

TE Verg Bescheid 2011/8/17 F/0010-BVA/08/2011-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.08.2011

Norm

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §320

UN - Kaufrechtsübereinkommen Art35

ABGB §922

RL 1999/44/EG Art2 Abs2 lit a

VwGG §45

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. ABGB § 922 heute
2. ABGB § 922 gültig ab 01.01.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2001
3. ABGB § 922 gültig von 01.01.1812 bis 31.12.2001
1. VwGG § 45 heute
2. VwGG § 45 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
3. VwGG § 45 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 45 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 45 gültig von 01.07.2012 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
6. VwGG § 45 gültig von 05.01.1985 bis 30.06.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG 2006 durch Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Beisitzerin der Auftraggeberseite Mag Maria Ulmer, Beisitzer der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14; ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im ABl vom 7.7.2006, 2006/S 127- 135403) hinsichtlich der durch Antragstellerin A*** nach Bescheidaufhebung durch den VwGH zu ZI 2007/04/0012 und nach

Zuschlagserteilung durch die BIG gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 nunmehr vorgetragenen (Eventual-) Feststellungsbegehren wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG 2006 durch Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Beisitzerin der Auftraggeberseite Mag Maria Ulmer, Beisitzer der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14; ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Amtsblatt vom 7.7.2006, 2006/S 127- 135403) hinsichtlich der durch Antragstellerin A*** nach Bescheidaufhebung durch den VwGH zu ZI 2007/04/0012 und nach Zuschlagserteilung durch die BIG gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 nunmehr vorgetragenen (Eventual-) Feststellungsbegehren wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Das vom Bundesvergabeamt gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 idFBGBl I 2006/17 durchzuführende Verfahren Das vom Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17 durchzuführende Verfahren

einerseits über das am 22.6.2011 nach Amtsstundeende per mail formulierte Feststellungsbegehren,

das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes insbesondere gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde

und andererseits über die am 7.7.2011 im Rahmen einer Ergänzung des Antrags vom 22.6.2011 formulierten Feststellungsbegehren,

1. a.Litera a

das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde

- -Strichaufzählung
in eventu -

1. b.Litera b

das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde

wird für die Dauer des beim Verwaltungsgerichtshof zur Frage der Wiederaufnahme des Bescheidbeschwerdeverfahrens VwGH-ZI 2007/04/0012 geführten und dort zu ZI 2011/04/0125 protokollierten Wiederaufnahmeverfahrens ausgesetzt.

Rechtsgrundlage: § 38 AVG Rechtsgrundlage: Paragraph 38, AVG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt samt Parteienvorbringen und Verfahrensgang:

1.1. Die Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft mbH (= BIG) leitete Ende Juni 2006 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "8010 Graz, Mozartgasse 14, ZMB - Zentrum für molekulare Biowissenschaften - IVC-Tierhaltesystem und Zubehör" ein.

Beim Bundesvergabeamt wurde zu N/0089-BVA/08/2006 ein Nachprüfungsverfahren betreffend eine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zu Lasten der Antragstellerin A*** durchgeführt, wobei den Nichtigerklärungsbegehren dieser Antragstellerin mit Bescheid vom 6.12.2006 keine Folge gegeben wurde.

1.2. Die Antragstellerin focht den abweislichen Bescheid vom 6.12.2006 beim VwGH zu Z2007/04/0012 an.

1.3. Die Auftraggeberin BIG erteilte im Jänner 2007 - unstrittig - den Zuschlag.

1.4. Der VwGH hob den Bescheid vom Dezember 2006 mit einem am 10.6.2011 an das BVA zustellten Erkenntnis zu ZI 2007/04/0012 wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit auf.

1.5. Die Antragstellerin formulierte danach auf § 331 Abs 4 BVergG 2006 gestützte Feststellungsbegehren, wie im Spruch ersichtlich. 1.5. Die Antragstellerin formulierte danach auf Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 gestützte Feststellungsbegehren, wie im Spruch ersichtlich.

1.6. Die Auftraggeberin stellte nach Erkenntniszustellung beim VwGH einen auf § 45 Abs 1 Z 4 VwGG gestützten Antrag auf Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu ZI 2007/04/0012. Dieser Wiederaufnahmsantrag ist beim VwGH zu ZI 2011/04/0125, dem nunmehr präjudizierenden Wiederaufnahmeverfahren, protokolliert. 1.6. Die Auftraggeberin stellte nach Erkenntniszustellung beim VwGH einen auf Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG gestützten Antrag auf Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu ZI 2007/04/0012. Dieser Wiederaufnahmsantrag ist beim VwGH zu ZI 2011/04/0125, dem nunmehr präjudizierenden Wiederaufnahmeverfahren, protokolliert.

1.7. Das BVA ermittelte nach Erkenntniszustellung vorerst zur Frage der Zuschlagserteilung und erwog gleichfalls einen Wiederaufnahmsantrag an den VwGH - lfd Nr 99 aus dem Akt N/0089-BVA/08/2011.

1.8. Das BVA nahm schließlich von einem eigenen Wiederaufnahmsantrag Abstand und erörterte mit den Verfahrensparteien nach formaler Überleitung des Nachprüfungsverfahrens N/0089-BVA/08/2006 in das Feststellungsverfahren F/0010- BVA/08/2011 eine Aussetzung des Feststellungsverfahrens für die Dauer des Wiederaufnahmeverfahrens über Antrag der BIG; bzw alternativ ein Vorabentscheidungsersuchen insb auch zur unionsrechtlichen Auslegung des Warenmusterbegriffs in Art 2 Abs 2 lit a RL 1999/44/EG; samt einer zusammenhängenden unionsrechtlichen Frage iZm § 63 VwGG - lfd Nri 2 und 6 des Akts F/0010-BVA/08/2011. 1.8. Das BVA nahm schließlich von einem eigenen Wiederaufnahmsantrag Abstand und erörterte mit den Verfahrensparteien nach formaler Überleitung des Nachprüfungsverfahrens N/0089-BVA/08/2006 in das Feststellungsverfahren F/0010- BVA/08/2011 eine Aussetzung des Feststellungsverfahrens für die Dauer des Wiederaufnahmeverfahrens über Antrag der BIG; bzw alternativ ein Vorabentscheidungsersuchen insb auch zur unionsrechtlichen Auslegung des Warenmusterbegriffs in Artikel 2, Absatz 2, Litera a, RL 1999/44/EG; samt einer zusammenhängenden unionsrechtlichen Frage iZm Paragraph 63, VwGG - lfd Nri 2 und 6 des Akts F/0010-BVA/08/2011.

1.9. Die BIG trat in ihrer Eingabe vom 6.7.2011, lfd Nr 15 für eine Verfahrensaussetzung ein.

1.10. Die Antragstellerin sprach sich in ihrer Eingabe vom 7.7.2011, lfd Nr 18, ua ausdrücklich gegen eine Verfahrensaussetzung des nunmehrigen Feststellungsverfahrens aus, da der Wiederaufnahmsantrag der BIG keine Aussicht auf Erfolg hätte; und mit der Aussetzung eine unzulässige Verfahrensverzögerung einhergehen würde.

1.11. Das BVA wies die Verfahrensparteien mit der Note, lfd Nr 19, am 7.7.2011 ua darauf hin, dass der Wiederaufnahmsantrag der BIG gemäß VwGH - verstärkter Senat - ZI 96/08/406 beurteilt würde; und verlangte von der Antragstellerin und der BIG ua nachstehende Verfahrenshandlungen:

... 4. Den Adressaten werden nunmehr vorerst folgende Seiten des historischen Leistungsverzeichnisses übermittelt:

- -Strichaufzählung
34, als Bemusterungspassage in den Vergabeunterlagen;
- -Strichaufzählung
35, mit der Auflistung der fünf Zuschlagskriterien;
- -Strichaufzählung
36 bis 38, mit den Zuschlagskriterien Funktionalität/Bedienung einerseits und Technische Ausführung andererseits
- -Strichaufzählung
40 bis 41, betreffend insb Anforderungen an die IVC - Gebläseeinheiten

Dazu wird darauf hingewiesen, dass die ersichtlichen handschriftlichen Anmerkungen in den übermittelten LV Seiten offenbar vom VWGH stammen, der den gesamten Verwaltungsakt und die Vergabeunterlagen [...].

Rücksichtlich dieser Teile der Vergabeunterlagen ergeben sich für die Behörde nachstehende verfahrensbezügliche Fragestellungen:

4.1. Ist es strittig, dass die Antragstellerin bei der Bemusterung Komponenten eines Tierhaltungssystems vorgestellt hat, die nicht jenen Fertigstellungsgrad aufgewiesen haben, den ein geliefertes Tierhaltungssystem im Auftragsfalle gehabt hätte?

4.2. Inwieweit haben sich die seitens der Antragstellerin historisch vorgeführten Gerätschaften/Tierhaltungssystemteile von jenen Systemteilen unterschieden, die im Auftragsfalle zu liefern gewesen wären?

4.3. Inwieweit sind die auf Seite 34 aufgelisteten Tierhaltungssystemteile ausreichend dafür, um damit die Zuschlagskriterien Funktionalität/Bedienung und die Technische Ausführung sachverständig iSd § 122 BVergG 2006 bewerten zu können? 4.3. Inwieweit sind die auf Seite 34 aufgelisteten Tierhaltungssystemteile ausreichend dafür, um damit die Zuschlagskriterien Funktionalität/Bedienung und die Technische Ausführung sachverständig iSd Paragraph 122, BVergG 2006 bewerten zu können?

