle.

Die Antragstellerin hat dazu auf eine Bestätigung von Professor Doz. (FH) XXXX vom 21.01.2013 verwiesen, in welcher

dieser angab, dass er sich am 11.12.2012 davon überzeugen habe können, "dass die XXXX bereits zu diesem Zeitpunkt über ein Qualitätsmanagementsystem verfügte, das den Vorgaben der ISO 9001:2008 entspricht bzw. mit diesen jedenfalls vergleichbar ist." Die Antragstellerin hat dazu auf eine Bestätigung von Professor Doz. (FH) römisch 40 vom 21.01.2013 verwiesen, in welcher dieser angab, dass er sich am 11.12.2012 davon überzeugen habe können, "dass die römisch 40 bereits zu diesem Zeitpunkt über ein Qualitätsmanagementsystem verfügte, das den Vorgaben der ISO 9001:2008 entspricht bzw. mit diesen jedenfalls vergleichbar ist."

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (siehe insbesondere das Erkenntnis vom 18. März 2009, 2007/04/0095) hat die Vergabekontrollbehörde in Nachprüfungsverfahren - auch aufgrund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bieter(n) nur dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre. Diese für Nachprüfungsverfahren gebildete Judikatur des VwGH ist auch für Feststellungsverfahren entsprechend anwendbar.

Im gegenständlichen Fall wird in Punkt 5.6 der Verfahrensunterlage Sicherheitsdienst, Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, Ablauf der Angebotsfrist 05.08.2013, folgendes gefordert: "Das Unternehmen des Bewerbers muss während der gesamten Vertragslaufzeit über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 oder eine vergleichbare Zertifizierung verfügen." Aufgrund der Aktenlage, insbesondere des von der Antragstellerin vorgelegten Schreibens vom 21.01.2013 von Professor Doz. (FH) XXXX in welchem angegeben wird, dass die Antragstellerin bereits am 11.12.2012 über ein Qualitätsmanagementsystem verfügte, das den Vorgaben der ISO 9001:2008 entspricht bzw. mit diesen jedenfalls vergleichbar ist, kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, eher scheint prima vista das Gegenteil der Fall zu sein. Eine vertiefende Prüfung, etwa durch Beziehung eines Sachverständigen, kann jedoch aufgrund der oben zitierten VwGH Judikatur unterbleiben. Der Antragstellerin kommt somit Antragslegitimation zu. Im gegenständlichen Fall wird in Punkt 5.6 der Verfahrensunterlage Sicherheitsdienst, Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, Ablauf der Angebotsfrist 05.08.2013, folgendes gefordert: "Das Unternehmen des Bewerbers muss während der gesamten Vertragslaufzeit über die Zertifizierung nach ISO 9001:2008 oder eine vergleichbare Zertifizierung verfügen." Aufgrund der Aktenlage, insbesondere des von der Antragstellerin vorgelegten Schreibens vom 21.01.2013 von Professor Doz. (FH) römisch 40 in welchem angegeben wird, dass die Antragstellerin bereits am 11.12.2012 über ein Qualitätsmanagementsystem verfügte, das den Vorgaben der ISO 9001:2008 entspricht bzw. mit diesen jedenfalls vergleichbar ist, kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, eher scheint prima vista das Gegenteil der Fall zu sein. Eine vertiefende Prüfung, etwa durch Beziehung eines Sachverständigen, kann jedoch aufgrund der oben zitierten VwGH Judikatur unterbleiben. Der Antragstellerin kommt somit Antragslegitimation zu.

3. b) Zum Feststellungsantrag (Spruchpunkt A) I.) 3. b) Zum Feststellungsantrag (Spruchpunkt A) römisch eins.):

§ 141 Abs 1 und 2 des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 (in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 128/2013), lauten wie folgt: Paragraph 141, Absatz eins und 2 des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl. römisch eins Nr. 17 (in der hier maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013), lauten wie folgt:

"Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge

§ 141. (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87a, 98, 99a und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 141, (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 3, Absatz eins und 6, 6, 9, 10, 12 Absatz eins und 3, 13, 16, 20 Absatz 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87 a, 98, 99 a und 140 Absatz 9, sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung

eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt."(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den Paragraphen 30, Absatz 2, bzw. 38 Absatz 2, Ziffer 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt."

