

TE Vwgh Erkenntnis 2010/7/1 2009/04/0129

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.07.2010

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

AVG §38;

AVG §56;

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitee;

BVergG 2006 §25 Abs6;

BVergG 2006 §29 Abs2 Z2;

BVergG 2006 §320 Abs1;

VwGG §42 Abs2 Z1;

1. AVG § 38 heute

2. AVG § 38 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. AVG § 38 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. AVG § 56 heute

2. AVG § 56 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 56 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

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

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 29 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. 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 Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der B GmbH in WX, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstraße 17-19, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 17. März 2009, Zl. N/0078-BVA/08/2008-347, betreffend Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: M GmbH in WX, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Schuberting 6), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuerkennung von Kostenersatz wird abgewiesen.

Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 17. März 2009 hat die belangte Behörde im Nachprüfungsverfahren betreffend den von der Beschwerdeführerin als öffentliche Auftraggeberin geführten Beschaffungsvorgang "Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Stents und Zubehör" dem Antrag der Mitbeteiligten stattgegeben und "die Aufforderung zur Angebotsabgabe, wie sie seitens der B GmbH am 25. 6. 2008 an mindestens 13 Unternehmerinnen und Unternehmer versandt wurde und mit welchem ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Stents und Zubehör eingeleitet wurde," für nichtig erklärt.

In ihrer Begründung ging die belangte Behörde (zusammengefasst) von folgendem Sachverhalt aus:

Die Beschwerdeführerin habe am 25. Juni 2008 an 13 Unternehmerinnen und Unternehmer (darunter die Mitbeteiligte) Aufforderungen zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung verschickt. Die versandten Dokumente hätten auf den "kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung über Stents" das gleiche interne Geschäftszeichen der Beschwerdeführerin getragen. In Punkt 2 dieser kommerziellen Ausschreibungsbedingungen werde vom Vergabeverfahren unter diesem Geschäftszeichen gesprochen und weiters davon, dass der ermittelte Auftragnehmer Vertragspartner werde. In Punkt 14.1. dieser Bedingungen sei von der Entscheidung die Rede, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werde. Der Leitfaden zum Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses enthalte den Hinweis, dass alle lieferbaren Stents und Zubehör anzubieten seien. Obwohl nach dem Akteninhalt sowohl Stents für den Bereich der Kardiologie als auch für andere Körpereinsatzgebiete und sonstige Gefäße vergabeverfahrensgegenständlich gewesen seien, habe die Beschwerdeführerin in den 13 unternehmensspezifischen Vergabeordnern jeweils nur die Expertisen dreier namentlich genannter Kardiologen der jeweiligen Aktennotiz zur Begründung der Verfahrenswahl beigelegt. Die Expertise des Univ. Prof. Dr. Z. lasse denkmöglich bei rascher Lektüre die Begründung der Verfahrenswahl im Punkte der steten Erforderlichkeit aller Stents aller Hersteller zumindest noch als näher hinterfragungsbedürftig erscheinen. Die Expertisen der Univ. Prof. Dres. G. und W. hätten dem gegenüber bereits vor dem 25. Juni 2008 einschränkend entweder prinzipiell sämtliche etablierten Produkte aller Hersteller oder aber die vom jeweiligen Arzt als wesentlich betrachteten Hersteller verlangt. Aus dem Vergabeakt sei nicht ersichtlich, welche Hersteller jeweils als wesentlich betrachtet werde bzw. was unter dem Sammelbegriff der etablierten Produkte falle. Die Beschwerdeführerin habe keine Sachverständigenunterlagen iSd § 79 Abs. 9 BVergG 2006 vorgelegt, aus denen ihr Verfahrensstandpunkt und der der Mitbeteiligten auch nur annähernd schlüssig nachvollzogen hätten werden können. Sie strebe mit ihrem im Nachprüfungsverfahren gestellten Beweisantrag und ihrem Vorbringen, wonach sie primär drei Kardiologen zur Unterfertigung einer Kurzstellungnahme ohne wissenschaftlich fundierte Aufbereitung beigezogen habe, um damit die

