

TE Vwgh Erkenntnis 2010/2/24 2008/04/0239

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.02.2010

Index

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

Norm

AVG §45 Abs2;
BVerGG 2006 §320 Abs1 Z1;
BVerGG 2006 §320 Abs1 Z2;
BVerGG 2006 §322 Abs1 Z4;
BVerGG 2006 §322 Abs1 Z5;
BVerGG 2006 §322;
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

1. AVG § 45 heute
2. AVG § 45 gültig ab 01.02.1991

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 § 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 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVerGG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVerGG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVerGG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 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. Marzi, über die Beschwerde der

O Gesellschaft m.b.H. in Graz, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10. Oktober 2008, Zl. N/0082-BVA/09/2008-56, betreffend Zurückweisung von Nachprüfungsanträgen (mitbeteiligte Parteien:

1. 1.Ziffer eins
Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau in Wien,
2. 2.Ziffer 2
Pensionsversicherungsanstalt in Wien, 3. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse in St. Pölten,
4. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse in Linz, 5. Salzburger Gebietskrankenkasse in Salzburg,
6. Steiermärkische Gebietskrankenkasse in Graz,
7. Tiroler Gebietskrankenkasse in Innsbruck, 8. Wiener Gebietskrankenkasse in Wien,
9. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in Wien, 10. Sozialversicherungsanstalt der Bauern in Wien, 11. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter in Wien, 12. Versicherungsanstalt des österreichischen Notariates in Wien, 13. Betriebskrankenkasse W in Wien, 14. Betriebskrankenkasse A in Wien,
15. Betriebskrankenkasse
M in U, 16. Betriebskrankenkasse Z in Z, 17. Betriebskrankenkasse
K in K, 18. Vorarlberger Gebietskrankenkasse in Dornbirn,
19. Betriebskrankenkasse v in L, 20. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in Wien,
21. Burgenländische Gebietskrankenkasse in Eisenstadt, 22. Kärntner Gebietskrankenkasse in Klagenfurt, alle vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 23. B GmbH in Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten I. und III. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Der angefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten römisch eins. und römisch drei. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Soweit sich die Beschwerde gegen den Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides richtet, wird sie als unbegründet abgewiesen. Soweit sich die Beschwerde gegen den Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Bescheides richtet, wird sie als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 10. Oktober 2008 hat das Bundesvergabeamt den Antrag der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren der mitbeteiligten Parteien betreffend "Gesamtvertrag Direktversorgung mit Medizinprodukten (Versorgung von Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung, ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs)" auf

Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in eventu der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, in eventu der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, in eventu der Entscheidung, ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, in eventu der Ausschreibung, in eventu der Entscheidung, die Beschwerdeführerin nicht zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, gemäß § 320 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17, zurückgewiesen (Spruchpunkt I.), den Antrag auf Feststellung von bestimmt genannten Vergaberechtsverstößen gemäß § 332 Abs. 6 BVergG 2006 zurückgewiesen (Spruchpunkt II.) und den Antrag der Beschwerdeführerin auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen (Spruchpunkt III.). Mit Bescheid vom 10. Oktober 2008 hat das Bundesvergabeamt den Antrag der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren der mitbeteiligten Parteien betreffend "Gesamtvertrag Direktversorgung mit Medizinprodukten (Versorgung von Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung, ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs)" auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in eventu der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, in eventu der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, in eventu der Entscheidung, ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, in eventu der Ausschreibung, in eventu der Entscheidung, die Beschwerdeführerin nicht zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt, römisch eins Nr. 17, zurückgewiesen (Spruchpunkt römisch eins.), den Antrag auf Feststellung von bestimmt genannten Vergaberechtsverstößen gemäß Paragraph 332, Absatz 6, BVergG 2006 zurückgewiesen (Spruchpunkt römisch zwei.) und den Antrag der Beschwerdeführerin auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen (Spruchpunkt römisch drei.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, am 21. Jänner 2003 sei zwischen 20 Sozialversicherungsträgern und der Bundesinnung der Augenoptiker, Orthopädietechniker, Bandagisten und Hörgeräteakustiker ein Vertrag ("Ost-Vertrag") über die Versorgung der Anspruchsberechtigten der einzelnen Sozialversicherungsträger mit Heilbehelfen und Hilfsmitteln durch die der Bundesinnung angehörenden Bandagisten- und Orthopädietechnikbetriebe abgeschlossen worden, der u.a. auch die dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegenden Produkte zur Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung sowie ableitende Inkontinenzartikel umfasse. Für saugende Inkontinenzartikel bestünden analog separate Verträge zwischen Sozialversicherungsträgern und der Innung. Die Beschwerdeführerin sei Angehörige der Innung und daher berechtigt, im Rahmen des Ost-Vertrages und der genannten separaten Innungsverträge die Anspruchsberechtigten mit den gegenständlichen Heilbehelfen zu versorgen.

