

TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/12 2007/04/0012

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.05.2011

Index

E6j;

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

40/01 Verwaltungsverfahren;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;

62008CJ0406 Uniplex VORAB;

AVG §37;

AVG §45 Abs3;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7;

BVergG 2006 §129;

BVergG 2006 §320;

BVergG 2006 §321;

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2;

BVergG 2006 §325 Abs1;

VwGG §42 Abs2 Z1;

1. AVG § 37 heute

2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 45 heute

2. AVG § 45 gültig ab 01.02.1991

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X GmbH & Co KG in Y, vertreten durch Mag. Gunter Estermann und Dr. Ralf D. Pock, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Heinrichsgasse 4/1, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 6. Dezember 2006, Zl. N/0089-BVA/08/2006-88, betreffend Abweisung von Nachprüfungsanträgen nach dem BVergG 2006 (mitbeteiligte Parteien: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der römisch zehn GmbH & Co KG in Y, vertreten durch Mag. Gunter Estermann und Dr. Ralf D. Pock, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Heinrichsgasse 4/1, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 6. Dezember 2006, Zl. N/0089-BVA/08/2006-88, betreffend Abweisung von Nachprüfungsanträgen nach dem BVergG 2006 (mitbeteiligte Parteien:

1. B-gesellschaft mbH in Z, 2. T GmbH in Q; weitere Partei:

Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) hat im Jahr 2006 im Zuge der Neuerrichtung des Zentrums für molekulare Biowissenschaften in A die Beschaffung eines so genannten "IVC-Tierhaltesystems und Zubehör" im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Im Vollbetrieb des genannten Zentrums sei das Halten von ca. 8.000 Mäusen und 400 Ratten geplant, die ausgeschrieben IVC-Tierhaltesysteme dienten der Unterbringung der Tiere in einzeln belüfteten Käfigen (IVC = individually ventilated cabinets), wobei die Belüftung jeweils mehrerer Käfige mittels einer der insgesamt 19 Gebläseeinheiten erfolgen solle.

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 hat die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei und die Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin bekannt gegeben. Die Ausscheidung wurde mit nachfolgendem Schreiben einerseits damit begründet, dass das Angebot der Beschwerdeführerin grundlegende technische Anforderungen nicht erfülle (statt des geforderten volumengeregelten Systems sei ein druckgeregeltes System angeboten worden, beim vorgeführten Gerät habe nicht zwischen

Überdruck- und Unterdruckbetrieb umgeschaltet werden können, Messkäfige seien nicht angeboten worden) und andererseits fehlerhaft sei, weil in näher genannten Punkten des Leistungsverzeichnisses falsche Angaben gemacht worden seien.

Mit Nachprüfungsantrag vom 25. Oktober 2006 bekämpfte die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde die Zuschlagsentscheidung und die genannte Ausscheidung wegen Rechtswidrigkeit und begehrte die Nichtigerklärung der genannten Entscheidungen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung gemäß § 325 Abs. 1 und § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 (sowie den weiteren Antrag der Beschwerdeführerin auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006) ab. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung gemäß Paragraph 325, Absatz eins und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 (sowie den weiteren Antrag der Beschwerdeführerin auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006) ab.

Diese Entscheidung begründete die belangte Behörde - hier auf das Wesentliche zusammengefasst - damit, es sei nicht entscheidungsrelevant, ob die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe rechtswidrig seien, weil im Vergabekontrollverfahren (konkret: in der mündlichen Verhandlung) zwei andere Ausschreibungswidrigkeiten des Angebotes der Beschwerdeführerin hervorgekommen seien, die nach Ansicht der belangten Behörde die Ausscheidung gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 rechtfertigten. Diese Entscheidung begründete die belangte Behörde - hier auf das Wesentliche zusammengefasst - damit, es sei nicht entscheidungsrelevant, ob die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe rechtswidrig seien, weil im Vergabekontrollverfahren (konkret: in der mündlichen Verhandlung) zwei andere Ausschreibungswidrigkeiten des Angebotes der Beschwerdeführerin hervorgekommen seien, die nach Ansicht der belangten Behörde die Ausscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 rechtfertigten.