Beschaffung von Stents für kardiologische und andere medizinische Zwecke formell zu unterlegen, an, dass die belangte Behörde an ihrer Stelle im Nachprüfungsverfahren nachträglich die Vorgangsweise gemäß § 29 Abs. 2 Z. 2 BVerG 2006 (Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aus technischen Gründen) rechtfertige. Die Beschwerdeführerin habe diesbezüglich auch die Frage der Parallelimportmöglichkeit nicht geprüft. Unstrittig sei durch Erhebungen der belangten Behörde, dass zwei der 13 Unternehmerinnen und Unternehmer, an die die Aufforderung zur Angebotsabgabe am 25. Juni 2008 ergangen sei, unter verschiedenen Handelsbezeichnungen aktuell die identen Stentprodukte vertrieben, und dass dies bereits 2008 so gewesen sei. Überdies sei unstrittig, dass in etlichen europäischen Staaten, wie z.B. der Schweiz, Deutschland und Frankreich, vergaberechtliche Parallelwettbewerbe nach vorangehender Vergabekanntmachung zur Beschaffung von Stents durchgeführt werden. Die Beschwerdeführerin habe am 25. Juni 2008 an 13 Unternehmerinnen und Unternehmer (darunter die Mitbeteiligte) Aufforderungen zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung verschickt. Die versandten Dokumente hätten auf den "kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung über Stents" das gleiche interne Geschäftszeichen der Beschwerdeführerin getragen. In Punkt 2 dieser kommerziellen Ausschreibungsbedingungen werde vom Vergabeverfahren unter diesem Geschäftszeichen gesprochen und weiters davon, dass der ermittelte Auftragnehmer Vertragspartner werde. In Punkt 14.1. dieser Bedingungen sei von der Entscheidung die Rede, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werde. Der Leitfaden zum Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses enthalte den Hinweis, dass alle lieferbaren Stents und Zubehör anzubieten seien. Obwohl nach dem Akteninhalt sowohl Stents für den Bereich der Kardiologie als auch für andere Körpereinsatzgebiete und sonstige Gefäße vergabeverfahrensgegenständlich gewesen seien, habe die Beschwerdeführerin in den 13 unternehmensspezifischen Vergabeordnern jeweils nur die Expertisen dreier namentlich genannter Kardiologen der jeweiligen Aktennotiz zur Begründung der Verfahrenswahl beigelegt. Die Expertise des Univ. Prof. Dr. Z. lasse denkmöglich bei rascher Lektüre die Begründung der Verfahrenswahl im Punkte der steten Erforderlichkeit aller Stents aller Hersteller zumindest noch als näher hinterfragungsbedürftig erscheinen. Die Expertisen der Univ. Prof. Dres. G. und W. hätten dem gegenüber bereits vor dem 25. Juni 2008 einschränkend entweder prinzipiell sämtliche etablierten Produkte aller Hersteller oder aber die vom jeweiligen Arzt als wesentlich betrachteten Hersteller verlangt. Aus dem Vergabeakt sei nicht ersichtlich, welche Hersteller jeweils als wesentlich betrachtet werde bzw. was unter dem Sammelbegriff der etablierten Produkte falle. Die Beschwerdeführerin habe keine Sachverständigenunterlagen iSd Paragraph 79, Absatz 9, BVerG 2006 vorgelegt, aus denen ihr Verfahrensstandpunkt und der der Mitbeteiligten auch nur annähernd schlüssig nachvollzogen hätten werden können. Sie strebe mit ihrem im Nachprüfungsverfahren gestellten Beweisantrag und ihrem Vorbringen, wonach sie primär drei Kardiologen zur Unterfertigung einer Kurzstellungnahme ohne wissenschaftlich fundierte Aufbereitung beigezogen habe, um damit die Beschaffung von Stents für kardiologische und andere medizinische Zwecke formell zu unterlegen, an, dass die belangte Behörde an ihrer Stelle im Nachprüfungsverfahren nachträglich die Vorgangsweise gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG 2006 (Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aus technischen Gründen) rechtfertige. Die Beschwerdeführerin habe diesbezüglich auch die Frage der Parallelimportmöglichkeit nicht geprüft. Unstrittig sei durch Erhebungen der belangten Behörde, dass zwei der 13 Unternehmerinnen und Unternehmer, an die die Aufforderung zur Angebotsabgabe am 25. Juni 2008 ergangen sei, unter verschiedenen Handelsbezeichnungen aktuell die identen Stentprodukte vertrieben, und dass dies bereits 2008 so gewesen sei. Überdies sei unstrittig, dass in etlichen europäischen Staaten, wie z.B. der Schweiz, Deutschland und Frankreich, vergaberechtliche Parallelwettbewerbe nach vorangehender Vergabekanntmachung zur Beschaffung von Stents durchgeführt werden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, die an die Mitbeteiligte am 25. Juni 2008 zugegangene Aufforderung zur Angebotsabgabe sei einem Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich ohne vorherige Bekanntmachung zurechenbar, wobei sich die Auftraggeberin insoweit unstrittig auf § 29 Abs. 2 Z. 2 BVerG 2006 stütze. Strittig sei jedoch, ob die Auftraggeberin 13 verschiedene Aufforderungen zur Angebotsabgabe an 13 potentielle Lieferanten von Stents und allenfalls Zubehör versendet habe oder ob die der Mitbeteiligten zugegangene Aufforderung zur Angebotsabgabe eine (einzige) Auftraggeberentscheidung im Sinne des § 2 Z. 16 BVerG 2006 bzw. des Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 89/665/EWG sei, die als identer Anfechtungsgegenstand seitens der Auftraggeberin an verschiedene Adressaten übermittelt worden sei. Die belangte Behörde habe im Aussetzungsbescheid vom 2. Februar 2009 rechtskräftig ausgesprochen, dass näher bezeichnete Verfahren zum gleichen Anfechtungsgegenstand, also zur gleichen Aufforderung zur Angebotsabgabe geführt würden. Damit stehe