§ 30 Abs 2 Z 1 des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 (in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 128/2013), lautet wie folgt: Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl. römisch eins Nr. 17 (in der hier maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,,), lautet wie folgt:

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

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 Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden und der Kommission ein Bericht vorgelegt wird, wenn sie dies wünscht, oder"

Die Auftraggeberin hat am 17.10.2013 den nicht prioritären Dienstleistungsauftrag "Albertina - Unterstützung des Sicherheitsdienstes" in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an die XXXX vergeben und sich dabei auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG berufen. Gemäß § 141 Abs. 2 BVergG sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt. Die Auftraggeberin hat am 17.10.2013 den nicht prioritären Dienstleistungsauftrag "Albertina - Unterstützung des Sicherheitsdienstes" in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an die römisch 40 vergeben und sich dabei auf den Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG berufen. Gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den Paragraphen 30, Absatz 2, bzw. 38 Absatz 2, Ziffer 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

Zu prüfen ist daher vorerst, ob die in § 30 Abs. 2 BVergG genannten Voraussetzungen im gegenständlichen Fall vorliegen. Die Ausnahmetatbestände der Ziffern 2-6 des § 30 Abs. 2 BVergG treffen jedenfalls nicht zu was auch von der Auftraggeberin nicht behauptet wurde. Zu prüfen ist jedoch insbesondere bezüglich § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG, ob die ursprünglichen Bedingungen für den Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert wurden. Bei der Prüfung von Ausnahmetatbeständen ist entsprechend der Judikatur des EuGH eine enge Auslegung vorzunehmen (EuGH 10.04.2003, C-20/01, Kommission/Deutschland; EuGH 18.11.2004, C-126/03, Kommission/Deutschland). Zu prüfen ist daher vorerst, ob die in Paragraph 30, Absatz 2, BVergG genannten Voraussetzungen im gegenständlichen Fall vorliegen. Die Ausnahmetatbestände der Ziffern 2-6 des Paragraph 30, Absatz 2, BVergG treffen jedenfalls nicht zu was auch von der Auftraggeberin nicht behauptet wurde. Zu prüfen ist jedoch insbesondere bezüglich Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, ob die ursprünglichen Bedingungen für den Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert wurden. Bei der Prüfung von Ausnahmetatbeständen ist entsprechend der Judikatur des EuGH eine enge Auslegung vorzunehmen (EuGH 10.04.2003, C-20/01, Kommission/Deutschland; EuGH 18.11.2004, C-126/03, Kommission/Deutschland).

Entsprechend den Erläuterungen gelten als grundlegende Änderungen im Sinne der §§ 28-30 (jeweils Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 Z. 1) die Änderung von Bedingungen wie Finanzierungsmodalitäten, technische Bestimmungen usw. Eine Veränderung der Bedingung dahingehend, dass der Preis nicht mehr als 10 % gegenüber dem ersten Verfahren erhöht

werden darf, ist nach Ansicht des EuGH bereits eine "grundlegende" Änderung der Bedingungen (vergleiche Rs C-84/03). (EB 1171 BlgNR 22. GP) Entsprechend den Erläuterungen gelten als grundlegende Änderungen im Sinne der Paragraphen 28 -, 30, (jeweils Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, Ziffer eins,) die Änderung von Bedingungen wie Finanzierungsmodalitäten, technische Bestimmungen usw. Eine Veränderung der Bedingung dahingehend, dass der Preis nicht mehr als 10 % gegenüber dem ersten Verfahren erhöht werden darf, ist nach Ansicht des EuGH bereits eine "grundlegende" Änderung der Bedingungen (vergleiche Rs C-84/03). (EB 1171 BlgNR 22. GP)

Im gegenständlichen Vergabeverfahren hat die Auftraggeberin grundlegende Änderungen der Ausschreibungsbedingungen im Vergleich zum ersten Vergabeverfahren vorgenommen. Der Begriff der "grundlegenden" Änderung ist gleichzusetzen mit dem Begriff der "wesentlichen" Änderung.

Der EuGH führt zur Frage der wesentlichen Änderung eines öffentlichen Auftrags wie folgt aus (EuGH 19.06.2006, C-454/06, presstext, Rz 35):

"Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären."