Inwieweit war es 2006 für die Beurteilung nach den aufgestellten (insb Zuschlags-) Kriterien erforderlich, dass die vorgeführten Geräte jenen Entwicklungsstand aufweisen, der dem nachmaligen potentiellen Lieferauftragsgegenstand entspricht; und inwieweit war das Erfordernis eines derart entsprechenden Entwicklungsstands zu dem aus der Ausschreibung ableitbaren frühestmöglichen Bemusterungszeitpunkt für die Antragstellerin (nicht) erkennbar?

4.4. Ist die Möglichkeit zum manuellen oder aber menügesteuerten Umschalten von Über- auf Unterdruckbetrieb; oder Ähnliches wie zB das Einstellen einer Luftwechselrate bzw die Eingabe der Käfiganzahl und Käfigtype jeweils ein Aspekt, der nach dem durch die Verfahrensparteien angelegten Verständnis den formulierten Zuschlagskriterien zu bewerten war?

War - im Falle der Bejahung der vorstehenden Frage - die Bewertung des Angebotsgegenstands der Antragstellerin in diesen Punkten an Hand der zur Bemusterung vorgelegten Gegenstände möglich; oder hätten hier seitens der Antragstellerin weitere/andere Bemusterungsobjekte vorgelegt werden müssen?

4.5. Ist es - vor dem Hintergrund der aufgezeigten nationalstaatlichen Auslegung des § 63 Abs 1 VWGG gemäß übermittelter Literaturstelle - nach jeweiliger Parteilichkeit nunmehr geboten/angestrebt, die vorstehenden Fragestellungen unter Beiziehung eines Sachverständigen seitens der Vergabekontrollbehörde (vor oder aber nach einem zuletzt aufgezeigten, denkmöglichen Vorabentscheidungsersuchen) abzuklären? 4.5. Ist es - vor dem Hintergrund der aufgezeigten nationalstaatlichen Auslegung des Paragraph 63, Absatz eins, VWGG gemäß übermittelter Literaturstelle - nach jeweiliger Parteilichkeit nunmehr geboten/angestrebt, die vorstehenden Fragestellungen unter Beiziehung eines Sachverständigen seitens der Vergabekontrollbehörde (vor oder aber nach einem zuletzt aufgezeigten, denkmöglichen Vorabentscheidungsersuchen) abzuklären?

4.6. Welche drei alternativ und dem Namen, der beruflichen Qualifikation und der Kontaktadresse nach zu benennenden gerichtlich beeideten Sachverständigen können seitens der Parteien benannt werden, die einen ihres Erachtens allenfalls erforderlichen Sachverständigenbeweis über fallbezüglich anstehende Sachverhaltsfragen liefern könnten?

Die Antragstellerin und die Auftraggeberin werden aufgefordert und wird es der Mitbeteiligten freigestellt, zu den vorstehenden Fragestellungen bis zum 22.7.2011, 09.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt Stellung zu nehmen.

...

1.12. In ihrer Eingabe vom 25.7.2011, lfd Nr 26, ist die Antragstellerin - nach einem diesbezüglichen Telefonat ihres Parteilichkeitsvertreters mit dem Senatsvorsitzenden am 22.7.2011 - um Fristerstreckung betreffend die bis 22.7.2011 abverlangten Verfahrenshandlungen bis zu einem Zeitpunkt nach dem Zeitpunkt eingekommen, zu dem feststeht, dass das Feststellungsverfahren weder ausgesetzt wird noch ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird, da eine vorherige Vornahme der bis 22.7.2011 abverlangten Verfahrenshandlungen wider die Verfahrensökonomie wäre, zumal für die Fragestellungen überdies die Beiziehung eines Sachverständigen durch das Bundesvergabeamt notwendig wäre.

1.13. Die BIG ist betreffend die abverlangten Verfahrenshandlungen hinsichtlich der geforderten Sachverständigennominierung gleichfalls um Fristerstreckung eingekommen, hat aber sonst zu den aufgeworfenen Fragen Stellung genommen.

1.14. Das vorliegende Feststellungsverfahren einerseits und der Wiederaufnahmsantrag der BIG andererseits sind dabei vor dem Hintergrund des historischen Nachprüfungsverfahrens insb mit dem Bescheid vom 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88 und dem kassatorischen Erkenntnis des VwGH zu ZI 2007/04/0012 zu sehen; wie folgt:

1.14.1. Der VwGH im Erk 2007/04/0012 zur Frage des Ausscheidensgrunds, dass ein Prototyp keine erprobte Lösung wäre, insb:

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.

Das BVA diesbezüglich zuvor gegenteilig im Nachprüfungsbescheid vom 6.12.2006 insb :

... In verfahrensrechtlicher Sicht ist dabei an dieser Stelle noch anzumerken,

dass nach der hM zum AVG das rechtliche Gehör zu Tatsachen, sprich den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu wahren ist, dass aber die Behörde nicht gehalten ist, den Parteien vorab mitzuteilen wie sie zu entscheiden gedenkt - VwGH 12.12.2001, 2001/03/0044. Ebenso wenig brauchen einer Partei (umfangreich) Angaben und Beweise vorgehalten werden, die die Partei selbst vor- bzw beigebracht hat - VwGH 26.4.2001, 98/16/0265.

Dies alles voraussetzend ist nunmehr festzuhalten, dass im LV der streitgegenständlichen Ausschreibung in den Technischen Vorbemerkungen als grundlegende Anforderung an das zu liefernde IVC - Tierhaltesystem festgeschrieben ist, dass erprobte Lösungen einzusetzen sind. Ausschreibungsunterlagen sind dabei gemäß VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144 nach ihrem objektivem Erklärungswert auszulegen, wobei das Verständnis eines durchschnittlich fachkundigen Bieters anzulegen ist - VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078 unter Hinweis auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00 Siac und EuGH 4.12.2003, Rs C448/01 EVN Wienstrom.

Der (laut eigenen Angaben) Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr DI O***, hat am 30.11.2006 in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass die zu liefern geplante Gebläseeinheit ein Prototyp wäre.

Ein Prototyp ist nach Duden, Deutsches Universalwörterbuch⁵ [in der Technik] eine [vor der Serienproduktion] zur Erprobung und Weiterentwicklung bestimmte erste Ausführung ua einer Maschine.

Der VwGH hat in Bestätigung des Bescheids des BVA v 5.11.2003, 08N-94/03-192 im Erk v 1.3.2005, 2003/04/0199 sinngemäß und vergleichbar ausgesprochen, dass Testsysteme noch nicht im Routinebetrieb verwendet wurden, wenn dieselben nicht in der täglichen praktischen Testanwendung (dort der Untersuchung von Gewebeproben zum Nachweis von TSE - Erregern) verwendet wurden, sondern nur an Hand von Vergleichstestungen im Testzulassungsverfahren [des hinsichtlich des Routinebetriebserfordernisses strittigen Tests] herangezogen wurden. Der Duden, Das Synonymwörterbuch³ versteht dabei unter "routiniert" wiederum etwas, was erprobt und bewährt ist.

Ausgehend von diesem Erkenntnis des VwGH v 1.3.2005 ist nunmehr zum allgemeinen Verständnis des Wortes "erprobt" weiters auf den Duden, Das Synonymwörterbuch³ hinzuweisen, wonach mit diesem Begriff etwas zu verstehen ist, was anerkannt, bekannt, bewährt und eingeführt bzw gängig ist.

Wenn nunmehr die von der Antragstellerin zu liefern geplante IVC - Gebläseeinheit "VENT" mit einer Steuerungseinheit "VENT II" versehen sein sollte und diese IVC - Gebläseeinheit nach den eigenen Angaben des Geschäftsführers der (juristisch wohl: der Komplementärin der) Antragstellerin einen Prototyp darstellt, ist damit durch die bloße Auslegung der Ausschreibung widerlegt, dass die Antragstellerin eine erprobte Lösung angeboten hat. An dieser Stelle ist zur Dokumentation der Relevanz des Einbaus der Steuerungseinheit "Vent II" in die IVC - Gebläseeinheit "Vent" (laut Bezeichnung in der Bieterlücke des LV (Vent Klimateinheit) daran zu erinnern, dass nach der unbestritten gebliebenen Aussage des DI R*** in der Verhandlung am 30.11.2006 die Steuerungseinheit die bestimmungsgemäße Funktion einer Gebläseeinheit gewährleistet, so dass die Steuerungseinheit eben keine marginale Nebensächlichkeit einer IVC - Gebläseeinheit darstellt, sondern für die angestrebte Luftversorgung der Tiere in den Käfigen (mit-) verantwortlich ist.