auch inter partes dieses Verfahrens rechtskräftig fest, dass die vorliegend angefochtene Aufforderung zur Angebotsabgabe ident mit jenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe sei, die in den rechtskräftig ausgesetzten Verfahren angefochten seien. Damit stehe rechtskräftig fest, dass eben eine einzige Aufforderung zur Angebotsabgabe am 25. Juni 2008 versandt worden sei und keine jeweils gesondert zu beurteilenden Aufforderungen zur Angebotsabgabe. Davon abgesehen, ergebe sich ein identes Ergebnis zu dieser Frage auch aus der entsprechenden Bewertung der im Vergabeakt erliegenden bzw. sonst erhobenen Tatsachen (wird näher ausgeführt). In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, die an die Mitbeteiligten am 25. Juni 2008 zugewandene Aufforderung zur Angebotsabgabe sei einem Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich ohne vorherige Bekanntmachung zurechenbar, wobei sich die Auftraggeberin insoweit unstrittig auf Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 stütze. Strittig sei jedoch, ob die Auftraggeberin 13 verschiedene Aufforderungen zur Angebotsabgabe an 13 potentielle Lieferanten von Stents und allenfalls Zubehör versendet habe oder ob die der Mitbeteiligten zugewandene Aufforderung zur Angebotsabgabe eine (einzige) Auftraggeberentscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 bzw. des Artikel 2, Absatz eins, Litera b, RL 89/665/EWG sei, die als identer Anfechtungsgegenstand seitens der Auftraggeberin an verschiedene Adressaten übermittelt worden sei. Die belangte Behörde habe im Aussetzungsbescheid vom 2. Februar 2009 rechtskräftig ausgesprochen, dass näher bezeichnete Verfahren zum gleichen Anfechtungsgegenstand, also zur gleichen Aufforderung zur Angebotsabgabe geführt würden. Damit stehe auch inter partes dieses Verfahrens rechtskräftig fest, dass die vorliegend angefochtene Aufforderung zur Angebotsabgabe ident mit jenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe sei, die in den rechtskräftig ausgesetzten Verfahren angefochten seien. Damit stehe rechtskräftig fest, dass eben eine einzige Aufforderung zur Angebotsabgabe am 25. Juni 2008 versandt worden sei und keine jeweils gesondert zu beurteilenden Aufforderungen zur Angebotsabgabe. Davon abgesehen, ergebe sich ein identes Ergebnis zu dieser Frage auch aus der entsprechenden Bewertung der im Vergabeakt erliegenden bzw. sonst erhobenen Tatsachen (wird näher ausgeführt).

