

TE Bvwg Erkenntnis 2014/6/10 W134 2007215-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.06.2014

Entscheidungsdatum

10.06.2014

Norm

AZG §1 Abs1

AZG §9

BVergG 2006 §141

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §20 Abs5

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

TabMG 1996 §27 Abs1 Z11

VwGVG §28 Abs1

1. AZG § 1 heute
2. AZG § 1 gültig ab 01.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2022
3. AZG § 1 gültig von 01.09.2018 bis 31.05.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 53/2018
4. AZG § 1 gültig von 01.01.2005 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 159/2004
5. AZG § 1 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 162/2001
6. AZG § 1 gültig von 01.07.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2000
7. AZG § 1 gültig von 01.05.1997 bis 30.06.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/1997
8. AZG § 1 gültig von 01.01.1997 bis 30.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1997
9. AZG § 1 gültig von 05.01.1970 bis 31.12.1996

1. AZG § 9 heute
2. AZG § 9 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 53/2018
3. AZG § 9 gültig von 01.01.2018 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 127/2017
4. AZG § 9 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2016
5. AZG § 9 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2007
6. AZG § 9 gültig von 01.07.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2006
7. AZG § 9 gültig von 01.01.2000 bis 30.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1999
8. AZG § 9 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/1997
9. AZG § 9 gültig von 01.05.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/1997

10. AZG § 9 gültig von 01.01.1997 bis 30.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1997
11. AZG § 9 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 446/1994
 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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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. 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. TabMG 1996 § 27 heute
2. TabMG 1996 § 27 gültig ab 01.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2025
3. TabMG 1996 § 27 gültig von 22.07.2023 bis 31.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 110/2023
4. TabMG 1996 § 27 gültig von 31.12.2016 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 117/2016
5. TabMG 1996 § 27 gültig von 15.12.2012 bis 30.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
6. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.2002 bis 14.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
7. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.1996 bis 31.12.2001
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

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm Weinmeier als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag Organisation, Durchführung und administrative Abwicklung Tabakfachhändlerseminar gemäß § 27 Absatz 1 Z11 Tabakmonopolgesetz 1996", der Auftraggeberinnen 1. XXXX, XXXX, Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm Weinmeier als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag Organisation, Durchführung und administrative Abwicklung Tabakfachhändlerseminar gemäß Paragraph 27, Absatz 1 Z11 Tabakmonopolgesetz 1996", der Auftraggeberinnen 1. römisch 40 , römisch 40 ,

2. Wirtschaftskammer Österreich, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 22. April 2014 zu Recht erkannt: 2. Wirtschaftskammer Österreich, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien, vertreten durch XXXX, aufgrund der Anträge der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , vom 22. April 2014 zu Recht erkannt:

A)

I. römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2014 wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2014 wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag auf "Ersatz der von ihr für den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag auf "Ersatz der von ihr für den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

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. Vorbringen der Parteien römisch eins. Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 22.4.2014, beim BVwG eingelangt am 22.4.2014, begehrte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2014, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Antragstellerin habe als Serviceorganisation für alle Tabaktrafikanten ein eminentes Interesse am Vertragsabschluss. Die Antragstellerin berate und unterstütze Trafikanten in allen maßgeblichen Bereichen des Wirtschaftslebens. Außerdem stelle der gegenständliche Auftrag ein bedeutendes Referenzprojekt dar, weil die Antragstellerin die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen bereits in der Vergangenheit erbracht habe bzw. derzeit erbringe und über die für die Organisation und Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Ressourcen verfüge.

Im Vorfeld und zum Zwecke der Sicherstellung der gesetzlich bedungenen Tabakfachhändlerseminare hätten Auftragsverhandlungen zwischen der XXXX und der Antragstellerin stattgefunden. Dabei sei der Geschäftsführer des Bietergemeinschaftsmitglied XXXX, von den Auftraggebern als Berater beigezogen worden, wobei dem Berater alle Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin offengelegt worden seien. Eine den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entsprechende Auftragserteilung sei dadurch unmöglich geworden. Im Vorfeld und zum Zwecke der

Sicherstellung der gesetzlich bedungenen Tabakfachhändlerseminare hätten Auftragsverhandlungen zwischen der römisch 40 und der Antragstellerin stattgefunden. Dabei sei der Geschäftsführer des Bietergemeinschaftsmitglied römisch 40, von den Auftraggebern als Berater beigezogen worden, wobei dem Berater alle Kalkulationsgrundlagen der Antragstellerin offengelegt worden seien. Eine den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs entsprechende Auftragserteilung sei dadurch unmöglich geworden.