Dazu verwies die belangte Behörde auf folgende Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen (Leistungsverzeichnis Seite 34), in der die Vorlage von Mustern ("Bemusterung") verlangt worden sei:

"Zur Unterstützung der Bewertung von Kriterien sind binnen von 2 Wochen nach Aufforderung folgende Komponenten des Tierhaltungssystem für die Dauer von 6 Werktagen vorzulegen:

1 Stk. Käfig-Rack für Typ II L - Käfige (siehe Pos: 1.1) 1 Stk. Käfig-Rack für Typ römisch zwei L - Käfige (siehe Pos: 1.1)

...

1 Stk. Gebläseeinheit inkl. lufttechnische Anschlusskomponenten

...

Der genaue Ort der Bemusterung in Graz wird ebenfalls zeitgerecht bekannt gegeben."

Diese Ausschreibungsbestimmung sei, so die belangte Behörde, nach dem "Interpretationsansatz des durchschnittlich fachkundigen Bieters" dahin zu verstehen, dass die Auftraggeberin "genau jene Systembestandteile und damit auch jene IVC-Gebläseeinheit vorgestellt haben wollte, die nachmalig im Falle der Auftragserteilung einmal geliefert werden sollte". Im gegenständlichen Fall sei entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb anzubieten und daher zur Bemusterung vorzuführen oder ein Gerät mit "menügesteuerter Umschaltmöglichkeit". Die Beschwerdeführerin habe im Rahmen der Bemusterung am 16. August 2006 kein Gerät mit menügesteuertem Umschalten vorgeführt, jedoch selbst behauptet, im Falle der Zuschlagserteilung ein derartiges menügesteuertes Gerät zu liefern. Damit sei erwiesen, dass die Beschwerdeführerin bei der Bemusterung nicht jenes Gerät zur Verfügung gestellt habe, welches sie "im Auftragsfall zu liefern gedachte". Der Umstand, dass somit "die bemusterte und die zu liefern beabsichtigte IVC-Gebläseeinheit" voneinander abwichen, führe zur Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes.

Zur weiteren Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der Beschwerdeführerin verwies die belangte Behörde auf Pkt. 1.4 der Ausschreibung bzw. des zugehörigen Leistungsverzeichnisses, das folgende "Technische Vorbemerkungen" enthält (Hervorhebung nicht im Original):

"1.4) Betriebssicherheit/Referenzen:

Bei allen Funktionen, bei denen die Gesundheit, das Leben oder die Sicherheit von Menschen und/oder Tieren

betroffen sind, sind betriebssichere, erprobte Lösungen einzusetzen. Eine Liste von Referenzen mit gleichen Anwendungen ist beizulegen, wobei - soweit zulässig - zu den genannten Referenzen ein Ansprechpartner (mit Telefonnummer) für eventuelle Rückfragen anzugeben ist."

Das Angebot der Beschwerdeführerin weiche von diesen Anforderungen ab, weil der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde angegeben habe, dass die zu liefern geplante Gebläseeinheit ein Prototyp sei. Ein Prototyp sei aber definitionsgemäß eine vor der Serienproduktion zur Erprobung und Weiterentwicklung bestimmte erste Ausführung einer Maschine und könne daher nicht dem in der Ausschreibung verlangten Kriterium "erprobt" entsprechen. Zwar habe die Beschwerdeführerin in der Verhandlung betont, dass das am 16. August 2006 bemusterte Gerät aus erprobten Komponenten zusammengesetzt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe aber auch angegeben, dass die "Steuerungseinheit dieser Gebläseeinheit" noch nicht in der im Leistungsverzeichnis geforderten Form der Gebläseeinheit eingesetzt gewesen sei. Auch diese der belangten Behörde "amtswegig gelegentlich des durchgeführten Ermittlungsverfahrens aufgefallene" Ausschreibungswidrigkeit bestätige die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin. Schon die Bezeichnung als Prototyp führe zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Gebläseeinheit der Beschwerdeführerin nicht um eine erprobte Lösung handle, sodass es nach Ansicht der belangten Behörde nicht notwendig sei, diese Frage durch einen Sachverständigen der Regel- oder Steuerungstechnik klären zu lassen.