In weiterer Folge setzte sich die belangte Behörde mit dem Antragserfordernis des Interesses am Vertragsabschluss und dem potentiellen Schaden für den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auseinander: § 320 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 sei insgesamt dahin auszulegen, dass ein Unternehmer plausibel dartun müsse, er habe bei Einhaltung des BVergG 2006 eine Vertragsabschlusschance in entsprechendem Umfang. Der Mitbeteiligten könne dieses Antragserfordernis mangels bisherigen Nachweises der fehlenden Substituierbarkeit der einzelnen Stent-Produkte der verschiedenen Anbieter und insbesondere mangels Nachweises der fehlenden Wettbewerbsmöglichkeit über Parallelimporte nicht abgesprochen werden. § 320 Abs. 1 Z. 2 leg. cit. sei dahin auszulegen, dass darin die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Teilnahmemöglichkeiten an einem rechtskonformen Vergabeverfahren bestehe. Infolge Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 (was im Folgenden noch dargestellt werde) werde die Mitbeteiligte in ihrem Recht geschädigt, bei einer Beteiligung an einem Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung in einem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 zu gewährleistenden Parallelwettbewerb ihre Absatzchancen zu vergrößern, zumal bei einem dann notwendigerweise stattfindenden Verdrängungswettbewerb der vom Vergaberecht vom Prinzip her geschützte Marktanteilsgewinn zu Lasten der Konkurrenz die eigene Marktposition gegenüber der Konkurrenz verbessern könne. Insoweit sei der Schaden der Mitbeteiligten als vorliegend zu bewerten. In weiterer Folge setzte sich die belangte Behörde mit dem Antragserfordernis des Interesses am Vertragsabschluss und dem potentiellen Schaden für den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auseinander: Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 sei insgesamt dahin auszulegen, dass ein Unternehmer plausibel dartun müsse, er habe bei Einhaltung des BVergG 2006 eine Vertragsabschlusschance in entsprechendem Umfang. Der Mitbeteiligten könne dieses Antragserfordernis mangels bisherigen Nachweises der fehlenden Substituierbarkeit der einzelnen Stent-Produkte der verschiedenen Anbieter und insbesondere mangels Nachweises der fehlenden Wettbewerbsmöglichkeit über Parallelimporte nicht abgesprochen werden. Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, leg. cit. sei dahin auszulegen, dass darin die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Teilnahmemöglichkeiten an einem rechtskonformen Vergabeverfahren bestehe. Infolge Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 (was im Folgenden noch dargestellt werde) werde die Mitbeteiligte in ihrem Recht geschädigt, bei einer Beteiligung an einem Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung in einem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 zu gewährleistenden Parallelwettbewerb ihre Absatzchancen zu vergrößern, zumal bei einem dann notwendigerweise stattfindenden Verdrängungswettbewerb der vom Vergaberecht vom Prinzip her geschützte Marktanteilsgewinn zu Lasten der Konkurrenz die eigene Marktposition gegenüber der Konkurrenz verbessern könne. Insoweit sei der Schaden der Mitbeteiligten als vorliegend zu bewerten.

Die vor der belangten Behörde angefochtene Entscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig: Die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 lägen nicht vor. Die Auftraggeberin dürfe erst dann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einleiten, wenn sie die Voraussetzungen dafür bereits "nachgewiesen" im Sinne von "bewiesen" habe. Der Gesetzgeber spreche in dieser Bestimmung davon, dass ein Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung wählen könne, wenn die in der Z. 2 dafür geforderten Umstände (objektiv) vorlägen. Seien derartige Umstände zum Zeitpunkt der Einleitung nicht nachgewiesen, sei ein Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung unzulässig. Aus dem Vergabeakt der Auftraggeberin sei kein derartiger Nachweis der Zulässigkeit ersichtlich. Die in § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 genannten Tatbestandsvarianten künstlerische Gründe und Ausschließlichkeitsrechte lägen im Beschwerdefall nicht vor (wird näher ausgeführt). Subsumiere man die im Verfahren relevierten stentspezifischen, patientenspezifischen und ärztespezifischen Determinanten zur Auswahl eines bestimmten Stents im Einzelfall unter die in § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 genannten technischen Gründe, habe die Auftraggeberin vor einer Einleitung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung diese fundiert gemäß § 79 Abs. 9 BVergG 2006 aufzubereiten, was gegenständlich nicht geschehen sei. Die Auftraggeberin habe daher die Bestimmungen des § 29 Abs. 2 Z. 2, § 79 Abs. 9 BVergG 2006 und das Gebot der Gewährleistung von Parallelwettbewerb gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt, wobei zusätzlich die Unterlassung der Formulierung von Zuschlagskriterien diese letztgenannte Rechtswidrigkeit im Punkte eines Verstoßes gegen § 80 Abs. 3 leg. cit. unterstreiche. Diese Rechtswidrigkeiten gemäß § 325 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 seien vom wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei gesetzmäßiger Durchführung eines Parallelwettbewerbs nach vorheriger Vergabebekanntmachung die künftige Vertragspartnersituation der Auftraggeberin bzw. die künftige Lieferantensituation der Kunden der Auftraggeberin für Stents und Zubehör evident anders strukturiert sein könnte.