Der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG kann daher unter anderem dann wegen einer grundlegenden Änderung der Bedingungen nicht angewendet werden, wenn im nachfolgenden Vergabeverfahren Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären. Der Ausnahmetatbestand des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG kann daher unter anderem dann wegen einer grundlegenden Änderung der Bedingungen nicht angewendet werden, wenn im nachfolgenden Vergabeverfahren Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren ist es aber gerade zu einer Veränderung des Bieterkreises gekommen. Während im ersten Vergabeverfahren in Pkt 4.4.4 der Teilnahmeunterlagen noch eine Zertifizierung nach der EU-Norm EN 50518 gefordert war, wurden in den Verfahrensunterlagen des zweiten Vergabeverfahrens die Eignungsanforderungen dahingehend herabgesetzt, dass nunmehr auch die Erfüllung der VSÖ TRVE 38-1:2009 ausreichend ist (vgl. Pkt 4.2.3 der Verfahrensunterlage). Diese Festlegung hat aber den Bieterkreis vergrößert. Die Begründung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren I für das Ausscheiden einiger Angebote vom 11.04.2013 lautete, dass die Angebote dieser Bieter deshalb von der Auftraggeberin ausgeschieden wurden, weil sie nur eine Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 vorlegen konnten, welche nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50580 gleichwertig ist. Daher wollte die Auftraggeberin, wie auch ihr Aktenvermerk vom 09.07.2013 zeigt, eine Vergrößerung des Bieterkreises durch die Zulassung der Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 in Punkt 4.2.3 der Verfahrensunterlage vornehmen. Dies verdeutlicht auch die Ausführung der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.12.2014, Pkt 12., wo sie rechtsirrig ausführt, dass das Wesen des Ausnahmetatbestandes gemäß § 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG gerade darauf abziele, den Bieterkreis zu ändern, weil mit den ursprünglichen Kriterien kein geeigneter Auftragnehmer gefunden werden konnte. Im gegenständlichen Vergabeverfahren ist es aber gerade zu einer Veränderung des Bieterkreises gekommen. Während im ersten Vergabeverfahren in Pkt 4.4.4 der Teilnahmeunterlagen noch eine Zertifizierung nach der EU-Norm EN 50518 gefordert war, wurden in den Verfahrensunterlagen des zweiten Vergabeverfahrens die Eignungsanforderungen dahingehend herabgesetzt, dass nunmehr auch die Erfüllung der VSÖ TRVE 38-1:2009 ausreichend ist (vergleiche Pkt 4.2.3 der Verfahrensunterlage). Diese Festlegung hat aber den Bieterkreis vergrößert. Die Begründung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren römisch eins für das Ausscheiden einiger Angebote vom 11.04.2013 lautete, dass die Angebote dieser Bieter deshalb von der Auftraggeberin ausgeschieden wurden, weil sie nur eine Bestätigung über die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 vorlegen konnten, welche nicht mit der Zertifizierung gemäß EN 50580 gleichwertig ist. Daher wollte die Auftraggeberin, wie auch ihr Aktenvermerk vom 09.07.2013 zeigt, eine Vergrößerung des Bieterkreises durch die Zulassung der Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 in Punkt 4.2.3 der Verfahrensunterlage vornehmen. Dies verdeutlicht auch die Ausführung der Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.12.2014, Pkt 12., wo sie rechtsirrig ausführt, dass das Wesen des Ausnahmetatbestandes gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG gerade darauf abziele, den Bieterkreis zu ändern, weil mit den ursprünglichen Kriterien kein geeigneter

Auftragnehmer gefunden werden konnte.

Dass die Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 und die EU-Norm EN 50518 sich grundlegend unterscheiden zeigt auch ein Blick auf die genannte Richtlinie bzw. EU-Norm. Bei der Richtlinie VSÖ TRVE 38-1:2009 handelt es sich um eine Richtlinie des Verbands der Sicherheitsunternehmen Österreichs, also einer Interessensgruppierung, während es sich bei der EN 50518 um eine europäische Norm handelt. Bedeutende inhaltliche Unterschiede zwischen der genannten Richtlinie und der EU-Norm bestehen etwa auch bezüglich der Mauerdicke, der Schleusen, der Lüftungsanlagen und der internen Abläufe von Notruf- und Serviceleitstellen et cetera.

Da somit im neuen Vergabeverfahren II Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens I gewesen wären, liegt eine grundlegende Änderung der Ausschreibungsbedingungen vor, weshalb die Auftraggeberin nicht zu Recht den Ausnahmetatbestand des §§ 30 Abs. 2 Z. 1 BVergG (und auch keinen anderen Ausnahmetatbestand) für sich in Anspruch nehmen konnte. Das Vergabeverfahren welches mit Vertrag vom 17.10.2013 (verlängert mit Schreiben der Auftraggeberin vom 30.09.2014) endete, wurde daher rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt. Diese Rechtswidrigkeit war für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Da somit im neuen Vergabeverfahren römisch zwei Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens römisch eins gewesen wären, liegt eine grundlegende Änderung der Ausschreibungsbedingungen vor, weshalb die Auftraggeberin nicht zu Recht den Ausnahmetatbestand des Paragraphen 30, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG (und auch keinen anderen Ausnahmetatbestand) für sich in Anspruch nehmen konnte. Das Vergabeverfahren welches mit Vertrag vom 17.10.2013 (verlängert mit Schreiben der Auftraggeberin vom 30.09.2014) endete, wurde daher rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt. Diese Rechtswidrigkeit war für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