Nach dem Gesagten sei daher jedenfalls im Ergebnis von der Rechtmäßigkeit der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin auszugehen, auf die Tragfähigkeit der Begründung, auf die die Auftraggeberin die Ausscheidung gestützt hat, komme es daher nicht an. Bei diesem Ergebnis müsse auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung erfolglos bleiben, weil ein zu Recht ausgeschiedener Bieter durch die Zuschlagsentscheidung nicht mehr in Rechten verletzt sein könne. Da die Beschwerdeführerin daher mit ihren Anträgen auf Nichtigerklärung nicht obsiegt habe, müsse auch ihr Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren ohne Erfolg bleiben.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet hat. Auch die beiden mitbeteiligten Parteien haben eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die gegenständlich relevanten Bestimmungen des BVergG 2006 in der hier noch maßgebenden Stammfassung lauten auszugsweise:

"Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden

gemachten Recht verletzt, und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

..."

Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin ihre Entscheidung, das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden, einerseits mit der Ausschreibungswidrigkeit dieses Angebotes in konkret bezeichneten Punkten und andererseits mit der Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit dieses Angebotes begründet.

Demgegenüber hat die belangte Behörde die Ausscheidung deshalb als rechtmäßig angesehen, weil das Angebot der Beschwerdeführerin aus anderen als von der Auftraggeberin genannten Gründen ausschreibungswidrig sei.

Das Vorliegen von Ausscheidungsgründen, konkret jener des § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006, war daher im Vergabekontrollverfahren betreffend die Rechtmäßigkeit der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung als Hauptfrage und im Vergabekontrollverfahren betreffend die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung als Vorfrage zu behandeln (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, ZI. 2009/04/0302, mwN). Das Vorliegen von Ausscheidungsgründen, konkret jener des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006, war daher im Vergabekontrollverfahren betreffend die Rechtmäßigkeit der gegenständlichen Ausscheidensentscheidung als Hauptfrage und im Vergabekontrollverfahren betreffend die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung als Vorfrage zu behandeln vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, ZI. 2009/04/0302, mwN).

Was die Beurteilung der genannten Vorfrage betrifft, so ist es ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass die Vergabekontrollbehörde auch befugt ist, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Mai 2009, ZI. 2008/04/0041, mit Hinweisen auf die Vorjudikatur und auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller). Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollbehörde sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss (vgl. das Erkenntnis vom 18. März 2009, ZI. 2007/04/0095, sowie darauf Bezug nehmend das Erkenntnis vom 21. März 2011, ZI. 2007/04/0007). Was die Beurteilung der genannten Vorfrage betrifft, so ist es ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass die Vergabekontrollbehörde auch befugt ist, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 27. Mai 2009, ZI. 2008/04/0041, mit Hinweisen auf die Vorjudikatur und auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller). Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollbehörde sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss vergleiche , das Erkenntnis vom 18. März 2009, ZI. 2007/04/0095, sowie darauf Bezug nehmend das Erkenntnis vom 21. März 2011, ZI. 2007/04/0007).

Bei der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag darf die Vergabekontrollbehörde aber Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers waren, nur dann berücksichtigen, wenn dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dazu hat die Behörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtige (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, ZI. 2005/04/0200, mit Hinweis auf das bereits zitierte Urteil des EuGH "Hackermüller", sowie die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2008, ZI. 2005/04/0025, und vom 1. Oktober 2008, ZI. 2005/04/0233). Bei der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag darf die Vergabekontrollbehörde aber Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers waren, nur dann berücksichtigen, wenn dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dazu hat die Behörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie als Ausscheidensgrund heranzuziehen

beabsichtige vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Hinweis auf das bereits zitierte Urteil des EuGH "Hackermüller", sowie die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2008, Zl. 2005/04/0025, und vom 1. Oktober 2008, Zl. 2005/04/0233).