Die B., welche nicht Mitglied der Innung sei, sei im März/April 2008 an das von den Sozialversicherungsträgern für die Ausarbeitung derartiger Verträge eingerichtete "Competence Center" (im folgenden CC) mit dem Wunsch herangetreten, Verträge zur Belieferung von Anspruchsberechtigten mit den genannten Heilbehelfen im Wege des Versandhandels abzuschließen. Die darauf folgenden Verhandlungen zwischen dem CC und der B. hätten zur Ausarbeitung von drei Vertragsentwürfen geführt. Vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger seien diese Entwürfe allen Sozialversicherungsträgern zur Stellungnahme weitergeleitet worden. Die meisten Sozialversicherungsträger hätten Stellungnahmen - zum Teil zustimmend und zum Teil ablehnend - abgegeben. Zu einem Vertragsschluss sei es bisher nicht gekommen. Der Beschaffungsvorgang sei nicht widerrufen worden.

So wie die B. könne jeder befugte Anbieter der gegenständlichen Heilbehelfe an das CC mit dem Ersuchen um Abschluss eines derartigen Vertrages herantreten. Voraussetzung dafür sei lediglich, dass die Tarife günstiger als jene des "Ost-Vertrages" und zumindest gleich günstig wie jene der Vertragsentwürfe mit der B. seien sowie dass der Vertragspartner eine bundesweite Versorgung mittels Postversand gewährleisten könne. Es hätten sich bereits mehrere Unternehmer beim CC über die Bedingungen solcher Verträge erkundigt; die Beschwerdeführerin gehöre nicht dazu. Zwei Unternehmer seien sogar schon wegen eines Vertragsabschlusses betreffend die gegenständlichen Heilbehelfe an das CC herangetreten.

Der "Abruf" der einzelnen Produkte erfolge nach den Vertragsentwürfen nicht durch die auftraggebenden Sozialversicherungsträger, sondern durch den jeweils anspruchsberechtigten Versicherten. Auch nach einem Vertragsabschluss mit der B. habe jeder Anspruchsberechtigte weiterhin die Möglichkeit, die gegenständlichen Produkte auf Grund des "Ost-Vertrages" und der weiteren Innungsverträge bei jedem Innungsmitglied zu beziehen. Auch bleibe die Wahl, die Produkte selbst in einer Filiale abzuholen oder per Versandhandel zu beziehen, für die

Anspruchsberechtigten aufrecht. Es bestünden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Sozialversicherungsträger bestrebt seien, die Versorgung der Anspruchsberechtigten auf die Versandhandelsschiene "umzuleiten".

Die Sozialversicherungsträger seien Körperschaften öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des Bundes, die als öffentliche Auftraggeber im Sinn von § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 anzusehen seien. Der von den Auftraggebern geschätzte Auftragswert betrage etwa EUR 300.000,--. Es liege daher ein Beschaffungsvorgang im Oberschwellenbereich vor. Auftraggeber seien die Sozialversicherungsträger, welche beim Vertragsabschluss durch den Hauptverband der Sozialversicherungsträger vertreten würden. Die Sozialversicherungsträger seien Körperschaften öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des Bundes, die als öffentliche Auftraggeber im Sinn von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 anzusehen seien. Der von den Auftraggebern geschätzte Auftragswert betrage etwa EUR 300.000,--. Es liege daher ein Beschaffungsvorgang im Oberschwellenbereich vor. Auftraggeber seien die Sozialversicherungsträger, welche beim Vertragsabschluss durch den Hauptverband der Sozialversicherungsträger vertreten würden.