Die angefochtene Entscheidung verletze die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 19 BVergG, wonach die Vergabe unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs durchzuführen sei. Die angefochtene Entscheidung verletze die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des Paragraph 19, BVergG, wonach die Vergabe unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs durchzuführen sei.

Im konkreten Verfahren hätten die Auftraggeber explizit und wiederholt darauf bestanden bzw. zur Bedingung der Auftragserteilung gemacht, dass während der gesamten Seminardauer eine Ansprechperson, wobei es sich immer um die gleiche Person zu handeln habe, zur Verfügung stehen müsse. Die von den Auftraggebern vorgegebene Betreuungsverpflichtung verstoße gegen die arbeitszeitrechtlichen Höchstgrenzen.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe sowohl über den konkreten Angebotspreis der Antragstellerin als auch über deren Kalkulationsgrundlagen verfügt, weshalb ein fairer und lauterer Wettbewerb mit Involvierung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht möglich sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 24.4.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberinnen 1. die XXXX und 2. die Wirtschaftskammer Österreich seien. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 3.1.2014, in der EU am 2.1.2014 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft XXXX sei am 11.4.2014 erfolgt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 24.4.2014 gab diese bekannt, dass Auftraggeberinnen 1. die römisch 40 und 2. die Wirtschaftskammer Österreich seien. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 3.1.2014, in der EU am 2.1.2014 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft römisch 40 sei am 11.4.2014 erfolgt.

Mit Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin Bietergemeinschaft XXXX vom 28.4.2014 erhob diese begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung. Mit Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin Bietergemeinschaft römisch 40 vom 28.4.2014 erhob diese begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29.4.2014, mit Schreiben der Antragstellerin vom 22.5.2014 sowie in der mündlichen Verhandlung wurde, soweit entscheidungsrelevant, Folgendes vorgebracht:

Die Parteien stimmten überein, dass der Leistungsgegenstand der Direktvergabe 2013 bzw. das jetzige Vergabeverfahren sich wie in der nachfolgenden Tabelle darstellt:

Direktvergabe 2013 Gegenständliches Vergabeverfahren

3 konkrete Seminartermine Abschluss eines unbefristeten Rahmenvertrages erstmals kündbar 31.12.2015

Honorierung pro Seminarwoche pauschal für 20 Teilnehmer bei Aufzahlung für mehr als 20 Teilnehmer Honorierung pro Teilnehmer gemäß Vertragsbedingungen Rahmenvertrag, Teil B, Punkt 4.1 und 7.1.

Vergabe von 3 Seminarterminen a 1 Woche Kein Rechtsanspruch auf die Durchführung von einer bestimmten Anzahl von Seminaren.

Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Trafikplus

Vortrag Sicherheit

Sind von dem Auftragsnehmer zu kalkulieren und auszupreisen Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Trafikplus

Vortrag Sicherheit

Wird vom Auftraggeber selbst gemacht, die Trainer werden direkt beauftragt. Der Auftragnehmer hat nichts zu kalkulieren.

Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Cigarren und Pfeiffenkunde

ist von dem Auftragsnehmer zu kalkulieren und auszupreisen.

Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Cigarren und Pfeiffenkunde

Die auszupreisenden Kosten waren vom Auftraggeber fix vorgegeben.

Vortrag Marketing und Verkauf:

1,5 Tage Seminar Vortrag Marketing und Verkauf:

1 Tag Seminar

Die gesamte praktische Ausbildung ist zu kalkulieren und der Ausbilder (Trafikant) vom Auftragnehmer zu entlohnen. Der Ausbilder (Trafikant) der praktischen Ausbildung wird vom AG selber entlohnt. Der Auftragnehmer kalkuliert eine Bearbeitungsgebühr pro Teilnehmer aber nicht mehr die gesamte praktische Ausbildung (optionaler Leistungsteil).

Vorort-Kursleiter war nicht explizit als Leistungsgegenstand angeführt. Vorort-Kursleiter ist zu kalkulieren.

