

TE Lvwg Beschluss 2019/12/18 LVwG-VG-9/001-2019

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.12.2019

Entscheidungsdatum

18.12.2019

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §6 Abs1

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §14 Abs1

BVergG 2018 §21 Abs2

Text

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat durch Mag. Dr. Wessely, LL.M. als Einzelrichter betreffend den Antrag der A GmbH, vertreten durch die B Rechtsanwälte OG, *** (im Folgenden kurz: AST) auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung („Untersagung der Zuschlagserteilung“) betreffend das Vergabeverfahren „Planungsleistungen ***“, (öffentliche Auftraggeberin: Stadtgemeinde ***, **; im Folgenden kurz: AG) den

BESCHLUSS

gefasst:

1. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird keine Folge gegeben.
2. Gegen diesen Beschluss ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 4 Abs. 2 Z 1 und Abs. 8, 6 Abs. 1, 8 Abs. 5, 14, 19 Abs. 2 und 3 und 21 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr. 7200-3, zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 54/2019 (NÖ VNG)

§§ 28, 31 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG)

Hinweis:

Die Entscheidung über den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ergeht mit der Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung.

Begründung:

Im obgenannten Vergabeverfahren, welches von der AG als Dienstleistungsauftrag in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 34 Abs. 2 BVergG 2018 durchgeführt wurde, stellte die AST mit einem am 13. Dezember 2019 beim Landesverwaltungsgericht NÖ eingelangten Schriftsatz die fristgerechten Anträge auf Erlassung

jeweils einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4., 9. bzw. 10. Dezember 2019.

Insoweit führte sie im genannten Schriftsatz u.a. folgendes aus:

„1. Bezeichnung des Vergabeverfahrens

1.1. Das gegenständliche Vergabeverfahren „Planungsleistungen ***“ wurde von der Auftraggebern bzw der vergebenden Stelle als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 34 Abs 2 BVergG 2018 durchgeführt. Aus der Angebotsunterlage für die zweite Phase ergibt sich – wenngleich unter Bezugnahme auf das BVergG 2006 – eine Verfahrensdurchführung im Unterschwellenbereich. Zur Vergabe gelangen sollte ein Werkvertrag über (Planungs-) Dienstleistungen.

1.2. Die Teilnahmeunterlagen wurden national veröffentlicht. Nach Durchführung des Auswahlverfahrens wurden die einzigen beiden verbliebenen Bewerber – die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin – zur Legung eines Angebots eingeladen.

1.3. Als Umfang der Beschaffung wurden die Grundlagenermittlung / Vorentwurf, Entwurf / Baurechtliche Einreichplanung, Erstellung Brandschutz- und Fluchtwegekonzept zur Einreichung, Erstellen des Versickerungsprojektes, Ausführungs- und Detailplanung / technische und künstlerische Oberleitung, Fachplanung Technische Gebäudeausstattung (TGA), Bauphysik –, schall- und wärmetechnische Berechnungen, Fachplanung Sportplatzbau, Kostenermittlungsgrundlagen / Geschäftliche Oberleitung / Durchführen der Ausschreibungen, Planungs- und Baustellenkoordination im Sinne des BauKG, Bestandsplanung nach Fertigstellung sowie die Brandschutzplanung- und Fluchtwegepläne nach Fertigstellung des Projektes im Zusammenhang mit der (neuen) Sportanlage der Auftraggeberin definiert.

1.4. Der geschätzte Auftragswert wurde nicht bekannt gegeben. Das Verfahren wurde elektronisch über die Ausschreibungsplattform www.ausschreibung.at abgewickelt. [...]

2. Bezeichnung des Auftraggebers

2.1. Auftraggeberin und damit Antragsgegner ist die Stadtgemeinde ***, ***, ***, vertreten durch D, ***, ***.

2.2. Die Antragsgegnerin ist als Gebietskörperschaft damit jedenfalls öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 BVergG.

3. Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung

3.1. Gemäß § 6 Abs 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen. Gemäß § 2 Z 15 lit a sublit dd BVergG 2018 sind dies (u.a.) das Ausscheiden eines Angebotes und die Zuschlagsentscheidung.

3.2. Demnach wird am 04.12.2019 bekannt gegebene und am 09.12.2019 sowie am 10.12.2019 ergänzte Zuschlagsentscheidungen angefochten, wonach seitens der Antragsgegnerin mitgeteilt wurde, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip dem Unternehmen C GmbH, zu erteilen.

3.3. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit Ablauf des 14.12.2019 angegeben.[...]

4. Rechtzeitigkeit der Anträge auf Nichtigerklärung

4.1. Gemäß § 12 NÖ VNG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Übermittlung der Entscheidung auf elektronischen Weg binnen 10 Tagen einzubringen. Gegenständlich ist die Zuschlagsentscheidung zweimal wiederholt bzw verbessert worden, die 10-Tages-Frist aber auch bei Berechnung ab der ersten Zuschlagsentscheidung gewahrt.

4.2. Die gegenständlichen Anträge sind demnach jedenfalls fristgerecht eingebracht.[...]

5.3. Sohin sind die gegenständlichen Anträge jedenfalls zulässig.

6. Sachverhalt

6.1. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 34 Abs 2 BVerG bekannt gemacht und wird seitdem als solches im Wesentlichen über die Plattform *** geführt.

6.2. Teilnahmephase

Als Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge wurde der 01.10.2019, 10:00 Uhr festgelegt. Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag überreicht und wurde in weiterer Folge auch zur Angebotsabgabe eingeladen.

Schon im Stadium der Teilnahmephase hat die Antragstellerin die Auftraggeberin auf mehrere bedenkliche Punkte in den Ausschreibungsunterlagen hingewiesen. So etwa den Umstand, dass bei derartigen Projekten weitere (Planungs-) Leistung erforderlich sind, die üblicherweise auch gemeinsam mit den gegenständlichen Leistungen ausgeschrieben werden, beispielsweise die Generalbau- und Fachaufsichtsleistungen sowie Statik, Verkehrsplanung, Bodengutachten und Vermessung. Verbunden mit der Nachfrage, ob bei Zusammenrechnung aller dieser Leistungen mit den gegenständlichen Leistungen der geschätzte Auftragswert (nach wie vor) den Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVerG nicht erreicht. Die Auftraggeberin reagierte darauf kurz angebunden mit dem Hinweis[e], dass die Kostenschätzung und die Verfahrenswahl der Auftraggeberin obliege.

Ebenso hat die Antragstellerin in der gleichen Bieteranfrage (24.09.2019) darauf hingewiesen, dass ihrer Ansicht nach das Planungsunternehmen, welches die Vorstudie zu gegenständlichem Projekt erstellt hat, aufgrund des Wettbewerbsvorteils von der Vergabe auszuschließen sei. Dabei handelt es sich um die nunmehrige präsumtive Zuschlagsempfängerin. Hingewiesen wurde vor allem auf den durch die Vorarbeiten (§ 25 BVerG) erwirkten Informationsvorsprung, der im Rahmen des abzugebenden Umsetzungskonzeptes – etwa durch die behördliche Vorabstimmung – Vorteile haben könnte. Bezeichnenderweise wurde das Umsetzungskonzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Zuschlagsentscheidung auch höher (nämlich mit der Maximalpunkteanzahl) bewertet.

Auch im Zusammenhang mit den – relativ strengen – Mindestanforderungen für die Teilnahme und einigen Punkten aus der Leistungsbeschreibung wurde um Aufklärung ersucht. [...]

6.3. Angebotsphase

Als Schlusstermin für die Angebotsabgabe wurde der 24.10.2019, 10:00 Uhr festgelegt. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot am 23.10.2019 abgegeben. Ein Versehen des Angebotes mit einer elektronischen Signatur war nicht gefordert.