Voraussetzung für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages sei gemäß § 320 BVergG 2006, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss des Vertrages behaupte und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder drohe. Im vorliegenden Fall sei aus dem Verhalten und dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zu schließen, dass ihr primäres Interesse nicht auf den Abschluss des verfahrensgegenständlichen Vertrages gerichtet sei. Der Beschwerdeführerin gehe es vielmehr darum, den Abschluss eines Vertrages mit der B. zu verhindern, ohne aber selbst an Stelle der B. Vertragspartner werden und unbedingt den Zuschlag erhalten zu wollen. Voraussetzung für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages sei gemäß Paragraph 320, BVergG 2006, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss des Vertrages behaupte und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder drohe. Im vorliegenden Fall sei aus dem Verhalten und dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zu schließen, dass ihr primäres Interesse nicht auf den Abschluss des verfahrensgegenständlichen Vertrages gerichtet sei. Der Beschwerdeführerin gehe es vielmehr darum, den Abschluss eines Vertrages mit der B. zu verhindern, ohne aber selbst an Stelle der B. Vertragspartner werden und unbedingt den Zuschlag erhalten zu wollen.

Mit den im Entwurf vorliegenden Verträgen solle neben der weiterhin möglichen Abgabe der Heilbehelfe über die Mitglieder der Innung eine weitere Vertriebschiene eröffnet werden, nämlich der ausschließliche Bezug der Produkte über den Postversand. Damit solle der Kreis der Leistungserbringer erweitert werden. Der Abschluss von solchen Verträgen, wie sie mit der B. ausgehandelt worden seien, stehe weiteren Unternehmen, auch solchen, die Vertragspartner des "Ost-Vertrages" seien, offen. Der Beschwerdeführerin als Mitglied des "Ost-Vertrages" stehe die - von ihr bisher auch genutzte - Möglichkeit offen, die gegenständlichen Heilbehelfe per Post zu versenden. Dies spreche dafür, dass es der Beschwerdeführerin nicht um den Erhalt des konkreten Auftrages gehe. Die Beschwerdeführerin befürchte vielmehr den Verlust von Marktanteilen durch das Hinzutreten von weiteren Vertragspartnern der Sozialversicherungsträger. Das fehlende Interesse der Beschwerdeführerin am Abschluss des gegenständlichen Vertrages ergebe sich auch daraus, dass ihr Geschäftsführer bei der mündlichen Verhandlung nur unbestimmt und vage ausgesagt habe, grundsätzlich einen solchen Vertrag wie die B. abschließen zu wollen, sofern sie die Tarife kenne und sich der Vertragsschluss für sie rechne. Ob die Beschwerdeführerin somit tatsächlich einen Vertrag wie die B. abschließen würde, sei daher ungewiss und von Bedingungen abhängig, die die Beschwerdeführerin noch gar nicht - durch Anfrage beim CC - geprüft habe. Dass es der Beschwerdeführerin nur um die Verhinderung des Vertragsschlusses mit der B. gehe, habe sie dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie aus dem Hinzukommen eines Konkurrenten resultierende Umsatzeinbußen ins Treffen geführt habe. Ein nur hierauf gerichtetes Interesse stelle jedoch kein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages im Sinn von § 320 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. dar. Mit den im Entwurf vorliegenden Verträgen solle neben der weiterhin möglichen Abgabe der Heilbehelfe über die Mitglieder der Innung eine weitere Vertriebschiene eröffnet werden, nämlich der ausschließliche Bezug der Produkte über den Postversand. Damit solle der Kreis der Leistungserbringer erweitert werden. Der Abschluss von solchen Verträgen, wie sie mit der B. ausgehandelt worden seien, stehe weiteren Unternehmen, auch solchen, die Vertragspartner des "Ost-Vertrages" seien, offen. Der Beschwerdeführerin als Mitglied des "Ost-Vertrages" stehe die - von ihr bisher auch genutzte - Möglichkeit offen, die gegenständlichen Heilbehelfe per Post zu versenden. Dies spreche dafür, dass es der Beschwerdeführerin nicht um den Erhalt des konkreten Auftrages gehe. Die Beschwerdeführerin befürchte vielmehr den Verlust von Marktanteilen durch das