Die Antragstellerin hielt zur Unterscheidung Honorierung pro Seminarwoche pauschal bei der Direktvergabe 2013 bzw. Honorierung pro Teilnehmer im gegenständlichen Vergabeverfahren fest, dass der Vorort-Kursleiter in die Overhead-Kosten des Angebotes bei der Direktvergabe einkalkuliert worden sei. Bei der Direktvergabe sei das Seminar pauschal entlohnt worden mit einer Möglichkeit bei mehr als 20 Teilnehmern Zusatzkosten lukrieren zu können. Bei der jetzigen Vergabe würden mindestens 18,5 Teilnehmer entlohnt. Das unternehmerische Risiko bestehe im Vergleich zur Direktvergabe gewissermaßen in den Kosten von 1,5 Teilnehmern bzw. der Chance für 25 Teilnehmer entlohnt zu werden.

Die Auftraggeberin brachte vor, dass keiner der 3 Bieter, daher auch nicht die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch nur mittelbar in irgendeiner Weise in die Erstellung der vorliegenden Ausschreibung eingebunden war. Die Antragstellerin hat dem nicht widersprochen, jedoch vorgebracht, dass § 19 BVergG 2006 verletzt worden sei, weil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die für das konkrete Vergabeverfahren relevanten Kalkulationsansätze der Antragstellerin der Direktvergabe 2013 offengelegt worden seien. Die Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung das von ihr an die präsumtive Zuschlagsempfängerin weitergegebene Angebot der Antragstellerin offengelegt. Das der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offengelegte zweite Angebot von insgesamt vier Angeboten der Antragstellerin aus dem Direktvergabeverfahren weiche preislich wesentlich vom letztlich beauftragten Direktvergabeangebot ab. Die Kosten für die Seminarunterlagen seien mehr als halbiert worden. Ebenso seien die Administrationskosten nahezu halbiert worden. Es sei daher für die Auftraggeberin nicht ersichtlich, welchen Wettbewerbsvorteil die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus der Kenntnis des zweiten, nicht beauftragten wesentlich überhöhten Angebots gehabt haben solle. Ein Wettbewerbsvorteil und damit Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechts sei daher nicht erfolgt. Die Auftraggeberin brachte vor, dass keiner der 3 Bieter, daher auch nicht die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch nur mittelbar in irgendeiner Weise in die Erstellung der vorliegenden Ausschreibung eingebunden war. Die Antragstellerin hat dem nicht widersprochen, jedoch vorgebracht, dass Paragraph 19, BVergG 2006 verletzt worden sei, weil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die für das konkrete Vergabeverfahren relevanten Kalkulationsansätze der Antragstellerin der Direktvergabe 2013 offengelegt worden seien. Die Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung das von ihr an die präsumtive Zuschlagsempfängerin weitergegebene Angebot der Antragstellerin offengelegt. Das der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offengelegte zweite Angebot von insgesamt vier Angeboten der Antragstellerin aus dem Direktvergabeverfahren weiche preislich

wesentlich vom letztlich beauftragten Direktvergabeangebot ab. Die Kosten für die Seminarunterlagen seien mehr als halbiert worden. Ebenso seien die Administrationskosten nahezu halbiert worden. Es sei daher für die Auftraggeberin nicht ersichtlich, welchen Wettbewerbsvorteil die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus der Kenntnis des zweiten, nicht beauftragten wesentlich überhöhten Angebots gehabt haben solle. Ein Wettbewerbsvorteil und damit Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechts sei daher nicht erfolgt.

Die Antragstellerin hielt dem entgegen, dass die Kostenreduktionen aus zusätzlichen Informationen der Auftraggeberin und dem Wegfall bestimmter Kostenpositionen resultiert seien. Für eine Wettbewerbsverfälschung reiche es aus, dass Kalkulationsansätze nur teilweise weitergegeben worden seien.

Die Auftraggeberin legte offen, dass es sich bei dem Kursleiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um HerrnXXXX, einen Funktionär des XXXX handle, der auf Werkvertragsbasis für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig würde und daher nicht dem AZG unterliege. Die Auftraggeberin legte offen, dass es sich bei dem Kursleiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um HerrnXXXX, einen Funktionär des römisch 40 handle, der auf Werkvertragsbasis für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig würde und daher nicht dem AZG unterliege.