Auch bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer vom Auftraggeber bekannt gegebenen Ausscheidung kann die Vergabekontrollbehörde - unter den genannten Voraussetzungen - Ausscheidensgründe, die der Auftraggeber der Ausscheidung nicht zu Grunde gelegt hat, berücksichtigen. Dies ergibt sich schon aus § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, wonach eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers (nur dann) für nichtig zu erklären ist, wenn (u.a.) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Letzteres wäre nicht der Fall, wenn die Ausscheidung zumindest im Ergebnis (also aus anderen als vom Auftraggeber herangezogenen Gründen) rechtmäßig ist. Auch in einem solchen Fall hat die belangte Behörde aber die oben genannten Grundsätze, nicht zuletzt die Wahrung des Parteiengehörs, zu beachten. Auch bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer vom Auftraggeber bekannt gegebenen Ausscheidung kann die Vergabekontrollbehörde - unter den genannten Voraussetzungen - Ausscheidensgründe, die der Auftraggeber der Ausscheidung nicht zu Grunde gelegt hat, berücksichtigen. Dies ergibt sich schon aus Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, wonach eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers (nur dann) für nichtig zu erklären ist, wenn (u.a.) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Letzteres wäre nicht der Fall, wenn die Ausscheidung zumindest im Ergebnis (also aus anderen als vom Auftraggeber herangezogenen Gründen) rechtmäßig ist. Auch in einem solchen Fall hat die belangte Behörde aber die oben genannten Grundsätze, nicht zuletzt die Wahrung des Parteiengehörs, zu beachten.

Vor diesem Hintergrund erweist sich im vorliegenden Fall das amtswegige Aufgreifen von Ausscheidensgründen durch die belangte Behörde als rechtswidrig:

Was zunächst die gebotene Wahrung des Parteiengehörs betrifft, so zeigt die Aktenlage, dass zwar u.a. im Rahmen der Verhandlung vom 30. November 2006 neben zahlreichen anderen Themen auch die "menügesteuerte Umschaltmöglichkeit" und die "erprobte Lösung" der angebotenen Gebläseeinheit Gegenstand der Befragung von Zeugen waren. Ein konkreter Vorhalt der belangten Behörde gegenüber der Beschwerdeführerin, dass ihr Angebot unter den beiden genannten Gesichtspunkten ausschreibungswidrig sei und dass die belangte Behörde beabsichtige, dies als Ausscheidensgrund heranzuziehen, erfolgte jedoch nicht. Damit wurde der Beschwerdeführerin im Sinne der zitierten Judikatur keine ausreichende Gelegenheit gegeben, die Stichhaltigkeit der von der belangten Behörde aufgegriffenen Ausschreibungswidrigkeiten anzuzweifeln. Im Übrigen wird einem Bieter nur dann ausreichende Gelegenheit zukommen, die Stichhaltigkeit eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften anzuzweifeln, wenn ihm dafür ab dem Vorhalt dieses Verstoßes eine ausreichende Frist (für die als Maßstab die Antragsfrist des § 321 BVergG 2006 heranzuziehen ist) zur Verfügung steht (vgl. zum Fristenlauf ab Kenntnis vom Verstoß über die Vergabevorschriften das Urteil des EuGH vom 28. Jänner 2010, Rs C 406/08, Uniplex, Rn 32 ff). Was zunächst die gebotene Wahrung des Parteiengehörs betrifft, so zeigt die Aktenlage, dass zwar u.a. im Rahmen der Verhandlung vom 30. November 2006 neben zahlreichen anderen Themen auch die "menügesteuerte Umschaltmöglichkeit" und die "erprobte Lösung" der angebotenen Gebläseeinheit Gegenstand der Befragung von Zeugen waren. Ein konkreter Vorhalt der belangten Behörde gegenüber der Beschwerdeführerin, dass ihr Angebot unter den beiden genannten Gesichtspunkten ausschreibungswidrig sei und dass die belangte Behörde beabsichtige, dies als Ausscheidensgrund heranzuziehen, erfolgte jedoch nicht. Damit wurde der Beschwerdeführerin im Sinne der zitierten Judikatur keine ausreichende Gelegenheit gegeben, die Stichhaltigkeit der von der belangten Behörde aufgegriffenen Ausschreibungswidrigkeiten anzuzweifeln. Im Übrigen wird einem Bieter nur dann ausreichende Gelegenheit zukommen, die Stichhaltigkeit eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften anzuzweifeln, wenn ihm dafür ab dem Vorhalt dieses Verstoßes eine ausreichende Frist (für die als Maßstab die Antragsfrist des Paragraph 321, BVergG 2006 heranzuziehen ist) zur Verfügung steht vergleiche , zum Fristenlauf ab Kenntnis vom Verstoß über die Vergabevorschriften das Urteil des EuGH vom 28. Jänner 2010, Rs C 406/08, Uniplex, Rn 32 ff).