Auch im Zuge der Angebotsphase trat die Antragstellerin wieder in Dialog mit der Auftragsgegnerin und ersuchte um Aufklärung zu den Zuschlagskriterien. Insbesondere zur Darstellung des Umsetzungskonzeptes und zur – in den Ausschreibungsunterlagen fehlenden – Darlegung von Qualifikation und Anzahl des Schlüsselpersonals. [...]

6.4. Verhandlungsphase

Verhandlungsrunden haben – soweit ersichtlich – entgegen der Ankündigungen, ein bis zwei Verhandlungsrunden durchzuführen, keine stattgefunden.

6.5. Gegenständlich relevante Festlegungen

Im Rahmen der Besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen (Punkt D) hat die Antragsgegnerin zur Bestbieterermittlung festgehalten wie folgt:

6.6. Die Ausschreibungsunterlage ist mangels Anfechtung in Bestandskraft erwachsen.

6.7. Mit Zuschlagsentscheidung vom 04.12.2019 wurde die Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung zugunsten der C GmbH informiert. Als Begründung wurde angeführt wie folgt:

„Das Angebot [gemeint: des präsumtiven Zuschlagsempfängers] ging nach den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien mit einer Prozentpunkteanzahl von 90% als Bestbieter hervor. Ihr Angebot erreichte 80 Prozentpunkte.“

Daraufhin ersuchte die Antragstellerin um Übermittlung der Punktevergabe und Aufschlüsselung der Reihung der Bieter. Dies wurde per E-Mail durch die vergebende Stelle am 09.12.2019 (grob) beantwortet. Nach Hinweis, dass die Punkte – jedenfalls für das Schlüsselpersonal – unrichtig sein müssen, versuchte die vergebende Stelle die Begründungen per Mail vom 10.12.2019 zu verbessern. [...]

7. Verletztes Recht der Antragstellerin / rechtliches Interesse

7.1. Gemäß § 5 NÖ VNG kann ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2018 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

7.2. Die Antragsgegnerin ist ein zur Erbringung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung bekanntermaßen befugtes, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen, hat die entsprechenden Nachweise auch erbracht und sich generell um die Erteilung des Auftrages durch die Legung eines den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Angebotes bemüht. Weiters ist die Auftraggeberin im Bereich der gegenständlich zur Vergabe beabsichtigten Leistungen gewerblich tätig und hat schon deshalb ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss.

7.3. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, einem Bieter, dessen Angebot nach Ansicht der Antragstellerin aufgrund der erbrachten Vorarbeiten gemäß § 141 Abs 1 Z 1 iVm § 25 BVergG auszuscheiden wäre und zudem – bei Nicht-Ausscheiden – den Berechnungen der Antragstellerin zu Folge hinter dem Angebot der Antragstellerin gereiht wurde, nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag zu erteilen:

a. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weist laut den Zuschlagsentscheidungen den geringsten Angebotspreis auf, weshalb es die volle Punktzahl von 70 für dieses Zuschlagskriterium erhalten hat.

b. Hinsichtlich des Umsetzungskonzeptes hat schon die Ausschreibungsunterlage Angaben vermissen lassen, anhand welcher Kriterien die Bewertung der Jury erfolgt. Lediglich die ‚Umsetzbarkeit‘ und ‚Nachvollziehbarkeit‘ werden erwähnt. Vorgaben zum Inhalt des Umsetzungskonzeptes finden sich ebenfalls keine. Einzig die ‚Dauer der einzelnen Schritte Planungsschritte‘ und die zur Abklärung notwendigen Behörden seien zu nennen. Dies hat die Antragstellerin jedenfalls erfüllt und die Angaben im Umsetzungskonzept auch grafisch nachvollziehbar dargestellt. Ein Grund, weshalb die Antragstellerin auch bei diesem Zuschlagskriterium nicht die volle Prozentpunkteanzahl erhält, ist weder ersichtlich noch ergibt sich dies aus den Zuschlagsentscheidungen. Aus dem bloßen Verweis, das Konzept der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre ‚umfangreicher, detaillierter und flexibler‘ aufbereitet ergibt sich gerade nicht, dass oder weswegen das Konzept der Antragstellerin – bezugnehmend auf die angegebenen Bewertungskriterien – weniger ‚umsetzbar‘ oder weniger ‚nachvollziehbar‘ wäre. Die Zuschlagsentscheidung erfüllt demnach auch nicht alle Erfordernisse des § 143 BVergG.