Die von der Antragstellerin nach den eigenen Angaben angebotene Gebläseeinheit erfüllt sohin nach deren eigenen Angaben betreffend die Lieferung eines Prototypen nicht die grundsätzliche Anforderung an die zu liefernde Ausrüstung gemäß Punkt 1.4) der technischen Vorbemerkungen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, dass erprobte Lösungen einzusetzen sind. Dem Bundesvergabeamt ist diese Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin amtswegig gelegentlich des durchgeführten Ermittlungsverfahrens aufgefallen, wobei Herr DI O*** als Zeuge aus der Sphäre der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 die angebotene Gebläseeinheit als Prototyp bezeichnet hat und dabei betont hat, dass das bei der Antragstellerin am 16.8.2006 bemusterte Gerät aus erprobten Komponenten zusammengesetzt gewesen sein soll; dass jedoch die Steuerungseinheit VENT II in der im LV geforderten Form zuvor bei Tierhaltesystemen noch nicht eingesetzt gewesen ist (Seite 11 der Niederschrift über die Verhandlung vom 30.11.2006, lfd Nr 77). War die Steuerungseinheit der Gebläseeinheit noch nicht in der im LV geforderten Form bei einer Gebläseeinheit eingesetzt, die laut den Sachverhaltsfeststellungen ihrerseits die LWR sowie den Über- und Unterdruckbetrieb in den Tierversuchskäfigen gewährleisten muss, ist die angebotene IVC - Gebläseeinheit keine gängige, bereits bewährte, anerkannte und damit entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch erprobte Lösung. Ein Prototyp ist eben keine erprobte Lösung. Die von der Antragstellerin nach den eigenen Angaben angebotene Gebläseeinheit erfüllt sohin nach deren eigenen Angaben betreffend die Lieferung eines Prototypen nicht die grundsätzliche Anforderung an die zu liefernde Ausrüstung gemäß Punkt 1.4) der technischen Vorbemerkungen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, dass erprobte Lösungen einzusetzen sind. Dem Bundesvergabeamt ist diese Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin amtswegig gelegentlich des durchgeführten Ermittlungsverfahrens aufgefallen, wobei Herr DI O*** als Zeuge aus der Sphäre der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 die angebotene Gebläseeinheit als Prototyp bezeichnet hat und dabei betont hat, dass das bei der Antragstellerin am 16.8.2006 bemusterte Gerät aus erprobten Komponenten zusammengesetzt gewesen sein soll; dass jedoch die Steuerungseinheit VENT römisch zwei in der im LV geforderten Form zuvor bei Tierhaltesystemen noch nicht eingesetzt gewesen ist (Seite 11 der Niederschrift über die Verhandlung vom 30.11.2006, lfd Nr 77). War die Steuerungseinheit der Gebläseeinheit noch nicht in der im LV geforderten Form bei einer Gebläseeinheit eingesetzt, die laut den Sachverhaltsfeststellungen ihrerseits die LWR sowie den Über- und Unterdruckbetrieb in den Tierversuchskäfigen gewährleisten muss, ist die angebotene IVC - Gebläseeinheit keine gängige, bereits bewährte, anerkannte und damit entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch erprobte Lösung. Ein Prototyp ist eben keine erprobte Lösung.

Dieser Ausscheidensgrund ergibt sich aus der Auslegung der Ausschreibung in Zusammenschau mit den eigenen Tatsachenangaben des Herrn DI O***, ohne dass das Bundesvergabeamt diesen Ausscheidensgrund erst durch umfangreiche Ermittlungen zB unter Heranziehung eines Sachverständigen suchen hätte müssen. Bei diesem Verfahrensstand ist es daher auch nicht mehr notwendig, einen Sachverständigen der Regel- oder Steuerungstechnik oder aus dem Fachgebiet des Maschinenbaus beizuziehen oder sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob durch die einvernehmliche Rücknahme des am 16.8.2006 bemusterten Geräts die Angebotsprüfung der Auftraggeberin überhaupt noch nachvollziehbar ist. Der erkannte Ausscheidensgrund ergibt sich vielmehr aus der Antragstellerin selbst zurechenbaren Tatsachenangaben in Verbindung mit dem Text der Ausschreibung, ohne dass dafür das konkret zur Bemusterung vorgeführte Gerät noch bei der Auftraggeberin und in weiterer Folge zur Nachprüfung beim Bundesvergabeamt noch vorhanden sein müsste.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen war dieser Grund, der gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ein Ausscheiden der Antragstellerin zwingend vorgibt, amtswegig aufzugreifen, um zu vermeiden, dass weitergehender Verfahrensaufwand verursacht wird, der das Ergebnis der Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin nicht ändern

würde - § 39 Abs 2 letzter Satz AVG. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen war dieser Grund, der gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ein Ausscheiden der Antragstellerin zwingend vorgibt, amtswegig aufzugreifen, um zu vermeiden, dass weitergehender Verfahrensaufwand verursacht wird, der das Ergebnis der Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin nicht ändern würde - Paragraph 39, Absatz 2, letzter Satz AVG.

Die Antragstellerin wurde zu dieser Frage jedenfalls ausreichend gehört, zumal sich der Ausscheidensgrund aus den von ihr selbst gemachten bzw aus ihr zurechenbaren Tatsachenangaben ergibt und ihr die Ausschreibungsunterlage in der relevanten Passage spätestens seit dem Vorhalt in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 an Herrn DI O*** bekannt ist. Die Antragstellerin hat zudem die für diesen Ausscheidensgrund relevanten Tatsachen selbst erkannt und diesbezüglich bis 4.12.2006 einen entsprechenden Schriftsatz zur Darlegung ihrer eigenen Rechtsposition erstattet - lfd Nr 83 des Verwaltungsakts. Diesbezüglich ist ergänzend daran zu erinnern, dass die Ausschreibung insbesondere auch seitens der Antragstellerin unangefochten geblieben ist. Allfällige Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung dürfen daher vom Bundesvergabeamt (grundsätzlich) nicht mehr aufgegriffen werden - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135, da ansonsten das System der Fristgebundenheit der Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen sinnentleert würde. Wenn daher die Antragstellerin in ihrer Eingabe vom 4.12.2006 ausführt, dass man bei einer Verneinung der Qualifikation des Systems der Antragstellerin als erprobte Lösung verbotene typenspezifische Ausschreibungen verlangen würde, verkennt die Antragstellerin dabei, dass das Bundesvergabeamt einerseits eben grundsätzlich an eine präkludierte Ausschreibung gebunden ist - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135 - und andererseits die Frage, ob ein Angebot in einem wie hier gegenständlichen offenen Vergabeverfahren auszuschneiden ist, eben an Hand der präkludierten Ausschreibung zu beurteilen ist - §§ 123 Abs 1 und 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. ...Die Antragstellerin wurde zu dieser Frage jedenfalls ausreichend gehört, zumal sich der Ausscheidensgrund aus den von ihr selbst gemachten bzw aus ihr zurechenbaren Tatsachenangaben ergibt und ihr die Ausschreibungsunterlage in der relevanten Passage spätestens seit dem Vorhalt in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 an Herrn DI O*** bekannt ist. Die Antragstellerin hat zudem die für diesen Ausscheidensgrund relevanten Tatsachen selbst erkannt und diesbezüglich bis 4.12.2006 einen entsprechenden Schriftsatz zur Darlegung ihrer eigenen Rechtsposition erstattet - lfd Nr 83 des Verwaltungsakts. Diesbezüglich ist ergänzend daran zu erinnern, dass die Ausschreibung insbesondere auch seitens der Antragstellerin unangefochten geblieben ist. Allfällige Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung dürfen daher vom Bundesvergabeamt (grundsätzlich) nicht mehr aufgegriffen werden - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135, da ansonsten das System der Fristgebundenheit der Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen sinnentleert würde. Wenn daher die Antragstellerin in ihrer Eingabe vom 4.12.2006 ausführt, dass man bei einer Verneinung der Qualifikation des Systems der Antragstellerin als erprobte Lösung verbotene typenspezifische Ausschreibungen verlangen würde, verkennt die Antragstellerin dabei, dass das Bundesvergabeamt einerseits eben grundsätzlich an eine präkludierte Ausschreibung gebunden ist - VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135 - und andererseits die Frage, ob ein Angebot in einem wie hier gegenständlichen offenen Vergabeverfahren auszuschneiden ist, eben an Hand der präkludierten Ausschreibung zu beurteilen ist - Paragraphen 123, Absatz eins und 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006. ...

1.15. Der VwGH im Erk 2007/04/0012 zur Frage, ob eine Ausschreibungswidrigkeit und damit ein Ausscheidensgrund vorliegt, wenn bei einer Bemusterung andere Gerätschaften als diejenigen vorgelegt werden, die im Auftragsfalle geliefert würden, insb:

... 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.

[...]

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. ...

Das BVA diesbezüglich zuvor im Nachprüfungsbescheid vom 6.12.2006 insb:

... Unbeschadet der vorstehend ersichtlichen Beurteilung des Angebots der

Antragstellerin als auszuschendend ist dem Bundesvergabeamt im Ermittlungsverfahren ein weiterer zwingender Ausscheidensgrund zur Kenntnis gelangt.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote - wie bereits ausgeführt - zwingend auszuschenden. Die Auftraggeberin hat auf Seite 34 der Angebotsunterlage, dies hier wiederholend, nachstehende Festlegung betreffend eine Teststellung, sprich: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote - wie bereits ausgeführt - zwingend auszuschenden. Die Auftraggeberin hat auf Seite 34 der Angebotsunterlage, dies hier wiederholend, nachstehende Festlegung betreffend eine Teststellung, sprich:

Bemusterung getroffen:

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)

Je 48 Stk. Käfige Typ II L (siehe Pos: 2.1) Je 48 Stk. Käfige Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.1)

Gitterdeckel für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.3) Gitterdeckel für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.3)

Hauben für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.5) Hauben für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.5)

Tränkeflaschen 260ml (inkl. Kappen)

1 Stk. Gebläseeinheit inkl. lufttechnische Anschlusskomponenten. 1 Stk. Transport- und Autoklavierwagen (siehe Pos: 5)

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

Die Ausschreibung ist - wie oben bereits dargestellt - in ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter auszulegen. Mit dieser Auslegungsmaxime kommt man zum Ergebnis, dass die Auftraggeberin mit der Teststellungspassage in der Ausschreibung betreffend die dort angeführten Systembestandteile und insbesondere betreffend die IVC - Gebläseeinheit bemustern, also prüfen wollte, ob die Kriterien der Ausschreibung erfüllt werden.

Auf Grund des Wortes "Kriterien" in dieser Passage fallen über das Gebot der objektiven Auslegung sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien unter diese Bemusterungsbestimmung der Ausschreibung, welche mangels Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden ist.