II. Darüber hat das Bundesverwaltungsgericht erwogenrömisch zwei. Darüber hat das Bundesverwaltungsgericht erwogen:

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die XXXX und die Wirtschaftskammer Österreich haben durch die vergebende Stelle XXXX den nicht prioritären Dienstleistungsauftrag "Rahmenvertrag Organisation, Durchführung und administrative Abwicklung Tabakfachhändlerseminar gemäß § 27 Absatz 1 Z11 Tabakmonopolgesetz 1996" im Wege eines Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenwertbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 3.1.2014, in der EU am 2.1.2014 erfolgt. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 11.4.2014 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft XXXX getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 24.4.2014; Akt des Vergabeverfahrens). Die römisch 40 und die Wirtschaftskammer Österreich haben durch die vergebende Stelle römisch 40 den nicht prioritären Dienstleistungsauftrag "Rahmenvertrag Organisation, Durchführung und administrative Abwicklung Tabakfachhändlerseminar gemäß Paragraph 27, Absatz 1 Z11 Tabakmonopolgesetz 1996" im Wege eines Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenwertbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 3.1.2014, in der EU am 2.1.2014 erfolgt. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 11.4.2014 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft römisch 40 getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 24.4.2014; Akt des Vergabeverfahrens).

Im Herbst 2013 haben die Auftraggeberinnen eine Direktvergabe über 3 Tabakfachhändlerseminare vergeben. Der Leistungsgegenstand dieser Direktvergabe und des gegenständlichen Vergabeverfahrens unterscheidet sich wie folgt:

Punkt Direktvergabe 2013 Gegenständliches Vergabeverfahren

1 3 konkrete Seminartermine Abschluss eines unbefristeten Rahmenvertrages erstmals kündbar 31.12.2015

2 Honorierung pro Seminarwoche pauschal für 20 Teilnehmer bei Aufzahlung für mehr als 20 Teilnehmer Honorierung pro Teilnehmer gemäß Vertragsbedingungen Rahmenvertrag, Teil B, Punkt 4.1 und 7.1.

3 Vergabe von 3 Seminarterminen a 1 Woche Kein Rechtsanspruch auf die Durchführung von einer bestimmten Anzahl von Seminaren.

4 Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Trafikplus

Vortrag Sicherheit

Sind von dem Auftragsnehmer zu kalkulieren und auszupreisen Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Trafikplus

Vortrag Sicherheit

Wird vom Auftraggeber selbst gemacht, die Trainer werden direkt beauftragt. Der Auftragnehmer hat nichts zu kalkulieren.

5 Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Cigarren und Pfeiffenkunde

ist von dem Auftragsnehmer zu kalkulieren und auszupreisen.

Tabakspezifische Ausbildungsinhalte:

Vortrag Cigarren und Pfeiffenkunde

Die auszupreisenden Kosten waren vom Auftraggeber fix vorgegeben.

6 Vortrag Marketing und Verkauf:

1,5 Tage Seminar Vortrag Marketing und Verkauf:

1 Tag Seminar

7 Die gesamte praktische Ausbildung ist zu kalkulieren und der Ausbildner (Trafikant) vom Auftragnehmer zu entlohnen. Der Ausbildner (Trafikant) der praktischen Ausbildung wird vom AG selber entlohnt. Der Auftragnehmer kalkuliert eine Bearbeitungsgebühr pro Teilnehmer aber nicht mehr die gesamte praktische Ausbildung (optionaler Leistungsteil).

8 Vorort-Kursleiter war nicht explizit als Leistungsgegenstand angeführt. Vorort-Kursleiter ist zu kalkulieren.

(übereinstimmende Aussagen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2014)

Bei der Direktvergabe wurde das Seminar pauschal entlohnt mit einer Möglichkeit bei mehr als 20 Teilnehmern Zusatzkosten lukrieren zu können. Bei der jetzigen Vergabe werden mindestens 18,5 Teilnehmer entlohnt. Das unternehmerische Risiko besteht im Vergleich zur Direktvergabe in den Kosten von 1,5 Teilnehmern bzw. der Chance für 25 Teilnehmer entlohnt zu werden. (Aussage von XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2014)

Von den Auftraggeberinnen wurde im Zuge der Direktvergabe über 3 Tabakfachhändlerseminare 2013 eines von mehreren Angeboten der Antragstellerin der jetzigen präsumtiven Bestbieterin übergeben. (Aussage der Auftraggeberinnen in der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2014)

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

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung:

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest geworden sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065).

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).