c. Auch betreffend des Schlüsselpersonals entsprechen die Angaben der Antragstellerin sämtlichen Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage. Auch bei diesem Zuschlagskriterium hat daher das Angebot der Antragstellerin die volle Prozentpunkteanzahl zu erhalten. Trotz erfolgter ausdrücklicher Rückfrage, wie viele Personen zu nennen und welche Qualifikation diese aufweisen müssen, konnte die Auftraggeberin diesbezüglich nicht zur Klarheit beitragen. Es sei lediglich ‚das Schlüsselpersonal, das zur Ausführung herangezogen wird‘, namhaft zu machen. Die Antragstellerin hat vier hervorragend qualifizierte Personen namhaft gemacht, die zur Ausführung herangezogen werden, weswegen sie anstatt der (zunächst 0, später) 5 Prozentpunkte in Wahrheit 10 Prozentpunkte zu erhalten hätte.

7.4. Allenfalls ist schon wie beim Umsetzungskonzept, jedenfalls aber im Rahmen des Schlüsselpersonals ist eine Vergleichbarkeit der Angebote auf Basis dieser Informationen nicht möglich. Auch der Bestandskraft von Zuschlagskriterien ist Grenzen gesetzt, wenn eine Bestbieterermittlung überhaupt nicht möglich ist [Anm.: Hinweis VwSlg 17.541 A/2008]. Eine Vergleichbarkeit ist gegenständlich nur insoweit möglich, als bewertet werde kann, ob die Angebote der Ausschreibungsunterlage entsprechen. Sämtliche Vorgaben betreffend Schlüsselpersonal und Umsetzungskonzept wurden erfüllt. Das Angebot der Antragstellerin ist demnach das bestgereichte Angebot.

7.5. Zudem hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden müssen. Bei richtiger Beurteilung der Angebote müsste somit die Antragsgegnerin der Antragstellerin als Bestbieterin den Zuschlag erteilen.

7.6. Dadurch würde jedenfalls der Antragstellerin insbesondere aufgrund des entgangenen Gewinns ein Schaden in dessen Höhe bzw in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrages drohen. Ebenso wäre es der Antragstellerin nicht möglich, den gegenständlichen Auftrag als Referenz im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gewinnbringend heranzuziehen. Ein Auftrag in dieser Größenordnung stellt, wenn er – wovon ausgegangen wird – zur Zufriedenheit der Auftraggeberin durchgeführt wird ein wichtiges Referenzprojekt zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit dar.

Schließlich hat die Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren Kosten für die rechtsfreundliche

Vertretung sowie weitere Auslagen zu tragen und würde zudem der gegenständliche Auftrag zur Auslastung der Antragstellerin beitragen. Weiters droht ein Schaden in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und Korrespondenzen mit der Rechtsvertretung der Antragstellerin.

7.7. Am rechtlichen Interesse der Antragstellerin am Abschluss des gegenständlichen Rahmenvertrages kann somit kein Zweifel bestehen. [...]

8. Bezeichnung des verletzten Rechts

8.1. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens samt Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung (u.a. gemäß § 20 Abs 1 BVergG) verletzt.