Die vor der belangten Behörde angefochtene Entscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig: Die Voraussetzungen des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 lägen nicht vor. Die Auftraggeberin dürfe erst dann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einleiten, wenn sie die Voraussetzungen dafür bereits "nachgewiesen" im Sinne von "bewiesen" habe. Der Gesetzgeber spreche in dieser Bestimmung davon, dass ein Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung wählen könne, wenn die in der Ziffer 2, dafür geforderten Umstände (objektiv) vorlägen. Seien derartige Umstände zum Zeitpunkt der Einleitung nicht nachgewiesen, sei ein Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung unzulässig. Aus dem Vergabeakt der Auftraggeberin sei kein derartiger Nachweis der Zulässigkeit ersichtlich. Die in Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 genannten Tatbestandsvarianten künstlerische Gründe und Ausschließlichkeitsrechte lägen im Beschwerdefall nicht vor (wird näher ausgeführt). Subsumiere man die im Verfahren relevierten stentspezifischen, patientenspezifischen und ärztespezifischen Determinanten zur Auswahl eines bestimmten Stents im Einzelfall unter die in Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 genannten technischen Gründe, habe die Auftraggeberin vor einer Einleitung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung diese fundiert gemäß Paragraph 79, Absatz 9, BVergG 2006 aufzubereiten, was gegenständlich nicht geschehen sei. Die Auftraggeberin habe daher die Bestimmungen des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2,, Paragraph 79, Absatz 9, BVergG 2006 und das Gebot der Gewährleistung von Parallelwettbewerb gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt, wobei zusätzlich die Unterlassung der Formulierung von Zuschlagskriterien diese letztgenannte Rechtswidrigkeit im Punkte eines Verstoßes gegen Paragraph 80, Absatz 3, leg. cit. unterstreiche. Diese Rechtswidrigkeiten gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 seien vom wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei gesetzmäßiger Durchführung eines Parallelwettbewerbs nach vorheriger Vergabebekanntmachung die künftige Vertragspartnersituation der Auftraggeberin bzw. die künftige Lieferantensituation der Kunden der Auftraggeberin für Stents und Zubehör evident anders strukturiert sein könnte.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde, in eventu Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde legt die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte in ihrer Gegenschrift - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - die Abweisung der Beschwerde als unbegründet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Beschwerdefall ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 86/2007, anzuwenden. Im Beschwerdefall ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, anzuwenden.

Die maßgeblichen Bestimmungen lauten wie folgt (auszugsweise):

"Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend: Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

...

ee) Im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb: Die Aufforderung zur Angebotsabgabe; ...

2. Hauptstück

Arten und Wahl der Vergabeverfahren

1. Abschnitt

Arten der Vergabeverfahren

Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25. ... Paragraph 25, ...

1. (6) Absatz 6, Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

...

Wahl des Verhandlungsverfahrens bei Lieferaufträgen

§ 29. ... Paragraph 29, ...

1. (2) Absatz 2, Lieferaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

...

2. der Lieferauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, ...

..."

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zugrunde, die Beschwerdeführerin habe für den Beschaffungsvorgang "Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Stents und Zubehör" in rechtswidriger Weise das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt, und demnach sei die von der Mitbeteiligten in Nachprüfung gezogene Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25. Juni 2008 für nichtig zu erklären.

Dem hält die Beschwerdeführerin, wie bereits im Nachprüfungsverfahren, entgegen, an die Mitbeteiligte sei eine Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 29 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 in einem mit ihr aus technischen Gründen gesondert geführten "Einzelvergabeverfahren" ergangen. Dem hält die Beschwerdeführerin, wie bereits im Nachprüfungsverfahren, entgegen, an die Mitbeteiligte sei eine Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in einem mit ihr aus technischen Gründen gesondert geführten "Einzelvergabeverfahren" ergangen.