Die Antragstellerin bringt vor, dass durch die Offenlegung eines von mehreren Angeboten der Antragstellerin im Zuge der Direktvergabe über 3 Tabakfachhändlerseminare 2013 durch die Auftraggeberinnen an die präsumtive Bestbieterin die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes gemäß § 19 BVergG 2006 verletzt worden seien und verweist auf die Judikatur des BVA zu § 19 BVergG 2006. Weiters verstoße die Vorgangsweise der Auftraggeberinnen gegen § 20 Abs 5 BVergG 2006. Die Antragstellerin bringt vor, dass durch die Offenlegung eines von mehreren Angeboten der Antragstellerin im Zuge der Direktvergabe über 3 Tabakfachhändlerseminare 2013 durch die Auftraggeberinnen an die präsumtive Bestbieterin die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes gemäß Paragraph 19, BVergG 2006 verletzt worden seien und verweist auf die Judikatur des BVA zu Paragraph 19, BVergG 2006. Weiters verstoße die Vorgangsweise der Auftraggeberinnen gegen Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei dem gegenständlichen Dienstleistungsauftrag um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag handelt und daher gemäß § 141 BVergG 2006 § 19 BVergG 2006 nicht gilt. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei dem gegenständlichen Dienstleistungsauftrag um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag handelt und daher gemäß Paragraph 141, BVergG 2006 Paragraph 19, BVergG 2006 nicht gilt.

§ 20 Abs 5 BVergG 2006 gilt zwar gemäß § 141 BVergG 2006 bei einem nicht prioritären Dienstleistungsauftrag stellt

jedoch auf Unternehmer ab, "die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren". Eine unmittelbare Beteiligung der präsumtiven Bestbieterin an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren konnte nicht festgestellt werden und wurde von der Antragstellerin auch nicht behauptet. Fraglich ist, ob die präsumtive Bestbieterin durch die Offenlegung eines von mehreren Angeboten der Antragstellerin im Zuge der Direktvergabe über 3 Tabakfachhändlerseminare 2013 mittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren beteiligt war. Dies ist deshalb nicht der Fall, weil sich der Leistungsgegenstand dieser Direktvergabe und des gegenständlichen Vergabeverfahrens in den im Sachverhalt aufgezeigten 8 Punkten der dortigen Tabelle wie folgt unterscheidet: Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 gilt zwar gemäß Paragraph 141, BVergG 2006 bei einem nicht prioritären Dienstleistungsauftrag stellt jedoch auf Unternehmer ab, "die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren". Eine unmittelbare Beteiligung der präsumtiven Bestbieterin an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren konnte nicht festgestellt werden und wurde von der Antragstellerin auch nicht behauptet. Fraglich ist, ob die präsumtive Bestbieterin durch die Offenlegung eines von mehreren Angeboten der Antragstellerin im Zuge der Direktvergabe über 3 Tabakfachhändlerseminare 2013 mittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren beteiligt war. Dies ist deshalb nicht der Fall, weil sich der Leistungsgegenstand dieser Direktvergabe und des gegenständlichen Vergabeverfahrens in den im Sachverhalt aufgezeigten 8 Punkten der dortigen Tabelle wie folgt unterscheidet:

Punkt 1: Es macht insbesondere in der Kalkulation einen wesentlichen Unterschied, ob 3 konkrete Seminartermine abzuhalten sind, oder ob es sich um den Abschluss eines unbefristeten Rahmenvertrages handelt.

Punkt 2: Gleiches gilt für die Art der Honorierung: die Honorierung pro Seminarwoche pauschal erfordert eine andere Kalkulation als die Honorierung pro Teilnehmer. Die Antragstellerin selbst hat in der mündlichen Verhandlung auf das diesbezüglich anders gelagerte unternehmerische Risiko hingewiesen; ein anders gelagertes unternehmerisches Risiko erfordert jedoch eine andere Kalkulation.

Punkt 3: Es macht insbesondere in der Kalkulation einen wesentlichen Unterschied, ob es einen Rechtsanspruch auf die Durchführung von einer bestimmten Anzahl von Seminaren gibt oder nicht.

Punkt 4: Gleiches gilt für die tabakspezifischen Ausbildungsinhalte Vortrag Trafikplus und Vortrag Sicherheit, die bei der Direktvergabe vom Auftragsnehmer zu kalkulieren und auszupreisen waren, beim gegenständlichen Vergabeverfahren jedoch nicht.

Punkt 5: Gleiches gilt für den tabakspezifischen Ausbildungsinhalt Vortrag Cigarren und Pfeiffenkunde, der bei der Direktvergabe vom Auftragsnehmer zu kalkulieren und auszupreisen war, während beim gegenständlichen Vergabeverfahren die auszupreisenden Kosten vom Auftraggeber fix vorgegeben waren.

Punkt 6: Es macht insbesondere in der Kalkulation einen wesentlichen Unterschied, ob der Vortrag Marketing und Verkauf 1,5 Tage oder 1 Tag dauert.