8.2. Insbesondere betrifft dies das Recht der Antragstellerin auf Abgabe und Bewertung eines dem Gesetz, der Ausschreibung und generell vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt. Dies vor allem aufgrund der (verletzten) Pflicht der Antragsgegnerin, dem ausschreibungskonformen Angebot der Antragstellerin, welches besser zu bewerten ist als das Angebot der präventiven Zuschlagsempfängerin zuzuschlagen.

9. Rechtswidrigkeitsgründe

9.1. Auszuscheidendes Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat für die Auftraggeberin im Vorfeld des Vergabeverfahrens die Vorstudie erstellt. Diese Vorstudie wurde den Ausschreibungsunterlagen auch beigeschlossen. Trotz der Bekanntgabe der Vorstudie sind damit nicht alle Informationen veröffentlicht und Maßnahmen gesetzt, um eine Wettbewerbsverzerrung durch die Teilnahme dieses Unternehmens auszuschließen. Das zeigt sich schlussendlich in der Bewertung des Umsetzungskonzeptes. Insbesondere die – nicht in den Ausschreibungsunterlagen erwähnte oder geforderte – Darlegung von Varianten im Umsetzungskonzept, wie die Vereine die Anlage trotz Umbaus bestmöglich nutzen können (bzw das Bedürfnis der Vereine nach diesen Varianten) kann daher nur aus der Vorstudie bekannt sein. Das betrifft sowohl schon den bloßen Umstand, dass mehrere Vereine die Anlage nutzen, als auch, dass die Nutzung während der Baumaßnahmen aufrechterhalten werden soll. Dies war der Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotserstellung nicht bekannt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wäre demnach – wie von der Antragstellerin schon während laufender Teilnahmephase angemerkt – vom Verfahren auszuschließen gewesen. Ihr Angebot ist demnach auszuscheiden. [...]

9.2. Angebot der Antragstellerin bestgereiht

Wie bereits oben (7.3.) dargelegt, hat die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, das bei sämtlichen Zuschlagskriterien aufgrund der vollen Entsprechung der Anforderungen in der Ausschreibungsunterlage die volle Punktzahl erreicht hat. Die Bewertung der Auftraggeberin ist demnach unrichtig und hätte rechtsrichtig zu lauten wie folgt:

C*

A

Preis

60

70

Umsetzungskonzept

20

20

Schlüsselpersonal

10

10

Gesamt

90

100

*vorbehaltlich des Ausscheidens und der der – nicht zu überprüfenden – Richtigkeit der Bewertung des Angebotes.

Der Zuschlag wäre demnach der Antragstellerin zu erteilen.

10. Anträge

Die gegenständlich vorgenommene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin widerspricht daher den eigenen Vorgaben ebenso wie den wesentlichen Bestimmungen des Vergaberechtes. Aus all diesen Gründen stellt die Antragstellerin daher nachstehende

Anträge

an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich, das Gericht möge

1) die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 04.12.2019 bzw vom 09.12.2019 und 10.12.2019 für richtig erklären [...].

III.

Die Antragstellerin beantragt über die obigen Anträge hinaus den

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

und führt diesen aus wie folgt:

1. Zunächst darf das gesamte Vorbringen unter II. hinsichtlich des Sachverhaltes, der Rechtswidrigkeiten, des drohenden Schadens zur Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Antrages und der angebotenen Bescheinigungsmittel auch ausdrücklich zum Vorbringen für den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werden.

2. Gemäß § 14 NÖ VNG kann ein Unternehmen die Anordnung vorläufiger Maßnahmen beantragen, die notwendig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung zu beseitigen oder zu verhindern. In diesem Zusammenhang ist im Rahmen der anzustellenden Interessensabwägung zunächst festzuhalten, dass die Antragstellerin dann, wenn die Auftraggeberin die angefochtene Entscheidung aufrecht hält, die Chance auf die Zuschlagserteilung bzw Abschluss des Rahmenvertrages verliert. Zu den diesfalls entstehenden Schäden (entgangener Gewinn, entgangener Deckungsbeitrag, Verlust eines Referenzprojektes) siehe oben unter 7.6. [...]