Festzuhalten ist zunächst, dass dem vorliegenden Verfahren der von der Mitbeteiligten gegen die an sie selbst

ergangene Aufforderung vom 25. Juni 2008 zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingebrachte Nachprüfungsantrag zugrunde liegt.

Wie die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausführt, haben fünf weitere Unternehmen die an sie ergangenen Aufforderungen jeweils vom 25. Juni 2008 gleichfalls in Nachprüfung gezogen. Diese Verfahren wurden von der belangten Behörde mit Bescheid vom 2. Februar 2009 bis zur Erledigung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

Die Mitbeteiligte und diese fünf Unternehmen haben aber auch jeweils die an die anderen Unternehmen ergangenen Aufforderungen in Nachprüfung gezogen. Diese Verfahren wurden von der belangten Behörde nicht formell ausgesetzt ("schlichtes Abwarten").

Da im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ausschließlich die eine an die Mitbeteiligte ergangene Aufforderung angefochten und nur deren Nichtigerklärung beantragt wurde, war die belangte Behörde nur berechtigt, über diesen Antrag zu entscheiden. Eine Nichtigerklärung an andere Unternehmen ergangener Entscheidungen kam daher in diesem Verfahren nicht in Betracht, weshalb die belangte Behörde in diesem Umfang den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastete. Sofern der angefochtene Bescheid in seinem Spruch und in der Begründung davon ausgeht, es liege Identität der Verfahren, also eine einzige Auftraggeberentscheidung, vor, ist dies unzutreffend, weil (zwar die kommerziellen Ausschreibungsbedingungen ident, jedoch) die Leistungsverzeichnisse in den einzelnen Aufforderungen zur Angebotsabgabe und somit die zu beschaffenden Leistungen unterschiedlich waren. Es wurden daher gesonderte Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit jeweils nur einem Bieter über jeweils unterschiedliche Leistungsgegenstände geführt. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde kommt dem angeführten Aussetzungsbescheid schon im Hinblick auf seinen Spruch auch nicht die Bindungswirkung zu, dass damit die Identität der Verfahren "rechtskräftig" feststehe. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 8. März 1954, VwSlg 3339 A, ausgesprochen hat, kann sich die "Rechtskraft" einer Aussetzung des Verfahrens nach § 38 AVG, welche von den Parteien "unangefochten" gelassen wurde, nur dahin auswirken, dass es "den Parteien unter Umständen verwehrt sein kann, von der Behörde vor

Da im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ausschließlich die eine an die Mitbeteiligte ergangene Aufforderung angefochten und nur deren Nichtigerklärung beantragt wurde, war die belangte Behörde nur berechtigt, über diesen Antrag zu entscheiden. Eine Nichtigerklärung an andere Unternehmen ergangener Entscheidungen kam daher in diesem Verfahren nicht in Betracht, weshalb die belangte Behörde in diesem Umfang den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastete. Sofern der angefochtene Bescheid in seinem Spruch und in der Begründung davon ausgeht, es liege Identität der Verfahren, also eine einzige Auftraggeberentscheidung, vor, ist dies unzutreffend, weil (zwar die kommerziellen Ausschreibungsbedingungen ident, jedoch) die Leistungsverzeichnisse in den einzelnen Aufforderungen zur Angebotsabgabe und somit die zu beschaffenden Leistungen unterschiedlich waren. Es wurden daher gesonderte Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit jeweils nur einem Bieter über jeweils unterschiedliche Leistungsgegenstände geführt. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde kommt dem angeführten Aussetzungsbescheid schon im Hinblick auf seinen Spruch auch nicht die Bindungswirkung zu, dass damit die Identität der Verfahren "rechtskräftig" feststehe. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 8. März 1954, VwSlg 3339 A, ausgesprochen hat, kann sich die "Rechtskraft" einer Aussetzung des Verfahrens nach Paragraph 38, AVG, welche von den Parteien "unangefochten" gelassen wurde, nur dahin auswirken, dass es "den Parteien unter Umständen verwehrt sein kann, von der Behörde