Mit dem Interpretationsansatz des durchschnittlich fachkundigen Bieters ist dabei weiters klar erkennbar, dass die Auftraggeberin ab der Anberaumung der Teststellung binnen 14 Tagen genau jene Systembestandteile und damit auch jene IVC - Gebläseeinheit vorgestellt haben wollte, die nachmalig im Falle der Auftragserteilung einmal geliefert werden sollte. Das vorgeführte Gerät soll nach dem objektiv erkennbaren Zweck einer derartigen Bemusterungspassage ja gerade die Entscheidungsgrundlage der Auftraggeberin dafür sein, ob die vorgeführten und daher nachmalig in dieser Form gegebenen Falls zu liefernden Geräte die Mindestanforderungen erfüllen, bzw wie die Geräte hinsichtlich einzelner Zuschlagskriterien zu beurteilen sind.

Dieses Auslegungsergebnis wird dabei durch die Definition des Angebots in § 2 Z 3 BVergG 2006 gestützt, wonach das Angebot insbesondere durch die bestimmte Leistung definiert wird. Eine bestimmte Leistung setzt aber voraus, dass - gegenständlich entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb angeboten und daher zur Bemusterung vorgeführt wird, oder aber ein Gerät mit diesbezüglich menügesteuerter Umschaltmöglichkeit. Wenn die Antragstellerin dabei am 16.8.2006 nach den eigenen Angaben im Nachprüfungsantrag kein Gerät vorführte, dass die Möglichkeit eines menügesteuerten Umschaltens von Über- auf Unterdruckbetrieb und umgekehrt vorsah, hingegen selbst behauptet, dass im Falle der Zuschlagserteilung ein derartiges menügesteuertes Gerät geliefert würde (siehe zB 6.1.2 des Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Akts), ist damit erwiesen, dass die Auftraggeberin bereits deshalb bei der Teststellung am 16.8.2006 nicht jenes Gerät als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung hatte, welches die Antragstellerin im Auftragsfall zu liefern gedachte. Dieses Auslegungsergebnis wird dabei durch die Definition des Angebots in Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gestützt, wonach das Angebot insbesondere durch die bestimmte Leistung definiert wird. Eine bestimmte Leistung setzt aber voraus, dass - gegenständlich entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb angeboten und daher zur Bemusterung vorgeführt wird,

oder aber ein Gerät mit diesbezüglich menügesteuerter Umschaltmöglichkeit. Wenn die Antragstellerin dabei am 16.8.2006 nach den eigenen Angaben im Nachprüfungsantrag kein Gerät vorführte, dass die Möglichkeit eines menügesteuerten Umschaltens von Über- auf Unterdruckbetrieb und umgekehrt vorsah, hingegen selbst behauptet, dass im Falle der Zuschlagserteilung ein derartiges menügesteuertes Gerät geliefert würde (siehe zB 6.1.2 des Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Akts), ist damit erwiesen, dass die Auftraggeberin bereits deshalb bei der Teststellung am 16.8.2006 nicht jenes Gerät als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung hatte, welches die Antragstellerin im Auftragsfall zu liefern gedachte.

In gleicher Weise steht unstrittig fest, dass zum Zeitpunkt der Bemusterung der Gebläseeinheit der Antragstellerin am 16.8.2006 die Eingabemöglichkeit der Käfiganzahl und Käfigtype über die Menüsteuerung noch nicht möglich war (Aussage DI R*** am 30.11.2006, Seite 12 der lfd Nr 77; Aussage des DI O*** am 30.11.2006, S 15 der lfd Nr 77, e-mail vom 18.8.2006 von C*** an Dr W***.) Auch insoweit unterscheiden sich die bemusterte und die zu liefern beabsichtigte IVC - Gebläseeinheit ausschreibungswidrig in dem aufgezeigten Sinn.

Zurückkehrend zur Bemusterungspassage der Ausschreibung ist hinsichtlich deren Auslegung weiters festzuhalten, dass in der Ausschreibung ein Ende der Angebotsfrist am 21.7.2006 festgelegt wurde. Hat man nun - wiederholend - die Ausschreibung objektiv auszulegen, gelangt man zum Ergebnis, dass bei einem Schlusstermin für die Angebote am 21.7.2006 und einer normierten 14 - tägigen Vorankündigungspflicht gegenüber dem jeweiligen Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren eine erstmalige Bemusterung bereits am 4.8.2006 stattfinden hätte können.

Ruft man sich vor diesem zeitlichen Hintergrund nochmals den objektiven Zweck der Bemusterung, nämlich die Schaffung von Entscheidungsgrundlagen für nachmalige Ausscheidens-, Zuschlags- oder Widerrufsentscheidungen, in Erinnerung und geht man wie der erkennende Senat davon aus, dass bei der Bemusterung genau jenes Gerät vorzuführen ist, dass später im Falle der Auftragserteilung geliefert werden soll,

bedeutet dies für das hier interessierende Vergabeverfahren, dass jeder Bieter - und damit auch die Antragstellerin bei ihrer Angebotslegung zu gewärtigen hatte, dass die ihrerseits angebotenen Leistungen in der nachmalig allenfalls zu liefernden Form spätestens am 4.8.2006 beim Auftraggeber vorgeführt werden können, insbesondere soweit die einzelnen Systemteile in der Bemusterungspassage als vorzuführend angegeben sind.

Kann eine Bieterin zum Zeitpunkt der Vornahme der Bemusterung durch die Auftraggeberin noch nicht exakt jene Gerätschaften vorführen, welche sie im Auftragsfalle zu liefern gedenken würde, überreicht diese Bieterin ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.

Die Ausschreibungsbestimmungen sehen eben - iS der obigen Auslegung - vor, dass eine bestimmte Leistung, hier insbesondere auch eine bestimmte IVC - Gebläseeinheit angeboten wird, die einerseits Beurteilungsgrundlage für die Beschaffungsentscheidung (-en) der Auftraggeberin und andererseits genau jenes Gerät ist, welches nachmalig im Falle der Zuschlagserteilung auf das in Frage stehende Angebot zu liefern wäre.

Da die gegenständliche Antragstellerin bei der Bemusterung auch am 16.8.2006 insbesondere noch nicht genau jene IVC - Gebläseeinheit vorstellte bzw vorstellen konnte, die später einmal geliefert werden sollte, hat sie ein Angebot gelegt, das zum Zeitpunkt der Bemusterung noch nicht jenen Fertigstellungsgrad erreicht hatte, den die Auftraggeberin auf Basis der objektiven Auslegung der Ausschreibung erstmalig bereits am 4.8.2006 jedenfalls erwarten hätte dürfen.

Das Angebot der Antragstellerin ist daher auch insoweit jedenfalls ausschreibungswidrig und damit zwingend auszuschneiden, zumal die Auftraggeberin ausweislich des Punktes 1.4) der technischen Vorbemerkungen ja gerade erprobte Lösungen beschaffen wollte, bei welchen die Auftraggeberin auf Basis einer solchen Ausschreibungsvorgabe keines Falls damit rechnen musste, dass eine Bieterin bei der angebotenen Lösung wesentliche Systembestandteile wie die IVC - Gebläseeinheit in der zu liefernden (und damit zu bemusternden) Form erst endgültig als Prototyp fertig stellen müsste.

Die hiermit erkannte Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin und damit der daraus abzuleitende zwingende Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ergeben sich dabei wiederum bereits aus den Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin selbst in Zusammenschau mit den sonst seitens des Bundesvergabeamts vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten hinsichtlich der ausdrücklich bekämpften Ausscheidensgründe, welche eine Analyse der Ausschreibung und ein Verständnis vom grundsätzlichen Funktionieren eines IVC - Tierhaltesystems

erforderlich machten. Die hiermit erkannte Ausschreibungswidrigkeit des Angebots der Antragstellerin und damit der daraus abzuleitende zwingende Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ergeben sich dabei wiederum bereits aus den Tatsachenbehauptungen der Antragstellerin selbst in Zusammenschau mit den sonst seitens des Bundesvergabeamts vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten hinsichtlich der ausdrücklich bekämpften Ausscheidensgründe, welche eine Analyse der Ausschreibung und ein Verständnis vom grundsätzlichen Funktionieren eines IVC - Tierhaltungssystems erforderlich machten.

Der gerade aufgezeigte Ausscheidensgrund (zu lieferndes Gerät bei der Bemusterung nicht vorhanden, obwohl in der Ausschreibung für die angebotenen Lösungen in objektiver Aulegung vorgesehen) führt alternativ zum erstaufgezeigten Ausscheidensgrund (keine erprobte Lösung) wiederum dazu, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist. ...

1.16. Der VwGH im Erk 2007/04/0012 zur Frage des menügesteuerten Umschaltens insb:

Auch der Verwaltungsgerichtshof vermag (mangels diesbezüglich näherer Ausführungen im angefochtenen Bescheid) nicht zu erkennen, woraus die belangte Behörde das Erfordernis einer "menügesteuerten" Umschaltmöglichkeit ableitet.

Das BVA diesbezüglich gegenteilig zuvor im Nachprüfungsbescheid vom 6.12.2006 insb auch:

... Dieses Auslegungsergebnis wird dabei durch die Definition des Angebots in §.. Dieses Auslegungsergebnis wird dabei durch die Definition des Angebots in Paragraph

2 Z 3 BVergG 2006 gestützt, wonach das Angebot insbesondere durch die bestimmte Leistung definiert wird. Eine bestimmte Leistung setzt aber voraus, dass - gegenständlich entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb angeboten und daher zur Bemusterung vorgeführt wird, oder aber ein Gerät mit diesbezüglich menügesteuerter Umschaltmöglichkeit. 2 Ziffer 3, BVergG 2006 gestützt, wonach das Angebot insbesondere durch die bestimmte Leistung definiert wird. Eine bestimmte Leistung setzt aber voraus, dass - gegenständlich entweder ein Gerät mit manueller Umschaltung von Über- auf Unterdruckbetrieb angeboten und daher zur Bemusterung vorgeführt wird, oder aber ein Gerät mit diesbezüglich menügesteuerter Umschaltmöglichkeit.