Auf der anderen Seite würde durch die Erlassung der gegenständlich beantragten einstweiligen Verfügung keine öffentlichen Interessen des gegenständlichen Vergabeverfahrens oder Antragsgegnerin beeinträchtigt oder gar verletzt werden.

Abgesehen der ohnehin nicht gegebenen Dringlichkeit des gegenständlichen Auftrages haben öffentliche Auftraggeber gegenständlicher Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung zu rechnen und dementsprechend die Zeitplanung zu gestalten.

Aus all diesen Gründen stellt daher die Antragstellerin den

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

wie folgt:

Der Stadtgemeinde ***, ***, ***, wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien [gemeint wohl: Landesverwaltungsgericht NÖ] im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. [...]"

Diesem Schriftsatz schloss sie ein Konvolut von Beilagen an, unter anderem das Teilnahmeantragsformular (Beilage ./A) und das Angebotsformular (Beilage ./B). Aus beiden ergibt sich, dass die AST als Teil einer aus ihr und E bestehenden Bietergemeinschaft teilnahm, wobei die AST als zustellungsbevollmächtigter Federführer bezeichnet

wurde.

Das Landesverwaltungsgericht NÖ machte den Eingang des gegenständlichen Nachprüfungsantrages, für welchen seitens der AST die nach der NÖ Pauschalgebühren-Verordnung vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet wurden, am 13. Dezember 2019 gemäß § 13 Abs. 3 NÖ VNG im Internet (****) kund. Gleichzeitig wurde der Schriftsatz (Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) der AG und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin übermittelt. Der AG wurde die allfällige Abgabe einer Stellungnahme bis längstens Dienstag, 17. Dezember 2019, 10:00 Uhr, beim Landesverwaltungsgericht NÖ einlangend, zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gewährt. Unter einem wurde die AG vom erkennenden Gericht aufgefordert, bis längstens 23. Dezember 2019 sämtliche Unterlagen des Vergabeverfahrens geordnet im Original dem Landesverwaltungsgericht NÖ vorzulegen, jene Teile, die von der Akteneinsicht auszunehmen sind, zu kennzeichnen sowie zum Antrag auf Nichtigerklärung eine Stellungnahme abzugeben.

In ihrem beim Landesverwaltungsgericht NÖ innerhalb offener Frist eingelangten Schriftsatz vom 17. Dezember 2019 verwies die AG im Wesentlichen darauf, dass

die AST als Teil einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren teilgenommen habe. Der Nachprüfungsantrag sowie jener auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien hingegen nicht von beiden Mitgliedern der Bietergemeinschaft, sondern lediglich von der AST gestellt worden. Nach höchstgerichtlicher Judikatur sei ein nur von einem Teil der Mitglieder einer Bietergemeinschaft im eigenen Namen gestellter Nachprüfungsantrag mangels Interesses am Vertragsabschluss jedoch zurückzuweisen, sodass auch dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu entsprechen wäre.

Dieser Schriftsatz wurde der AST am 17. Dezember 2019 übermittelt und der AST die Möglichkeit eingeräumt, hiezu bis 18. Dezember 2019, 08.00 Uhr (Einlangen bei Gericht) eine Stellungnahme abzugeben. In dieser führte die AST (nunmehr [erstmals] bezeichnet als

„Bietergemeinschaft

A GmbH

, A- /

E

***, ***"

aus, es sei richtig, dass die A GmbH gemeinsam mit dem E sowohl Teilnahmeantrag als auch Angebot als Bietergemeinschaft abgegeben hätten. Erstere GmbH habe als federführendes Mitglied agiert und

sei die gesamte Korrespondenz von und mit der vergebenden Stelle bzw. Auftraggeberin mit dieser abgewickelt worden. Der Umstand der Vertretung sei im Außenverhältnis auch für die Auftraggeberin völlig klar gewesen, sodass auch die nunmehr interessierenden Anträge als solche zu verstehen seien, die die A GmbH im Namen der Bietergemeinschaft erhoben habe. Beide Mitglieder der Bietergemeinschaft gemeinsam, aber auch die A GmbH alleine, seien schon im Zeitpunkt des Nachprüfungsantrages sowie des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung alleine als Geschäftsführer (?) für die Gesellschaft vertretungsbefugt gewesen, was sich auch aus der Erklärung der Bietergemeinschaft in Beilage ./3 des Teilnahmeantrages ergäbe.