3. c) Zur Aufhebung des Vertrages (Spruchpunkt A) II.) 3. c) Zur Aufhebung des Vertrages (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 334 Abs 2 und 5 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013 lauteten: Paragraph 334, Absatz 2 und 5 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, lauteten:

"(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn 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." (2) Soweit in diesem Absatz und in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 abzusehen, wenn 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.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen." (5) Das Bundesverwaltungsgericht kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes

oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen."

Gemäß § 334 Abs. 2 BVergG 2006 wäre grundsätzlich der Vertrag im Anschluss an die spruchgemäß erfolgte Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z. 3 BVergG 2006 für absolut nichtig zu erklären. Die Auftraggeberin hat beantragt von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages wegen zwingender Allgemeininteressen (wegen des notwendigen durchgehenden Schutzes der wertvollen Kulturgüter der Albertina) abzusehen bzw. die Aufhebung des Vertrages erst 6 Monate ab dem Erlass dieses Erkenntnisses durchzuführen, um in der Zwischenzeit ein weiteres Vergabeverfahren durchführen zu können. Gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2006 wäre grundsätzlich der Vertrag im Anschluss an die spruchgemäß erfolgte Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 für absolut nichtig zu erklären. Die Auftraggeberin hat beantragt von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages wegen zwingender Allgemeininteressen (wegen des notwendigen durchgehenden Schutzes der wertvollen Kulturgüter der Albertina) abzusehen bzw. die Aufhebung des Vertrages erst 6 Monate ab dem Erlass dieses Erkenntnisses durchzuführen, um in der Zwischenzeit ein weiteres Vergabeverfahren durchführen zu können.

Das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach zwingende Gründe eines Allgemeininteresses, nämlich wegen des notwendigen durchgehenden Schutzes der wertvollen Kulturgüter der Albertina es rechtfertigen würde, den Vertrag zur Gänze aufrechtzuerhalten, kann nicht gefolgt werden. Der Auftraggeberin steht ja die Möglichkeit offen, im Wege eines neuen Vergabeverfahrens für den künftigen Schutz der Kulturgüter der Albertina zu sorgen. Dem diesbezügliche Antrag der Auftraggeberin, die Aufhebung des Vertrages erst 6 Monate ab dem Erlass dieses Erkenntnisses vorzusehen, war jedoch stattzugeben, um es in diesem Zeitraum der Auftraggeberin zu ermöglichen, für den Schutz der zweifellos wertvollen Kulturgüter der Albertina ein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

3. d) Zur Geldbuße (Spruchpunkt A) III.) 3. d) Zur Geldbuße (Spruchpunkt A) römisch drei.):

§ 334 Abs 7 und 8 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013, lauten: Paragraph 334, Absatz 7 und 8 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, lauten:

"(7) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 vH, im Unterschwellenbereich 10 vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (§ 2 des Bundesgesetzes zur Förderung der Forschung und Technologieentwicklung, BGBl. Nr. 434/1982) zu." (7) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 vH, im Unterschwellenbereich 10 vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (Paragraph 2, des Bundesgesetzes zur Förderung der Forschung und Technologieentwicklung, Bundesgesetzblatt Nr. 434 aus 1982,) zu.

(8) Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes - VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird." (8) Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes - VbVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."

Der hier gegenständliche Vertrag hat am 15.11.2013 begonnen und soll entsprechend der Vertragsverlängerung am 14.11.2015 enden. Entsprechend Spruchpunkt A) II. wird der Vertrag nunmehr mit Ablauf des 12.07.2015 enden und hat somit eine Laufzeit von insgesamt ca. 20 Monaten. Der hier gegenständliche Vertrag hat am 15.11.2013 begonnen und soll entsprechend der Vertragsverlängerung am 14.11.2015 enden. Entsprechend Spruchpunkt A) römisch zwei. wird der Vertrag nunmehr mit Ablauf des 12.07.2015 enden und hat somit eine Laufzeit von insgesamt ca. 20 Monaten.