Hinzutreten von weiteren Vertragspartnern der Sozialversicherungsträger. Das fehlende Interesse der Beschwerdeführerin am Abschluss des gegenständlichen Vertrages ergebe sich auch daraus, dass ihr Geschäftsführer bei der mündlichen Verhandlung nur unbestimmt und vage ausgesagt habe, grundsätzlich einen solchen Vertrag wie die B. abschließen zu wollen, sofern sie die Tarife kenne und sich der Vertragsschluss für sie rechne. Ob die Beschwerdeführerin somit tatsächlich einen Vertrag wie die B. abschließen würde, sei daher ungewiss und von Bedingungen abhängig, die die Beschwerdeführerin noch gar nicht - durch Anfrage beim CC - geprüft habe. Dass es der Beschwerdeführerin nur um die Verhinderung des Vertragsschlusses mit der B. gehe, habe sie dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie aus dem Hinzukommen eines Konkurrenten resultierende Umsatzeinbußen ins Treffen geführt habe. Ein nur hierauf gerichtetes Interesse stelle jedoch kein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerGG 2006 unterliegenden Vertrages im Sinn von Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, leg. cit. dar.

Der Beschwerdeführerin mangle es darüber hinaus aber auch an einem drohenden Schaden. Der Beschwerdeführerin stünde es frei, einen dem mit der B. ausgehandelten Vertragsentwurf entsprechenden Vertrag mit den Sozialversicherungsträgern abzuschließen. Die befürchteten Umsatzeinbußen im Fall des Vertragsabschlusses mit der B. stellten keinen die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages bewirkenden Schaden im Sinn von § 320 Abs. 1 BVerGG 2006 dar. Der Beschwerdeführerin mangle es darüber hinaus aber auch an einem drohenden Schaden. Der Beschwerdeführerin stünde es frei, einen dem mit der B. ausgehandelten Vertragsentwurf entsprechenden Vertrag mit den Sozialversicherungsträgern abzuschließen. Die befürchteten Umsatzeinbußen im Fall des Vertragsabschlusses mit der B. stellten keinen die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages bewirkenden Schaden im Sinn von Paragraph 320, Absatz eins, BVerGG 2006 dar.

Die Antragslegitimation der Beschwerdeführerin sei daher mangels Interesses am Vertragsabschluss und mangels behaupteten Schadens nicht gegeben, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen zurückzuweisen gewesen sei.

Die Feststellungsanträge seien von der Beschwerdeführerin trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht vergebührt worden, weshalb sie gemäß § 332 Abs. 6 BVerGG 2006 zurückzuweisen gewesen seien. Die Feststellungsanträge seien von der Beschwerdeführerin trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht vergebührt worden, weshalb sie gemäß Paragraph 332, Absatz 6, BVerGG 2006 zurückzuweisen gewesen seien.