Entscheidung der Vorfrage ... eine Fortführung des Verfahrens zu

verlangen". Im Übrigen übersieht die belangte Behörde bei ihrer (weitreichenden) Sicht des "rechtskräftigen" Feststehens der Identität des Verfahrens völlig, dass ein Aussetzungsbescheid seine Rechtswirksamkeit jedenfalls mit dem Zeitpunkt, bis zu welchem die Aussetzung verfügt worden ist, verliert (vgl. dazu u. a. den hg. Beschluss vom 5. September 2002, Zl. 2001/21/0068).

verlangen". Im Übrigen übersieht die belangte Behörde bei ihrer (weitreichenden) Sicht des "rechtskräftigen" Feststehens der Identität des Verfahrens völlig, dass ein Aussetzungsbescheid seine Rechtswirksamkeit jedenfalls mit dem Zeitpunkt, bis zu welchem die Aussetzung verfügt worden ist, verliert vergleiche , dazu u. a. den hg. Beschluss vom 5. September 2002, Zl. 2001/21/0068).

Die belangte Behörde durfte daher im Verfahren über den gegenständlichen Antrag nicht auch über die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe in mit anderen Bietern gesondert geführten

Verhandlungsverfahren entscheiden. Insoweit hat sie daher die Sache des gegenständlichen Nachprüfungsantrages verkannt.

Was hingegen den Antrag der Mitbeteiligten, die ihr selbst zugelangene Aufforderung zur Angebotsabgabe für nichtig zu erklären betrifft, so ist auf Folgendes hinzuweisen:

Die belangte Behörde hat die Zulässigkeit des vorliegend zu beurteilenden Nachprüfungsantrages mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des Schadens iSd § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 bejaht. Die belangte Behörde hat die Zulässigkeit des vorliegend zu beurteilenden Nachprüfungsantrages mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des Schadens iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 bejaht.

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, der Mitbeteiligten könne durch diese an sie selbst ergangene Aufforderung zur Angebotsabgabe ein Schaden weder entstanden sein noch drohen.

Die Mitbeteiligte hat in ihrem Nachprüfungsantrag unter der Überschrift "Angaben über den drohenden Schaden" (u.a.) ausgeführt, durch das von der Beschwerdeführerin zu Unrecht durchgeführte Vergabeverfahren in Form eines "Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung" werde sie an der Teilnahme an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren behindert. Dadurch bestehe die Gefahr, dass der Mitbeteiligten letztlich der aus dem gegenständlichen Auftrag (bzw. aus den im Rahmen der Rahmenvereinbarung erfolgenden Abrufung) zu lukrierende Gewinn entgehe, welcher mangels eines vergaberechtskonformen Leistungsverzeichnisses nur pauschal mit der üblichen Gewinnspanne von rund 4 bis 6 % beziffert werden könne. Daneben drohe ihr durch die rechtswidrige Vergabe des gegenständlichen Auftrages auch der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Da die vorliegend angefochtene Aufforderung zur Angebotsabgabe - wie dargestellt - nur an die Mitbeteiligte als einzige Bieterin gerichtet war, kam eine Vergabe des gegenständlichen Auftrages an andere Bieter nicht in Betracht, weshalb die Mitbeteiligte durch die angefochtene Auftraggeberentscheidung in den geltend gemachten Rechten nicht verletzt werden konnte.

Der Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei wäre daher zurückzuweisen gewesen. Indem die belangte Behörde dies verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes.

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

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Kostenersatz war abzuweisen, weil gegenständlich eine Identität zwischen dem Rechtsträger besteht, dem gemäß § 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008 der Kostenersatz aufzuerlegen wäre, und jenem Rechtsträger, dem der Kostenersatz nach diesen Vorschriften zuzusprechen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0254 mwN). Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Kostenersatz war abzuweisen, weil gegenständlich eine Identität zwischen dem Rechtsträger besteht, dem gemäß Paragraph 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008 der Kostenersatz aufzuerlegen wäre, und jenem Rechtsträger, dem der Kostenersatz nach diesen Vorschriften zuzusprechen wäre vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0254 mwN).

Wien, am 1. Juli 2010

Schlagworte

Maßgebender Bescheidinhalt Inhaltliche und zeitliche Erstreckung des Abspruches und der Rechtskraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2009040129.X00

Im RIS seit

06.09.2010

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at