Bei dem Vertrag wurde somit iSd § 334 Abs 7 BVergG 2006 von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2

erster Satz oder 3 abgesehen, weshalb eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen ist, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dabei ist gemäß § 334 Abs 8 BVergG 2006 die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 VbVG heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird. Bei dem Vertrag wurde somit iSd Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen, weshalb eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen ist, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dabei ist gemäß Paragraph 334, Absatz 8, BVergG 2006 die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, VbVG heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.

Die Höchstgrenze für die Geldbuße beträgt im Oberschwellenbereich 20 vH der Auftragssumme. Die Auftragssumme ist gemäß § 2 Z. 26 lit. a BVergG 2006 die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer. Der Gesamtpreis setzt sich aus den Preisen der Lose A, B und C (gesamt € 485.408,03) zusammen, wobei diese Summe zu verdoppeln ist, da die Vertragslaufzeit insgesamt 2 Jahre beträgt (€ 970.816,06). Zuzüglich der Umsatzsteuer ergibt sich somit eine Auftragssumme von € 1.164.979,27. Die Höchstgrenze für die Geldbuße beträgt im Oberschwellenbereich 20 vH der Auftragssumme. Die Auftragssumme ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 26, Litera a, BVergG 2006 die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer. Der Gesamtpreis setzt sich aus den Preisen der Lose A, B und C (gesamt € 485.408,03) zusammen, wobei diese Summe zu verdoppeln ist, da die Vertragslaufzeit insgesamt 2 Jahre beträgt (€ 970.816,06). Zuzüglich der Umsatzsteuer ergibt sich somit eine Auftragssumme von €

1.164.979,27. Die Höchstgrenze für die Geldbuße beträgt somit €

232.995,85 (VwGH 23. 5. 2014, 2013/04/0025).

Bei der Bemessung der Geldbuße ist zu berücksichtigen, dass der Vertrag zu einem großen Ausmaß, nämlich ca. 20 Monate von 24 Monaten, aufrecht erhalten wird.

Mildernd iSd § 5 Abs 3 Z 3 VbVG ist der Beitrag der Auftraggeberin zur Wahrheitsfindung zu werten, da diese durch Erteilung aller Informationen und Mitarbeit im Vergabekontrollverfahren zur Wahrheitsfindung beigetragen hat. Weiters sind die Erstmaligkeit dieses Verhaltens und der wenn auch rechtsirrigte Glaube an die Rechtmäßigkeit des Verhaltens und die "Gewährleistung des Wettbewerbs", der sich insbesondere auch aus dem Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 09.07.2013 ergibt, zu berücksichtigen. Mildernd iSd Paragraph 5, Absatz 3, Ziffer 3, VbVG ist der Beitrag der Auftraggeberin zur Wahrheitsfindung zu werten, da diese durch Erteilung aller Informationen und Mitarbeit im Vergabekontrollverfahren zur Wahrheitsfindung beigetragen hat. Weiters sind die Erstmaligkeit dieses Verhaltens und der wenn auch rechtsirrigte Glaube an die Rechtmäßigkeit des Verhaltens und die "Gewährleistung des Wettbewerbs", der sich insbesondere auch aus dem Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 09.07.2013 ergibt, zu berücksichtigen.

Im Sinne einer Verhängung einer wirksamen, angemessenen und abschreckenden Geldbuße war daher im Oberschwellenbereich eine Geldbuße in der Höhe von ca. 5 % der Auftragssumme somit € 58.000 zu verhängen.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) IV.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch vier.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 3000,-- entrichtet. Da dem Hauptantrag stattgegeben wurde, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab vergleiche VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024;

VwGH 17.09.2014, 2013/04/0061; VwGH vom 17.09.2014, 2013/04/0149;

VwGH 23. 5. 2014, 2013/04/0025; VwGH 18. März 2009, 2007/04/0095), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtslage ist eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH 28.5.2014, Ro 2014/07/0053).

Schlagworte

Änderung des Bieterkreises, Antragslegimitation, Ausscheidensentscheidung, Ausschreibung, Ausschreibungskriterien, Bieterkreis, Dienstleistungsauftrag, Eignungskriterien, fairer Wettbewerb, Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Geldbuße, Nachprüfungsverfahren, nicht prioritäre Dienstleistung, Nichtigklärung Vertrag / Geldbuße, Nichtigkeit, objektiver Erklärungswert, Pauschalgebührenersatz, Rechtswidrigkeit, Schaden, technische Leistungsfähigkeit, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, Vertragsauflösung, vorherige Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, wesentliche Änderung, Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2014375.1.00

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at