Da die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen sei, sei der Antrag auf Pauschalgebührenersatz abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens - in Kopie - vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligten Parteien - eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die Behandlung der parallel zur vorliegenden Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof gerichteten Beschwerde wurde mit Beschluss dieses Gerichtshofes vom 16. Juni 2009, B 1899/08, abgelehnt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zur Pflicht von Sozialversicherungsträgern, Aufträge wie den gegenständlichen nach dem BVerGG 2006 auszuschreiben, wird zunächst gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2009/04/0209 und das dort zitierte hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2005/04/0201, verwiesen. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof insbesondere auch ausgeführt, dass die Bereitschaft, gleichartige Verträge auch mit anderen Unternehmern abzuschließen, der Pflicht zur Ausschreibung nicht entgegensteht. Zur Pflicht von Sozialversicherungsträgern, Aufträge wie den gegenständlichen nach dem BVerGG 2006 auszuschreiben, wird zunächst gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG auf das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2009/04/0209 und das dort zitierte hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2005/04/0201, verwiesen. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof insbesondere auch ausgeführt, dass die Bereitschaft, gleichartige Verträge auch mit anderen Unternehmern abzuschließen, der Pflicht zur Ausschreibung nicht entgegensteht.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass der Auftrag - im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides - noch nicht vergeben worden und der Beschaffungsvorgang nicht widerrufen ist.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern (Z. 1) er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und (Z. 2) ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern (Ziffer eins,) er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und (Ziffer 2,) ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 322 Abs. 1 hat ein Nachprüfungsantrag jedenfalls (u.a.) Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller (Z. 4) und die bestimmte Bezeichnung des Rechts, indem sich der Antragsteller als verletzt erachtet (Z. 5) zu enthalten. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, hat ein Nachprüfungsantrag jedenfalls (u.a.) Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller (Ziffer 4,) und die bestimmte Bezeichnung des Rechts, indem sich der Antragsteller als verletzt erachtet (Ziffer 5,) zu enthalten.

Dadurch, dass die Antragslegitimation eines Unternehmers von der Behauptung eines Interesses an der Auftragsvergabe und einer Rechtsverletzung abhängt, werden "Popularanträge" ausgeschlossen. Zur Bejahung der Antragslegitimation ist allerdings nicht die endgültige Bejahung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit erforderlich, sondern es reicht aus, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung zumindest möglich ist. Aus dem Wortlaut des § 320 Abs. 1 BVergG 2006 im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den notwendigen Inhalt des Nachprüfungsantrages folgt ferner, dass antragslegitimiert nur jene Unternehmer sind, die den Auftrag erhalten wollen (vgl. zum Ganzen Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 5 f zu § 320 mwN). Dadurch, dass die Antragslegitimation eines Unternehmers von der Behauptung eines Interesses an der Auftragsvergabe und einer Rechtsverletzung abhängt, werden "Popularanträge" ausgeschlossen. Zur Bejahung der Antragslegitimation ist allerdings nicht die endgültige Bejahung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit erforderlich, sondern es reicht aus, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung zumindest möglich ist. Aus dem Wortlaut des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den notwendigen Inhalt des Nachprüfungsantrages folgt ferner, dass antragslegitimiert nur jene Unternehmer sind, die den Auftrag erhalten wollen vergleiche , zum Ganzen Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 5 f zu Paragraph 320, mwN).

Die belangte Behörde ist zum Ergebnis gekommen, dass die Antragsvoraussetzung gemäß § 320 Abs. 1 Z. 1 nicht vorliege. Dazu hat sie ausgeführt, dass aus dem gesamten Verhalten der Beschwerdeführerin ableitbar sei, sie wolle gar nicht den Zuschlag erhalten; es gehe ihr in Wahrheit nicht um den Abschluss des verfahrensgegenständlichen Vertrages, sondern nur um die Verhinderung des in Aussicht genommenen Vertragsabschlusses mit der B. Diesen Akt der Beweiswürdigung hat sie - zusammengefasst - auf folgende Gründe gestützt: Die belangte Behörde ist zum Ergebnis gekommen, dass die Antragsvoraussetzung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, nicht vorliege. Dazu hat sie ausgeführt, dass aus dem gesamten Verhalten der Beschwerdeführerin ableitbar sei, sie wolle gar nicht den Zuschlag erhalten; es gehe ihr in Wahrheit nicht um den Abschluss des verfahrensgegenständlichen Vertrages, sondern nur um die Verhinderung des in Aussicht genommenen Vertragsabschlusses mit der B. Diesen Akt der Beweiswürdigung hat sie - zusammengefasst - auf folgende Gründe gestützt:

Die Beschwerdeführerin habe ihr Interesse bekundet, die mit dem gegenständlichen Vertrag angestrebte Eröffnung einer eigenen Vertriebschiene im Versandhandel zu verhindern, damit sie weiterhin ihre Produkte im Rahmen des bestehenden "Ost-Vertrages" ohne Umsatzeinbußen absetzen könne. Die Beschwerdeführerin könne ohnehin auch im Rahmen des "Ost-Vertrages" die gegenständlichen Produkte an Anspruchsberechtigte versenden, von welcher Möglichkeit sie zum Teil auch tatsächlich Gebrauch gemacht habe. Sie habe sich bisher - anders als andere Unternehmer - nicht darum bemüht, einen gleich lautenden Vertrag wie die B. mit den Sozialversicherungsträgern abzuschließen. Ihr Geschäftsführer habe anlässlich der mündlichen Verhandlung lediglich ausgeführt, "grundsätzlich"

einen solchen Vertrag wie die B. abschließen zu wollen, sofern er die Preise dieses Vertragsentwurfes kenne und es sich für die Beschwerdeführerin rechne. Die Beschwerdeführerin habe nichts dazu unternommen, die entsprechenden Preise zu erfahren.

Diese Argumentation ist aus folgenden Gründen nicht schlüssig und hält daher einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof - vgl. zu dessen diesbezüglicher Befugnis insbesondere das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senats vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053) - nicht stand: Diese Argumentation ist aus folgenden Gründen nicht schlüssig und hält daher einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof - vergleiche , zu dessen diesbezüglicher Befugnis insbesondere das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senats vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053) - nicht stand:

Aus dem Umstand, dass ein Unternehmer, der bereits in einer Vertragsbeziehung zum Auftraggeber steht, ein Interesse daran hat, dass der Auftraggeber keine weiteren Verträge über den selben Leistungsgegenstand abschließt, kann nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass sich dieser Unternehmer an einer entsprechenden Ausschreibung nicht beteiligen würde. Mit den gegenständlichen Vertragsentwürfen wird der Aufbau einer neuen Vertriebschiene durch ausschließlichen Versandhandel angestrebt. Aus dem bloßen Umstand, dass die Beschwerdeführerin auch bisher im Rahmen des "Ost-Vertrages" fallweise über Wunsch der Anspruchsberechtigten die Heilbehelfe versendet hat, kann nicht darauf geschlossen werden, dass der Beschwerdeführerin kein Interesse am Abschluss eines Vertrages im Rahmen der neuen Vertriebschiene des ausschließlichen Versandhandels zukommt. Gleiches gilt für den Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin bisher nicht um den Abschluss eines den gegenständlichen Entwürfen entsprechenden Vertrages mit den Sozialversicherungsträgern bemüht hat. Die Beschwerdeführerin hält einen derartigen Vertragsschluss - wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 - für rechtswidrig; es kann nicht von ihr erwartet werden, sich parallel zur Geltendmachung der Rechtswidrigkeit auch selbst um den Abschluss solcher Verträge zu bemühen. Weiters kann aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin solche Verträge nur abschließen würde, wenn sie sich für sie "rechnen", keineswegs darauf geschlossen werden, dass sie sich an einem entsprechenden Vergabeverfahren nicht beteiligen werde. In diesem Verfahren würde sie die Gelegenheit erhalten, die gegenständlichen Heilbehelfe zu Preisen anzubieten, die sich für sie rechnen.

Aus diesen Gründen liegt der Ansicht der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin habe kein Interesse am Vertragsschluss eine unschlüssige Beweiswürdigung und somit ein mangelhaftes Verfahren zugrunde.

Es braucht daher auf das gegen die Grundlagen dieser Beweiswürdigung gerichtete Beschwerdevorbringen, insbesondere die in diesem Zusammenhang geltend gemachten (weiteren) Verfahrensmängel, nicht weiter eingegangen zu werden.