Abgesehen davon durfte die belangte Behörde auch aus folgenden Gründen nicht vom Vorliegen der beiden Ausschreibungswidrigkeiten ausgehen:

Was zunächst das von der belangten Behörde angesprochene Fehlen einer "menügesteuerten Umschaltmöglichkeit" bei den Geräten, die der Auftraggeberin im Rahmen der Bemusterung am 16. August 2006 vorgestellt wurden, betrifft, so wendet die Beschwerde ein, in der Ausschreibung sei eine "menügesteuerte" Umschaltmöglichkeit gar nicht

verlangt, die belangte Behörde habe in diesem Punkt einen Ausscheidungsgrund konstruiert.

Auch der Verwaltungsgerichtshof vermag (mangels diesbezüglich näherer Ausführungen im angefochtenen Bescheid) nicht zu erkennen, woraus die belangte Behörde das Erfordernis einer "menügesteuerten" Umschaltmöglichkeit ableitet. Ob ein Angebot im Sinne des § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 ausschreibungswidrig ist, bestimmt sich nämlich aus einem Vergleich des Angebotes mit der Ausschreibung und nicht, wie die belangte Behörde offenbar meint, aus dem Vergleich eines vom Bieter vorgelegten Warenmusters mit jener Ware, die er "zu liefern gedachte". Entscheidend ist daher, ob die "menügesteuerte" Umschaltmöglichkeit bereits in der Ausschreibung verlangt war. Dieses Erfordernis ist aber weder aus den (auf Seite 7 des angefochtenen Bescheides zitierten) Mindestanforderungen der Ausschreibung ersichtlich, noch aus dem (die Mindestanforderungen der IVC-Gebläseeinheit betreffenden) Leistungsverzeichnis (siehe dort Pos. 3 auf Seite 57). Vielmehr hat auch die belangte Behörde, wie erwähnt, auf Seite 24 des angefochtenen Bescheides scheinbar gegenteilig ausgeführt, dass entweder ein Gerät mit "manueller" Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb oder ein Gerät mit "menügesteuerter Umschaltmöglichkeit" anzubieten sei. Auch der Verwaltungsgerichtshof vermag (mangels diesbezüglich näherer Ausführungen im angefochtenen Bescheid) nicht zu erkennen, woraus die belangte Behörde das Erfordernis einer "menügesteuerten" Umschaltmöglichkeit ableitet. Ob ein Angebot im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausschreibungswidrig ist, bestimmt sich nämlich aus einem Vergleich des Angebotes mit der Ausschreibung und nicht, wie die belangte Behörde offenbar meint, aus dem Vergleich eines vom Bieter vorgelegten Warenmusters mit jener Ware, die er "zu liefern gedachte". Entscheidend ist daher, ob die "menügesteuerte" Umschaltmöglichkeit bereits in der Ausschreibung verlangt war. Dieses Erfordernis ist aber weder aus den (auf Seite 7 des angefochtenen Bescheides zitierten) Mindestanforderungen der Ausschreibung ersichtlich, noch aus dem (die Mindestanforderungen der IVC-Gebläseeinheit betreffenden) Leistungsverzeichnis (siehe dort Pos. 3 auf Seite 57). Vielmehr hat auch die belangte Behörde, wie erwähnt, auf Seite 24 des angefochtenen Bescheides scheinbar gegenteilig ausgeführt, dass entweder ein Gerät mit "manueller" Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb oder ein Gerät mit "menügesteuerter Umschaltmöglichkeit" anzubieten sei.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, die Frage zu behandeln, ob im Zeitpunkt der Bemusterung überhaupt schon alle Produkteigenschaften erfüllt sein mussten, wovon die belangte Behörde - auf Grund einer Interpretation der eingangs zitierten Ausschreibungsbestimmung (Leistungsverzeichnis Seite 34) - zwar ausgeht. Die genannte Ausschreibungsbestimmung enthält diesbezüglich aber keine ausdrückliche Vorgabe.