Wenn die Antragstellerin dabei am 16.8.2006 nach den eigenen Angaben im Nachprüfungsantrag kein Gerät vorführte, dass die Möglichkeit eines menügesteuerten Umschaltens von Über- auf Unterdruckbetrieb und umgekehrt vorsah, hingegen selbst behauptet, dass im Falle der Zuschlagserteilung ein derartiges menügesteuertes Gerät geliefert würde (siehe zB 6.1.2 des Nachprüfungsantrags, lfd Nr 1 des Akts), ist damit erwiesen, dass die Auftraggeberin bereits deshalb bei der Teststellung am 16.8.2006 nicht jenes Gerät als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung hatte, welches die Antragstellerin im Auftragsfall zu liefern gedachte.

In gleicher Weise steht unstrittig fest, dass zum Zeitpunkt der Bemusterung der Gebläseeinheit der Antragstellerin am 16.8.2006 die Eingabemöglichkeit der Käfiganzahl und Käfigtype über die Menüsteuerung noch nicht möglich war (Aussage DI R*** am 30.11.2006, Seite 12 der lfd Nr 77; Aussage des DI O*** am 30.11.2006, S 15 der lfd Nr 77, e-mail vom 18.8.2006 von C*** an Dr W***.) Auch insoweit unterscheiden sich die bemusterte und die zu liefern beabsichtigte IVC - Gebläseeinheit ausschreibungswidrig in dem aufgezeigten Sinn. ...

1.17. Der VwGH im Erk 2007/04/0012 zur Frage des hinreichenden rechtlichen Gehörs beim amtswegigen Aufgreifen von Ausscheidensgründen, insb:

... 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). 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).

1.17.1. Das BVA diesbezüglich zuvor im vorangehenden Nachprüfungsverfahren

Zur vom VwGH kritisierten Gehörsverletzung ist vorerst auf die Verhandlungsniederschrift vom 30.11.2006 aus dem Verfahren N/0089-BVA/08/2006 zu verweisen, wo ersichtlich ist, dass den Verfahrensparteien zu den vom VwGH wie ersichtlich konkretisierten Erörterungsthemen eine Schriftsatzmöglichkeit bis 4.12.2006 eingeräumt wurde.

Die Antragstellerin hat aber am 4.12.2006 mit ihrer Eingabe, lfd Nr 83 des Akts N/0089-BVA/08/2006, selbst das amtswegige Aufgreifen von Ausscheidensgründen thematisiert und in dieser Eingabe darauf hingewiesen, dass im iZm dem Thema Prototyp versus Punkt 1.4. der Ausschreibungsunterlage gegenständlich ein Sachverständiger beizuziehen wäre.

Der anwaltlich vertretenen Antragstellerin war damit ausweislich des eigenen Schriftsatzes die rechtliche Konsequenz der Erörterung des Prototypenthemas im Nachprüfungsverfahren bekannt, mit dem erwiesen ist, dass die Antragstellerin nicht nur in der Verhandlung am 30.11.2006 und jedenfalls über Zeugenbefragungen hinaus Gelegenheit gefunden hat, ihre Standpunkte vorzutragen.

1.17.2. Das BVA insoweit im nunmehr aufgehobenen Bescheid:

... Die Antragstellerin wurde zu dieser Frage jedenfalls ausreichend gehört,

zumal sich der Ausscheidensgrund aus den von ihr selbst gemachten bzw aus ihr zurechenbaren Tatsachenangaben ergibt und ihr die Ausschreibungsunterlage in der relevanten Passage spätestens seit dem Vorhalt in der mündlichen Verhandlung am 30.11.2006 an Herrn DI O*** bekannt ist. Die Antragstellerin hat zudem die für diesen Ausscheidensgrund relevanten Tatsachen selbst erkannt und diesbezüglich bis 4.12.2006 einen entsprechenden Schriftsatz zur Darlegung ihrer eigenen Rechtsposition erstattet - lfd Nr 83 des Verwaltungsakts. ...

1.18. Die BIG überreichte, wie bereits erwähnt, nach Zustellung des kassatorischen Erkenntnisses zu Z2007/04/0012 einen Wiederaufnahmsantrag beim VwGH - Wiederaufnahmeverfahren zu ZI 2011/04/0125.

Die BIG macht in diesem Wiederaufnahmeverfahren die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den VwGH gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VwGG geltend und begründete dies sinngemäß insb wie folgt: Die BIG macht in diesem Wiederaufnahmeverfahren die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den VwGH gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG geltend und begründete dies sinngemäß insb wie folgt:

1.18.1. Der VwGH laste dem BVA im Erkenntnis die Verletzung des rechtlichen Gehörs deshalb an, weil der Antragstellerin nicht hinreichend zum Umstand gehört worden wäre, dass die Absicht bestünde, dass bestimmte Tatsachen als Ausscheidensgrund zu Lasten der Antragstellerin herangezogen würden. Dies widerspreche dem Nachprüfungsgehehen.

1.18.2. Der fallgegenständlich bemusterte Prototyp wäre entgegen dem Erkenntnis und im Sinne des aufgehobenen Bescheids keine erprobte Lösung, ohne dass man dazu einen Sachverständigen befragen müsse. Auch insoweit überrasche das kassatorische Erkenntnis des VwGH.

1.18.3. Der Wiederaufnahmsantrag zitiert ausdrücklich den Kauf nach Muster iSd § 922 ABGB bzw iSd Art 35 UN - Kaufrechtsübereinkommens und unterstreicht eine der Antragstellerin zuzurechnende Aussage iZm dem Vorgang eines

Kauf nach Muster in der Verhandlung vom 30.11.2006.1.18.3. Der Wiederaufnahmsantrag zitiert ausdrücklich den Kauf nach Muster iSd Paragraph 922, ABGB bzw iSd Artikel 35, UN - Kaufrechtsübereinkommens und unterstreicht eine der Antragstellerin zuzurechende Aussage iZm dem Vorgang eines Kaufs nach Muster in der Verhandlung vom 30.11.2006.

Zur Gegenüberstellung der Ausschreibung der BIG zu dem VwGH - Erk v 12.5.2011,2007/04/0012

1.8.3.1. Die BIG (auch entsprechend den Feststellungen im Bescheid vom 6.12.2006) in deren Ausschreibung:

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) Je 48 Stk. Käfige Typ II L (siehe Pos: 2.1) 1 Stk. Käfig-Rack für Typ römisch zwei L - Käfige (siehe Pos: 1.1) Je 48 Stk. Käfige Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.1)

Gitterdeckel für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.3) Gitterdeckel für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.3)

Hauben für Käfige, Typ II L (siehe Pos: 2.5) Hauben für Käfige, Typ römisch zwei L (siehe Pos: 2.5)

Tränkeflaschen 260ml (inkl. Kappen)

1 Stk. Gebläseeinheit inkl. lufttechnische Anschlusskomponenten. 1 Stk. Transport- und Autoklavierwagen (siehe Pos: 5)

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

1.8.3.2. Der VwGH in rechtlicher Hinsicht im nunmehrigen im Erkenntnis:

... 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. ...

1. 19. Ziffer 19

Die Antragstellerin hat in ihrer Eingabe vom 7.7.2011 Argumente gegen eine Verfahrensaussetzung und gegen die Vorlage unionsrechtlicher Fragen an den EuGH vorgetragen. Wider die Verfahrensaussetzung brachte die Antragstellerin in der Eingabe, lfd Nr 18 des Akts F/0010-BVA/08/2011, insb vor, dass die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens deshalb nicht vorliegen würden, weil einerseits seitens der BIG keine einzige Vorschrift des VwGG über das rechtliche Gehör bezeichnet wurde, die verletzt worden wäre; und dass andererseits aus dem Wiederaufnahmsantrag nicht ersichtlich ist, inwieweit bei der Gewährung weiteren rechtlichen Gehörs durch den VwGH das verwaltungsgerichtliche Erkenntnis anders gelautet hätte. Diese im Wiederaufnahmsantrag fehlenden Angaben würden den Wiederaufnahmsantrag aussichtslos erscheinen lassen, so dass das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt nicht auszusetzen wäre.

Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH insb iZm einem Kauf nach Muster (zB iSd Art 2 Abs 2 lit a RL 1999/44/EG) samt einer einhergehenden unionsrechtlichen Frage iZm § 63 VwGG wäre nicht indiziert, weil insb die Thematik des Kaufs nach Muster für das nunmehrige Feststellungsverfahren nicht entscheidungsrelevant wäre. Die streitige Ausschreibung würde nämlich formalrechtlich keinen Kauf nach Muster regeln. Im Übrigen hätte das Vergaberecht insb Vorrang vor allfälligen gemeinschafts- und zivilrechtlichen Vorschriften iZm einem Kauf nach Muster. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH insb iZm einem Kauf nach Muster (zB iSd Artikel 2, Absatz 2, Litera a, RL 1999/44/EG) samt einer einhergehenden unionsrechtlichen Frage iZm Paragraph 63, VwGG wäre nicht indiziert, weil insb die Thematik des Kaufs nach Muster für das nunmehrige Feststellungsverfahren nicht entscheidungsrelevant wäre. Die streitige Ausschreibung würde nämlich formalrechtlich keinen Kauf nach Muster regeln. Im Übrigen hätte das Vergaberecht insb Vorrang vor allfälligen gemeinschafts- und zivilrechtlichen Vorschriften iZm einem Kauf nach Muster.