Die belangte Behörde hat die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages auch mit der Begründung verneint, dass der Beschwerdeführerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden drohe. Auch dazu hat sie ins Treffen geführt, es stehe der Beschwerdeführerin frei, einen den gegenständlichen Vertragsentwürfen entsprechenden Vertrag mit den Sozialversicherungsträgern abzuschließen. Weiters hat sie ausgeführt, beim Schaden, der daraus resultiere, dass ein Antragsteller, der bereits bisher gleichartige Leistungen auf Grund eines Vertrages mit dem Auftraggeber erbringe, Umsatzeinbußen befürchte, handle es sich nicht um einen Schaden im Sinn von § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Die belangte Behörde hat die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages auch mit der Begründung verneint, dass der Beschwerdeführerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden drohe. Auch dazu hat sie ins Treffen geführt, es stehe der Beschwerdeführerin frei, einen den gegenständlichen Vertragsentwürfen entsprechenden Vertrag mit den Sozialversicherungsträgern abzuschließen. Weiters hat sie ausgeführt, beim Schaden, der daraus resultiere, dass ein Antragsteller, der bereits bisher gleichartige Leistungen auf Grund eines Vertrages mit dem Auftraggeber erbringe, Umsatzeinbußen befürchte, handle es sich nicht um einen Schaden im Sinn von Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinn von § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann (vgl. Thienel, aaO, Rz 7 zu § 320 und die dort zitierte Judikatur und Literatur). Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai. 2007, Zl. 2007/04/0010). Ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinn von Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am

Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann (vergleiche, Thienel, aaO, Rz 7 zu Paragraph 320 und die dort zitierte Judikatur und Literatur). Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 23. Mai. 2007, Zl. 2007/04/0010).

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag unter der Überschrift "Angaben über den drohenden und entstandenen Schaden" ausgeführt, dass sie sich im Recht auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit in ihrer Chance auf Zuschlagserteilung verletzt erachte. Es drohe ihr ein Schaden u. a. in Gestalt des Verlustes eines wesentlichen Referenzprojektes. Als Beschwerdepunkt machte sie geltend, im Recht auf Beteiligung an einem Vergabeverfahren verletzt zu werden.

Damit hat die Beschwerdeführerin mit ausreichender Deutlichkeit geltend gemacht, den drohenden Schaden darin zu erblicken, dass ihr durch einen Vertragsabschluss mit der B. ohne förmliches Vergabeverfahren die Möglichkeit genommen werde, an einem solchen Verfahren teilzunehmen. Wie dargestellt, beruht die Ansicht, die Beschwerdeführerin habe kein Interesse am Vertragsabschluss und wolle sich an einem Vergabeverfahren gar nicht beteiligen, auf einem Verfahrensmangel. Bereits aus diesem Grund liegen keine Anhaltspunkte für die Annahme vor, die Angaben der Beschwerdeführerin über den ihr drohenden Schaden seien nicht plausibel.

Aus den dargestellten Gründen war der angefochtene Bescheid in seinem Spruchpunkt I. und daher auch im Spruchpunkt III. über den Pauschalgebührenersatz gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Aus den dargestellten Gründen war der angefochtene Bescheid in seinem Spruchpunkt römisch eins. und daher auch im Spruchpunkt römisch drei. über den Pauschalgebührenersatz gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera c, VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin wurden von der belangten Behörde mit Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides gemäß § 332 Abs. 6 BVergG 2006 mangels ordnungsgemäßer Vergebühlung trotz diesbezüglichen Verbesserungsauftrages zurückgewiesen. Die Beschwerde wendet sich zwar ausdrücklich auch gegen den Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides, enthält dazu aber kein Vorbringen, insbesondere wird nicht behauptet, die Feststellungsanträge ordnungsgemäß vergebüht zu haben. Die Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin wurden von der belangten Behörde mit Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Bescheides gemäß Paragraph 332, Absatz 6, BVergG 2006 mangels ordnungsgemäßer Vergebühlung trotz diesbezüglichen Verbesserungsauftrages zurückgewiesen. Die Beschwerde wendet sich zwar ausdrücklich auch gegen den Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Bescheides, enthält dazu aber kein Vorbringen, insbesondere wird nicht behauptet, die Feststellungsanträge ordnungsgemäß vergebüht zu haben.

Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt II. richtet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt römisch zwei. richtet, gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 und Z. 6 VwGG abgesehen werden. Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 3 und Ziffer 6, VwGG abgesehen werden.

Der Spruch über den Aufwendersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Spruch über den Aufwendersatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 24. Februar 2010

Schlagworte

Begründung Begründungsmangel freie Beweiswürdigung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2008040239.X00

Im RIS seit

07.04.2010

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