Was die zweite von der belangten Behörde vermeintlich erkannte Ausschreibungswidrigkeit betrifft, so ist ihr zwar zuzugestehen, dass die Beschwerdeführerin laut Protokoll (Seite 11) der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, die bei der Bemusterung der Auftraggeberin vorgestellte Gebläseeinheit sei "für diese Ausschreibung adaptiert worden. Es ist ein Prototyp."

Aus dieser Aussage in der Verhandlung leitete die belangte Behörde ab, das Gerät entspreche nicht der (eingangs zitierten) Ausschreibungsbestimmung, wonach "erprobte Lösungen" einzusetzen seien (insoweit unzutreffend daher die Ausführungen in der vorliegenden Beschwerde, die davon ausgehen, die belangte Behörde habe im gegebenen Zusammenhang die in der Ausschreibung verlangte Eigenschaft der Betriebssicherheit verneint).

Wie aber das zitierte Verhandlungsprotokoll zeigt, hat die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Ausdruck Prototyp auch erläutert, dass die Steuerungseinheit der Gebläseeinheit "zuvor bei verschiedenen Anlagen eingesetzt war", und zwar auch bei IVC-Tierhaltesystemen. Diese Steuerungseinheit sei weiterentwickelt und an die Forderungen des Leistungsverzeichnisses angepasst worden. Vor diesem Hintergrund konnte die Frage, ob es sich beim Gerät der Beschwerdeführerin um eine "erprobte Lösung" handelt, nur nach Beurteilung durch einen Sachverständigen beantwortet werden.

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass die von der belangten Behörde behaupteten Ausschreibungswidrigkeiten des Angebotes der Beschwerdeführerin einerseits nicht von der Auftraggeberin zur Begründung ihrer Ausscheidensentscheidung herangezogen wurden und andererseits auch nicht bereits aus der Aktenlage ersichtlich sind, sodass diese vermeintlichen Ausschreibungswidrigkeiten gegenständlich bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung außer Betracht zu bleiben hatten.

Dies hat die belangte Behörde verkannt und sich folgedessen in rechtswidriger Weise nicht mit jenen Ausscheidungsgründen auseinander gesetzt, die die Auftraggeberin zur Begründung der Ausscheidensentscheidung

herangezogen hat. Der angefochtene Bescheid ist daher nicht nur hinsichtlich der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung, sondern auch hinsichtlich der darauf aufbauenden Entscheidungen betreffend die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühren mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 12. Mai 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

EuGH EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

Schlagworte

Parteiengehör Erhebungen Ermittlungsverfahren Besondere Rechtsgebiete Parteiengehör Parteiengehör Verletzung des Parteiengehörs Verfahrensmangel

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2007040012.X00

Im RIS seit

19.06.2011

Zuletzt aktualisiert am

06.06.2016

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at