1. 20. Ziffer 20

Der vorliegende Streitfall ist dabei vor dem weiteren Hintergrund zu sehen, dass die Antragstellerin mehrfach im Nachprüfungsverfahren (zB in der Eingabe vom 4.12.2006, lfd Nr 83 des Akts N/0089-BVA/08/2011) und die BIG zB in deren Wiederaufnahmsantrag beim VwGH betonen, dass zum Nachweis von angebotsbezüglichen

Ausscheidensgründen das historisch einige Tage im Vergabeverfahren antragstellerinnenseits vorgelegte Muster notwendig ist bzw sein dürfte; und heute insoweit erhebliche Nachweisschwierigkeiten auftreten werden bzw könnten.

Sohin werden nach den Parteienangaben nunmehr im Feststellungsverfahren - abseits der denkbaren beweislasmäßigen Rechtsfolgen für diesen konkreten Sachverhalt, auch iZm EuGH C-314/09 iVm §§ 338 und 341 BVergG 2006 - Aussagen zu treffen sein, die rechtlich für Bemusterungen in Vergabeverfahren generell bedeutsam sein könnten, Sohin werden nach den Parteienangaben nunmehr im Feststellungsverfahren - abseits der denkbaren beweislasmäßigen Rechtsfolgen für diesen konkreten Sachverhalt, auch iZm EuGH C-314/09 in Verbindung mit Paragraphen 338 und 341 BVergG 2006 - Aussagen zu treffen sein, die rechtlich für Bemusterungen in Vergabeverfahren generell bedeutsam sein könnten, zumal sich insoweit die Frage stellt, ob ein Auftraggeber zu gewährleisten hat, dass Bemusterungsobjekte allenfalls sehr lange in einem Vergabeverfahren, in einem Vergabekontrollverfahren und auch noch für die Dauer eines Bescheidbeschwerdeverfahrens beim VwGH aufzubewahren sind, um zB weitere Ausscheidensgründe nachweisen zu können, wenn ein herangezogener Ausscheidensgrund letztlich höchstgerichtlich nicht als gerechtfertigt erkannt wird. Dies alles in Zusammenschau mit der weiteren Thematik des potentiell erheblichen Verwahrungsaufwands samt einhergehenden Verwahrungspflichten auf verschiedenen Ebenen (Auftraggeber, Vergabekontrolle, ...); und andererseits iZm der Thematik, dass potentielle Anbieter von teureren (Investitions-) Gütern bei öffentlichen Auftragsvergaben die Bereitschaft zur eigenen Angebotslegung inklusive einer eigenen Bemusterung in Relation zu den eigenen Teilnahmekosten bei Beteiligung an diesem Vergabeverfahren setzen werden, was naheliegend und volkswirtschaftlich relevant entweder zu einer Reduktion der im vergaberechtlichen Parallelwettbewerb gelegten (und dort grundsätzlich angestrebten) Angebote bei Vergaben; oder aber zu höheren Kosten der Teilnahme an Vergabeverfahren bzw zu höheren Angebotspreisen führen könnte.

1. 2.Ziffer 2

Beweiswürdigung

Der festgestellte spruchrelevante Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten zu N/0089-BVA/08/2006 und zu F/0010-BVA/08/2011; sowie aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Über § 345 Abs 14 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 und § 345 Abs 13 BVergG 2006 idFBGBl I 2007/86 findet auf das gegenständliche Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 das BVergG 2006 in dessen Stammfassung BGBl I 2006/17 Anwendung. 3.1. Über Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 idF BGBl römisch eins 2010/15 und Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 findet auf das gegenständliche Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 das BVergG 2006 in dessen Stammfassung BGBl römisch eins 2006/17 Anwendung.

Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels gegenteiliger Angabe auf das BVergG 2006 idF BGBl I 2006/17. Spätestens seit der Verhandlung am 30.11.2006 im Nachprüfungsverfahren N/0089- BVA/08/2006 hat das Unmittelbarkeitsprinzip dazu geführt, dass die gemäß der ab 1.2.2006 geltenden Geschäftsverteilung bei Erlassung des Bescheids vom 6.12.2006 tätigen Mitglieder des Senats 8 des BVA das Nachprüfungsverfahren vorrangig weiter zu bearbeiten hatten - § 317 BVergG 2006 iVm § 7 Abs 4 der Geschäftsverteilung des BVA ab 1.2.2006 iVm den Übergangsbestimmungen der seit damals ergangenen neuen Geschäftsverteilungen des BVA, wie unter www.bva.gv.at/Bundesvergabeamt kundgemacht. Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels gegenteiliger Angabe auf das BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17. Spätestens seit der Verhandlung am 30.11.2006 im Nachprüfungsverfahren N/0089- BVA/08/2006 hat das Unmittelbarkeitsprinzip dazu geführt, dass die gemäß der ab 1.2.2006 geltenden Geschäftsverteilung bei Erlassung des Bescheids vom 6.12.2006 tätigen Mitglieder des Senats 8 des BVA das Nachprüfungsverfahren vorrangig weiter zu bearbeiten hatten - Paragraph 317, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 7, Absatz 4, der Geschäftsverteilung des BVA ab 1.2.2006 in Verbindung mit den Übergangsbestimmungen der seit damals ergangenen neuen Geschäftsverteilungen des BVA, wie unter www.bva.gv.at/Bundesvergabeamt kundgemacht.

Da § 331 Abs 4 BVergG 2006 die antragsgebundene Weiterführung eines Nachprüfungsverfahrens als

Feststellungsverfahren regelt, bewirkt diese Verfahrensumwandlung des ursprünglichen Nachprüfungsverfahrens (unter zusätzlicher Berücksichtigung des § 24 Abs 2 Z 7 PStG betreffend die tätige Beisitzerin) sohin auch die perpetuierte vorrangige Zuständigkeit der ursprünglich tätigen BVA - Mitglieder in diesem - nunmehr mit Feststellungsbegehren weiterzuführenden BVA - Verfahren, was insoweit auch für diesen akzessorischen Aussetzungsbescheid gilt. Da Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 die antragsgebundene Weiterführung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren regelt, bewirkt diese Verfahrensumwandlung des ursprünglichen Nachprüfungsverfahrens (unter zusätzlicher Berücksichtigung des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 7, PStG betreffend die tätige Beisitzerin) sohin auch die perpetuierte vorrangige Zuständigkeit der ursprünglich tätigen BVA - Mitglieder in diesem - nunmehr mit Feststellungsbegehren weiterzuführenden BVA - Verfahren, was insoweit auch für diesen akzessorischen Aussetzungsbescheid gilt.

3.2. Unionsrechtlich erscheinen dem erkennenden Senat für die Durchführung des nunmehrigen Feststellungsverfahrens insb einerseits der Warenmusterbegriff des Art 2 Abs 2 lit a RL 1999/44/EG einerseits und andererseits der Art 2c RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG iZm dem einschlägigen intertemporalen Recht für die Entscheidung in diesem Feststellungsverfahren beachtlich. Über die Frage der unionsrechtlich mangels gegenteiliger privatautonomer Festlegungen durch das nachgiebige (dispositive) Recht (iSv Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹², I, 40) allfällig gebotenen Identität eines Warenmusters mit dem späteren Lieferauftragsgegenstand iVm Eventualfragen iZm dem Vorrang des Unionsrechts hinaus könnte in diesem Feststellungsverfahren zudem entscheidungserheblich werden.^{3.2.} Unionsrechtlich erscheinen dem erkennenden Senat für die Durchführung des nunmehrigen Feststellungsverfahrens insb einerseits der Warenmusterbegriff des Artikel 2, Absatz 2, Litera a, RL 1999/44/EG einerseits und andererseits der Artikel 2 c, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG iZm dem einschlägigen intertemporalen Recht für die Entscheidung in diesem Feststellungsverfahren beachtlich. Über die Frage der unionsrechtlich mangels gegenteiliger privatautonomer Festlegungen durch das nachgiebige (dispositive) Recht (iSv Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹², römisch eins, 40) allfällig gebotenen Identität eines Warenmusters mit dem späteren Lieferauftragsgegenstand in Verbindung mit Eventualfragen iZm dem Vorrang des Unionsrechts hinaus könnte in diesem Feststellungsverfahren zudem entscheidungserheblich werden,