In rechtlicher Hinsicht wurde hierüber erwogen:

Gemäß § 4 Abs. 1 NÖ VNG obliegt die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens dem Landesverwaltungsgericht NÖ. Die Zuständigkeit erstreckt sich zufolge Abs. 2 Z 1 dieser Bestimmung bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art.14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht auch auf

die Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 14). Die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung obliegt zufolge Abs. 8 par.cit. als Ausnahme von der grundsätzlichen Senatszuständigkeit in Vergabesachen dem Einzelrichter.

Gemäß § 6 Abs. 1 NÖ VNG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Unter einem kann beantragt werden, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen, die dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung zeitlich vorangegangen sind, nachzuprüfen.

Gemäß § 14 Abs. 1 NÖ VNG hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 6 nicht offensichtlich fehlen, das Landesverwaltungsgericht durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 2 Z 15 lit.a sublit. dd BVergG 2018 ist im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und bei Innovationspartnerschaften u.a. die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung. Bei der gegenständlich von der AST angefochtenen Entscheidung handelt es sich daher um eine solche, die gesondert anfechtbar ist.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde der AST von der AG am 4. Dezember 2019 übermittelt. Die verfahrensgegenständlichen Anträge auf Nachprüfung, Nichtigerklärung bzw. der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung langten beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich am 13. Dezember 2019 und somit fristgerecht, weil innerhalb der zehntägigen Frist gemäß § 12 Abs. 1 NÖ VNG, ein.

Eine Grobprüfung des Vorbringens der AST ergab, dass ihr die Antragsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 1 NÖ VNG offensichtlich fehlen. So steht im konkreten Fall aufgrund der vorliegenden Unterlagen unstrittig fest, dass die AST als Teil einer Bietergemeinschaft (gemeinsam mit E) am Vergabeverfahren beteiligt war. Wenngleich es sich bei Bietergemeinschaften i.S.d. § 2 Z 12 BVergG 2018 um Gesellschaften bürgerlichen Rechts handelt, denen grundsätzlich keine Rechtspersönlichkeit zukommt, gilt im Vergaberecht insoweit anderes, als ihnen das Gesetz selbständige, von ihren einzelnen Mitgliedern losgelöste materielle Rechte einräumt. So können Arbeits- und Bietergemeinschaften nach § 21 Abs. 2 BVergG 2018 grundsätzlich Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, ohne dafür (mit Ausnahmen) verpflichtet zu sein, eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Daraus ergibt sich, dass sich auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts als einheitlicher Bieter am Vergabeverfahren beteiligen können. Demnach ist, wenn eine Arbeits- oder Bietergemeinschaft ein Angebot gelegt hat und sich in weiterer Folge die Notwendigkeit ergibt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, nur die Arbeits- oder Bietergemeinschaft als solche zur Antragstellung berechtigt, nicht hingegen einzelne ihrer Mitglieder (EBRV 1171 BlgNR 22. GP 41; VwGH 8.8.2018, Ro 2015/04/0028 u.a. [zur gleichartigen Rechtslage nach dem BVergG 2006]). Daraus, also aus der Einräumung eigener subjektiver Rechte der Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft gegenüber, ergibt sich wiederum, dass auch nur sie berechtigt ist, deren Durchsetzung im Wege des vergaberechtlichen Rechtsschutzes zu betreiben. Sei es, dass dieser von allen Mitgliedern derselben beschritten wird, sei es, dass eines ihrer Mitglieder (aufgrund eines Vollmachtsverhältnisses) namens der Bietergemeinschaft einschreitet. Nur von einem Teil ihrer Mitglieder im eigenen Namen gestellte Nachprüfungsanträge sind demgegenüber mangels Interesses am Abschluss des Vertrags und daher mangels Parteistellung zurückzuweisen (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0234). Dass es – wie von der AST vorgebracht – unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten auch zulässig wäre, einzelnen Mitgliedern von Bietergemeinschaften in Nachprüfungsverfahren Antragslegitimation zuzugestehen, vermag daran insoweit nichts zu ändern, als diese Einräumung dem nationalen Gesetzgeber obliege. Dass dieser von der genannten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, wird aber auch von der AST nicht behauptet.