Punkte 7 und 8: Es macht insbesondere in der Kalkulation einen wesentlichen Unterschied, ob bestimmte Positionen zu kalkulieren sind oder nicht bzw anders.

Es mutet zwar sonderbar an, dass Auftraggeber einem Bieter das Angebot eines anderen Bieters im Detail zur Verfügung stellt. Da sich jedoch Leistungsgegenstand und Kalkulationsgrundlagen bei der Direktvergabe 2013 und bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren wesentlich unterscheiden, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die präsumtive Bestbieterin mittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren beteiligt war. Auch aus den von der Antragstellerin in der Beilage zum Nachprüfungsantrag übermittelten Emails ergeben sich dafür keine weiteren Anhaltspunkte. Deshalb ist auch eine Verletzung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes jedenfalls nicht gegeben.

Zu dem Vorbringen der Antragstellerin wonach "die von den Auftraggebern vorgegebene Betreuungsverpflichtung, nämlich dass während des gesamten Kurses stets eine bestimmte Person zur Verfügung stehen muss" gegen die arbeitszeitlichen Höchstgrenzen in § 9 AZG verstoße ist zu sagen, dass die Auftraggeberinnen in der mündlichen Verhandlung offen legten, dass es sich bei dem Kursleiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um Herrn XXXX, einen Funktionär des XXXX handelt, der auf Werkvertragsbasis für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig wird und daher nicht dem AZG unterliegt. Diese glaubwürdigen Angaben hat auch die Antragstellerin nicht bezweifelt. Da das

AZG gem § 1 Abs 1 AZG nur für die Beschäftigung von Arbeitnehmern (Lehrlingen), die das 18. Lebensjahr vollendet haben gilt, der Kursleiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch auf Werkvertragsbasis arbeitet, ist auf ihn das AZG nicht anzuwenden und eine Überschreitung der Höchstgrenzen der Arbeitszeit gem § 9 AZG durch ihn nicht möglich. Zu dem Vorbringen der Antragstellerin wonach "die von den Auftraggebern vorgegebene Betreuungsverpflichtung, nämlich dass während des gesamten Kurses stets eine bestimmte Person zur Verfügung stehen muss" gegen die arbeitszeitlichen Höchstgrenzen in Paragraph 9, AZG verstoße ist zu sagen, dass die Auftraggeberinnen in der mündlichen Verhandlung offen legten, dass es sich bei dem Kursleiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um Herrn römisch 40, einen Funktionär des römisch 40 handelt, der auf Werkvertragsbasis für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig wird und daher nicht dem AZG unterliegt. Diese glaubwürdigen Angaben hat auch die Antragstellerin nicht bezweifelt. Da das AZG gem Paragraph eins, Absatz eins, AZG nur für die Beschäftigung von Arbeitnehmern (Lehrlingen), die das 18. Lebensjahr vollendet haben gilt, der Kursleiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch auf Werkvertragsbasis arbeitet, ist auf ihn das AZG nicht anzuwenden und eine Überschreitung der Höchstgrenzen der Arbeitszeit gem Paragraph 9, AZG durch ihn nicht möglich.

Da das AZG auf Herrn XXXX nicht anzuwenden ist, geht auch das Vorbringen der Antragstellerin, "dass Angebote anderer Bieter, die den Angebotspreis der Antragstellerin unterschreiten und zugleich die gesetzlichen Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes berücksichtigen, eine unplausible Zusammensetzung der Angebotspreise aufweisen" würden und vertieft geprüft hätten werden müssen, ins Leere. Im Übrigen ist auch sonst kein Grund für eine vertiefte Angebotsprüfung ersichtlich. Da das AZG auf Herrn römisch 40 nicht anzuwenden ist, geht auch das Vorbringen der Antragstellerin, "dass Angebote anderer Bieter, die den Angebotspreis der Antragstellerin unterschreiten und zugleich die gesetzlichen Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes berücksichtigen, eine unplausible Zusammensetzung der Angebotspreise aufweisen" würden und vertieft geprüft hätten werden müssen, ins Leere. Im Übrigen ist auch sonst kein Grund für eine vertiefte Angebotsprüfung ersichtlich.

Gebührenersatz

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

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt 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."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

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. die unter Punkt II. 2. angeführten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. 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 die unter Punkt römisch zwei. 2. angeführten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität, Rahmenvereinbarung, Referenzprojekt, Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W134.2007215.1.01

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at