ob die vom EuGH in der Rechtssache C-249/01 judizierte Zulässigkeit des amtswegigen Aufgreifens von Ausscheidensgründen durch die gerichtsäquivalente Nachprüfungsinstanz iSd Art 2 Abs 9 RL 89/665/EWG (idF RL 2007/66/EG) seit Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2007/66/EG nunmehr geändert dahin zu beurteilen ist, dass nurmehr die gemäß Art 2c RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG jedweder übermittelten Auftraggeberentscheidung beizugebende zusammengefasste Entscheidungsbegründung zur Rechtfertigung einer Auftraggeberentscheidung - wie der streitigen Ausscheidensentscheidung - vor der Vergabekontrollbehörde herangezogen werden darf, zumal das Urteil des EuGH in der Rs C-406/08 zur Rechtslage vor (Ablauf der Umsetzungsfrist) der RL 2007/66/EG ergangen ist. Dem erkennenden Senat erscheint es nunmehr zweckmäßig, jedenfalls so lange kein supranationales Vorabentscheidungsersuchen weiter zu erwägen bzw allenfalls zu beschließen, so lange nicht das Schicksal des Wiederaufnahmeantrags zu ZI 2011/04/0125 beim VwGH innerstaatlich geklärt ist, da bei einer denkbar erscheinenden, für die BIG positiven Wiederaufnahmserledigung die innerstaatlichen Rechtswirkungen des Erkenntnisses zu VwGH ZI 2007/04/0012 entfallen würden, welches derzeit das nunmehrige Feststellungsverfahren - innerstaatlich - über § 63 VwGG determiniert. ob die vom EuGH in der Rechtssache C-249/01 judizierte Zulässigkeit des amtswegigen Aufgreifens von Ausscheidensgründen durch die gerichtsäquivalente Nachprüfungsinstanz iSd Artikel 2, Absatz 9, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG seit Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2007/66/EG nunmehr geändert dahin zu beurteilen ist, dass nurmehr die gemäß Artikel 2 c, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG jedweder übermittelten Auftraggeberentscheidung beizugebende zusammengefasste Entscheidungsbegründung zur Rechtfertigung einer Auftraggeberentscheidung - wie der streitigen Ausscheidensentscheidung - vor der Vergabekontrollbehörde herangezogen werden darf, zumal das Urteil des EuGH in der Rs C-406/08 zur Rechtslage vor (Ablauf der Umsetzungsfrist) der RL 2007/66/EG ergangen ist. Dem erkennenden Senat erscheint es nunmehr zweckmäßig, jedenfalls so lange kein supranationales Vorabentscheidungsersuchen weiter zu erwägen bzw allenfalls zu beschließen, so lange nicht das Schicksal des Wiederaufnahmeantrags zu ZI 2011/04/0125 beim VwGH innerstaatlich geklärt ist, da bei einer denkbar erscheinenden, für die BIG positiven Wiederaufnahmserledigung die innerstaatlichen Rechtswirkungen des Erkenntnisses zu VwGH ZI 2007/04/0012 entfallen würden, welches derzeit das nunmehrige Feststellungsverfahren - innerstaatlich - über Paragraph 63, VwGG determiniert.

3.3. Der Antragstellerin, die sich jedenfalls noch am 7.7.2011 ausdrücklich gegen eine Verfahrensaussetzung ausgesprochen hat, ist zuzugestehen, dass eine Verfahrensaussetzung des Feststellungsverfahrens unzweckmäßig wäre, wenn der Wiederaufnahmsantrag der BIG beim VwGH tatsächlich evident aussichtslos wäre. Die Antragstellerin stützt ihre Auffassung in ihrer Eingabe vom 7.7.2011 aber im Wesentlichen auf Erkenntnisse, die vor dem Beschluss des verstärkten Senats des VwGH v 24.11.1998, 96/08/0406 liegen.

3.3.1. In der hier grundgelegten Höchstgerichtsentscheidung gemäß § 13 VwGG hat der VwGH wie folgt ausgeführt: 3.3.1. In der hier grundgelegten Höchstgerichtsentscheidung gemäß Paragraph 13, VwGG hat der VwGH wie folgt ausgeführt:

... 2. Der Verwaltungsgerichtshof hatte aus Anlaß des vorliegenden Antrages

aber auch das Vorliegen eines anderen als des genannten Wiederaufnahmegrundes zu prüfen, wie er dies in seiner bisherigen Rechtsprechung bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht hat. So hat der Gerichtshof sowohl einen als Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezeichneten Antrag als einen solchen auf Wiederaufnahme des Verfahrens beurteilt (Beschluss vom 7. Juli 1987, Zl. 87/07/0063) als auch Wiederaufnahmeanträge, die durch Anführung einer bestimmten Ziffer des § 45 Abs. 1 VwGG ausdrücklich auf einen bestimmten Wiederaufnahmegrund gestützt worden waren, auch hinsichtlich des Vorliegens anderer in § 45 Abs. 1 leg. cit. genannter Gründe geprüft (vgl. die Beschlüsse vom 14. März 1988, Zlen. 88/10/0024, 0028, vom 15. September 1992, Zl. 92/04/0185, vom 15. Dezember 1992, Zl. 92/11/0249, vom 10. Oktober 1995, Zl. 95/20/0402, und vom 21. Mai 1996, Zlen. 96/04/0076, 0077). aber auch das Vorliegen eines anderen als des genannten Wiederaufnahmegrundes zu prüfen, wie er dies in seiner bisherigen Rechtsprechung bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht hat. So hat der Gerichtshof sowohl einen als Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezeichneten Antrag als einen solchen auf Wiederaufnahme des Verfahrens beurteilt (Beschluss vom 7. Juli 1987, Zl. 87/07/0063) als auch Wiederaufnahmeanträge, die durch Anführung einer bestimmten Ziffer des Paragraph 45, Absatz eins, VwGG ausdrücklich auf einen bestimmten Wiederaufnahmegrund gestützt worden waren, auch hinsichtlich des Vorliegens anderer in Paragraph 45, Absatz eins, leg. cit. genannter Gründe geprüft vergleiche die Beschlüsse vom 14. März 1988, Zlen. 88/10/0024, 0028, vom 15. September 1992, Zl. 92/04/0185, vom 15. Dezember 1992, Zl. 92/11/0249, vom 10. Oktober 1995, Zl. 95/20/0402, und vom 21. Mai 1996, Zlen. 96/04/0076, 0077).

Der Verwaltungsgerichtshof bleibt bei dieser Rechtsprechung:

Die Prüfung eines Wiederaufnahmeantrages durch den Verwaltungsgerichtshof ist nicht auf jene Ziffern des § 45 Abs. 1 VwGG beschränkt, auf die sich der Antrag ausdrücklich stützt; er hat gegebenenfalls auch andere der im § 45 Abs. 1 Z. 1 bis 5 VwGG genannten Wiederaufnahmegründe zu berücksichtigen, sofern ein solcher Wiederaufnahmegrund nach den im Antrag behaupteten Umständen erkennbar ist und eine solche Prüfung daher angezeigt erscheint. ... Die Prüfung eines Wiederaufnahmeantrages durch den Verwaltungsgerichtshof ist nicht auf jene Ziffern des Paragraph 45, Absatz eins, VwGG beschränkt, auf die sich der Antrag ausdrücklich stützt; er hat gegebenenfalls auch andere der im Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins bis 5 VwGG genannten Wiederaufnahmegründe zu berücksichtigen, sofern ein solcher Wiederaufnahmegrund nach den im Antrag behaupteten Umständen erkennbar ist und eine solche Prüfung daher angezeigt erscheint. ...

3.3.2. Insoweit steht daher für den erkennenden Senat des BVA unter Berücksichtigung der Ausführungen des VwGH im gerade zitierten Beschluss zu 96/08/0406 aus den weiter unten dargestellten Gründen vorerst fest, dass eine Aussichtslosigkeit der Wiederaufnahmsantrags der BIG beim VwGH keinesfalls evident ist.

Eine Verfahrensaussetzung erscheint daher zweckmäßig, da das verwaltungsgerichtliche Wiederaufnahmeverfahren die Entscheidung des BVA im gegenständlichen Feststellungsverfahren iSd § 38 AVG präjudiziert; und es unzweckmäßig wäre, Eine Verfahrensaussetzung erscheint daher zweckmäßig, da das verwaltungsgerichtliche Wiederaufnahmeverfahren die Entscheidung des BVA im gegenständlichen Feststellungsverfahren iSd Paragraph 38, AVG präjudiziert; und es unzweckmäßig wäre,

seitens des BVA unter Berücksichtigung der aktuellen Determinierung durch das ergangene Erkenntnis über § 63 VwGG im eigenen Feststellungsverfahren voranzuschreiten, um danach allenfalls selbst eine Wiederaufnahme gemäß 69 Abs 1 Z 3 AVG erwägen zu müssen, sofern der VwGH im nunmehr präjudizierenden Wiederaufnahmeverfahren dem Wiederaufnahmsantrag stattgibt. Im Falle der Wiederaufnahme des durch das Erkenntnis abgeschlossenen Bescheidbeschwerdeverfahrens würde das ergangene VwGH - Erkenntnis aus dem Rechtsbestand beseitigt und

befände sich das Bescheidbeschwerdeverfahren zu ZI 2007/04/0012 neuerlich im Stadium vor der erledigenden Entscheidung des VwGH - Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 199; bzw § 62 Abs 1 VwGG iVm den Ausführungen zur Wiederaufnahme im AVG bei Thienel/Schulev-Steindl, Handbuch des Verwaltungsverfahrensrechts⁵, 322; es würde im Falle einer Wiederaufnahme aber jedenfalls eine Bindungswirkung des BVA an das Erkenntnis vom 12.5.2011 gemäß § 63 VwGG entfallen. seitens des BVA unter Berücksichtigung der aktuellen Determinierung durch das ergangene Erkenntnis über Paragraph 63, VwGG im eigenen Feststellungsverfahren voranzuschreiten, um danach allenfalls selbst eine Wiederaufnahme gemäß 69 Absatz eins, Ziffer 3, AVG erwägen zu müssen, sofern der VwGH im nunmehr präjudizierenden Wiederaufnahmeverfahren dem Wiederaufnahmsantrag stattgibt. Im Falle der Wiederaufnahme des durch das Erkenntnis abgeschlossenen Bescheidbeschwerdeverfahrens würde das ergangene VwGH - Erkenntnis aus dem Rechtsbestand beseitigt und befände sich das Bescheidbeschwerdeverfahren zu ZI 2007/04/0012 neuerlich im Stadium vor der erledigenden Entscheidung des VwGH - Oberndorfer, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 199; bzw Paragraph 62, Absatz eins, VwGG in Verbindung mit den Ausführungen zur Wiederaufnahme im AVG bei Thienel/Schulev-Steindl, Handbuch des Verwaltungsverfahrensrechts⁵, 322; es würde im Falle einer Wiederaufnahme aber jedenfalls eine Bindungswirkung des BVA an das Erkenntnis vom 12.5.2011 gemäß Paragraph 63, VwGG entfallen.