Im konkreten Fall vermeint die AST, dass die entsprechenden Anträge nicht im eigenen Namen, sondern in jenem der Bietergemeinschaft gestellt worden seien, was sich aus dem Umstand ergäbe, dass die AST – wie sich aus der dem

Teilnahmeantragsformular angeschlossenen Vollmacht ergäbe und auch für die AG – für die Bietergemeinschaft als Federführer agiert habe. Unbeschadet der Frage, ob die genannte Vollmacht auch eine Vertretung im Vergabennachprüfungsverfahren trägt (sie bezieht sich ihrem Wortlaut nach bloß auf das Verhältnis dem AG gegenüber), können die verfahrenseinleitenden Anträge nur dann der Bietergemeinschaft zugerechnet werden, wenn der Einschreiter die Eigenschaft der Prozesshandlung als Vertretungshandlung, mithin als solche im fremden Namen, unmissverständlich offenlegt (sog. Offenlegungsgrundsatz; VwGH 1.6.2006, 2005/07/0035; 29.1.2008, 2005/05/0252). Alleine der Umstand des Bestehens einer Vollmacht genügt daher nicht, die Handlung als eine solche eines Dritten beurteilen zu können.

Ob eine Prozesshandlung im eigenen oder fremden Namen gesetzt wird, ist nach deren objektiven Erklärungswert zu beurteilen (vgl. etwa VwGH 2.10.2019, Ra 2019/12/0040). Lässt sich aus ihr eine solche Zuordnung nicht treffen, liegt es an der Behörde, die Zurechnung durch entsprechende Erhebungen zu klären (VwGH 28.6.2007, 2006/21/0159); ist sie hingegen unmissverständlich, ist ihr eine Umdeutung selbst dann verwehrt, wenn alleine diese dem Anbringen zum Durchbruch verhelfen könnte (VwSlg 18.668 A/2013).

Im konkreten Fall bezeichnet der verfahrenseinleitende Schriftsatz ausschließlich und unmissverständlich alleine die – rechtsfreundlich vertretene – A GmbH als AST, wohingegen ihm jegliche Bezugnahme auf die Bietergemeinschaft fehlt. Erstmals in der Stellungnahme vom 18. Dezember 2019 wird als AST die Bietergemeinschaft selbst genannt. Eine Umdeutung der verfahrenseinleitenden Anträge in solche der Bietergemeinschaft scheidet daher notwendig aus, zumal davon ausgegangen werden muss, dass insbesondere den rechtsfreundlichen Vertretern der AST die Verschiedenheit der Bietergemeinschaft auf der einen und der AST auf der anderen Seite bekannt gewesen ist.

Mit Blick auf die obzitierte Rechtsprechung, wonach bloß durch einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft gestellte Nachprüfungsanträge unzulässig sind, lagen auch die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht vor.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil die durchgeführte rechtliche Beurteilung aufgrund der obzitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung erfolgte.

Schlagworte

Vergabe; Einstweilige Verfügung; Zuschlagserteilung; Untersagung; Bietergemeinschaft; Antragslegitimation;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2019:LVwg.VG.9.001.2019

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noe.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at