3.4. Zu der von der Antragstellerin behaupteten Aussichtslosigkeit des Wiederaufnahmsantrags:

3.4.1. Gemäß VwGH (verstärkter Senat) 96/08/0406 greift der VwGH Wiederaufnahmsgründe auf, soweit die Wiederaufnahmsgründe für den VwGH aus dem Wiederaufnahmsantrag erkennbar sind.

Sohin kann entgegen den Ausführungen der Antragstellerin beim BVA die Erledigung des Wiederaufnahmsantrags der BIG beim VwGH nicht davon abhängen, ob die BIG dem Paragraphen, dem Absatz bzw der Ziffer nach Rechtsvorschriften in den Wiederaufnahmsantrag angenommen hat, die nach Auffassung der BIG als Vorschriften über das rechtliche Gehör verletzt worden sind. Es kommt vielmehr nur auf die Erkennbarkeit eines in § 45 Abs 1 VwGG aufgezählten Wiederaufnahmsgrunds an. Sohin kann entgegen den Ausführungen der Antragstellerin beim BVA die Erledigung des Wiederaufnahmsantrags der BIG beim VwGH nicht davon abhängen, ob die BIG dem Paragraphen, dem Absatz bzw der Ziffer nach Rechtsvorschriften in den Wiederaufnahmsantrag angenommen hat, die nach Auffassung der BIG als Vorschriften über das rechtliche Gehör verletzt worden sind. Es kommt vielmehr nur auf die Erkennbarkeit eines in Paragraph 45, Absatz eins, VwGG aufgezählten Wiederaufnahmsgrunds an.

3.4.2. Der VwGH hat den Bescheid des BVA wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben, nicht aber wegen Verfahrens- und insb Begründungsmängeln. Der EuGH hat in der Rs C- 312/93 ein Neuerungsverbot rücksichtlich gemeinschaftsrechtlicher Aspekte verneint.

Der VwGH beurteilt vergabekontrollbehördliche Bescheide "im Ergebnis nicht rechtswidrig" - siehe zuletzt zB VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011.

Für den erkennenden Senat des BVA war es vorerst ident wie für die BIG (laut deren Wiederaufnahmsantrag) jedenfalls auch überraschend, dass man gegenständlich zur Frage, ob der seitens der Antragstellerin vorgelegte Prototyp eine erprobte Lösung iSd Ausschreibung ist, einen Sachverständigen bestellen müsste.

Zudem ist der § 41 Abs 1 letzter Satz VwGG nach der hier angelegten Rechtsmeinung unionsrechtskonform iSd nunmehrigen Art 4 Abs 3 EUV iVm den aus Art 288 AEUV abgeleiteten Rechtsfolgen, (- zu diesen siehe zB Hetmeier in Lenz/Borchardt, EU - Verträge⁵ Art 288 Rz 36ff -) dahin auszulegen, dass der VwGH vor seinem Erkenntnis vom 12.5.2011, 2007/04/0012 mit den Verfahrensparteien vor dem VwGH jedenfalls hätte ausdrücklich erörtern müssen, dass er davon ausgeht, Zudem ist der Paragraph 41, Absatz eins, letzter Satz VwGG nach der hier angelegten Rechtsmeinung unionsrechtskonform iSd nunmehrigen Artikel 4, Absatz 3, EUV in Verbindung mit den aus Artikel 288, AEUV abgeleiteten Rechtsfolgen, (- zu diesen siehe zB Hetmeier in Lenz/Borchardt, EU - Verträge⁵ Artikel 288, Rz 36ff -) dahin auszulegen, dass der VwGH vor seinem Erkenntnis vom 12.5.2011, 2007/04/0012 mit den Verfahrensparteien vor dem VwGH jedenfalls hätte ausdrücklich erörtern müssen, dass er davon ausgeht,

dass entweder die Ausschreibung ausdrücklich vorsehen müsste, dass bei einer Bemusterung, die nach dem Text des aufgehobenen Bescheids zur Bewertung von (insb Zuschlags-) Kriterien diene, solche Waren vorgeführt werden müssen, die jenen Fertigstellungsgrad aufweisen wie der nachmalige Lieferauftragsgegenstand;

oder dass mangels ausdrücklicher Festlegung in der Ausschreibung in diesem Sinne bei einer Bemusterung auch

unfertige, noch nicht funktionierende bzw andere Waren vorgelegt werden dürfen, zumal im aufgehobenen Bescheid auf Seite 27 ausdrücklich festgehalten war, dass die Antragstellerin sogar nach deren eigenen Angaben im Auftragsfalle eine menügesteuerte IVC - Gebläseeinheit liefern würde; und sohin ihren eigenen Angebotsinhalt selbst derart konkretisiert hat.

Hätte der VwGH den § 41 VwGG insoweit angewandt, hätten die Verfahrensparteien die Möglichkeit gehabt, insoweit ihren Standpunkt darzulegen. Hätte der VwGH den Paragraph 41, VwGG insoweit angewandt, hätten die Verfahrensparteien die Möglichkeit gehabt, insoweit ihren Standpunkt darzulegen.

Der 922 ABGB, der innerstaatlich den Art 2 Abs 2 lit a RL 1999/44/EG allgemein - privatrechtlich umsetzt, bewirkt als dispositives Recht, dass eine bemusterte Ware jedenfalls mangels gegenteiliger Vereinbarungen Maßstab dafür ist, inwieweit eine nach Vertragsabschluss zu liefernde Ware welche Funktionalitäten und Eigenschaften zu haben hat. Art 35 Abs 2 lit c UN - Kaufrecht führt im internationalen Handelskauf zum identen Ergebnis. Der 922 ABGB, der innerstaatlich den Artikel 2, Absatz 2, Litera a, RL 1999/44/EG allgemein - privatrechtlich umsetzt, bewirkt als dispositives Recht, dass eine bemusterte Ware jedenfalls mangels gegenteiliger Vereinbarungen Maßstab dafür ist, inwieweit eine nach Vertragsabschluss zu liefernde Ware welche Funktionalitäten und Eigenschaften zu haben hat. Artikel 35, Absatz 2, Litera c, UN - Kaufrecht führt im internationalen Handelskauf zum identen Ergebnis.

Insoweit erscheint das VwGH - Erkenntnis für den erkennenden Senat des BVA überraschend iSd §§ 41 und 45 Abs 1 Z 4 VwGG, wenn der VwGH dort offenbar verlangt hat, dass die Ausschreibung ausdrücklich verlangen müsste, dass zum Bemusterungszeitpunkt bereits alle Produkteigenschaften vorliegen müssen. Insoweit erscheint das VwGH - Erkenntnis für den erkennenden Senat des BVA überraschend iSd Paragraphen 41 und 45 Absatz eins, Ziffer 4, VwGG, wenn der VwGH dort offenbar verlangt hat, dass die Ausschreibung ausdrücklich verlangen müsste, dass zum Bemusterungszeitpunkt bereits alle Produkteigenschaften vorliegen müssen.

Wiederholend insoweit der VwGH, [Hervorhebungen durch das BVA]:

... 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. ...

Nach Auffassung des erkennenden Senats des BVA würden insb die ex offo beachtlichen Art 2 Abs 2 lit a RL 1999/44/EG und Art 35 Abs 2 lit c UN - Kaufrechtsübereinkommen dafür sprechen, dass bei der gegenständlichen Bemusterung für objektiv redliche Vergabeverfahrensbeteiligte die bemusterten Waren (- bestandteile) bereits alle Produkteigenschaften des späteren Lieferauftragsgegenstands haben mussten, weil die streitgegenständliche Ausschreibung gerade nichts ausdrücklich vom dispositiven Recht Abweichendes vorgesehen hat. Die vorgelegten Bemusterungsgegenstände sollte ja auch hier gerade Grundlage für die Kaufentscheidung samt den vorangehenden Auftraggeberentscheidungen im Vergabeverfahren der BIG sein. Nach Auffassung des erkennenden Senats des BVA würden insb die ex offo beachtlichen Artikel 2, Absatz 2, Litera a, RL 1999/44/EG und Artikel 35, Absatz 2, Litera c, UN - Kaufrechtsübereinkommen dafür sprechen, dass bei der gegenständlichen Bemusterung für objektiv redliche Vergabeverfahrensbeteiligte die bemusterten Waren (- bestandteile) bereits alle Produkteigenschaften des späteren Lieferauftragsgegenstands haben mussten, weil die streitgegenständliche Ausschreibung gerade nichts ausdrücklich vom dispositiven Recht Abweichendes vorgesehen hat. Die vorgelegten Bemusterungsgegenstände sollte ja auch hier gerade Grundlage für die Kaufentscheidung samt den vorangehenden Auftraggeberentscheidungen im Vergabeverfahren der BIG sein.

Bei einer Erörterung gemäß § 41 VwGG in diesem Punkt hätte insb auch das BVA diese Auffassung dartun können, die zum anderen Verfahrensergebnis (der Beschwerdeabweisung) beim VwGH führen hätte können. Da insb auch der gerade dargestellte Wiederaufnahmsgrund gemäß §§ 41 und 45 Abs 1 Z 4 VwGG iZm der Bemusterung durch die Zitierung des § 922 ABGB und des Art 35 UN - KR im Wiederaufnahmsantrag in Zusammenhang mit dem beim VwGH z u 2007/04/0012 angefochtenen und aufgehobenen Bescheid nach Auffassung des BVA aus dem Wiederaufnahmsantrag der BIG hinreichend deutlich erkennbar ist, erscheint dem BVA der Wiederaufnahmsantrag der BIG bereits deshalb - und unbeschadet der weiteren von der BIG angezogenen Wiederaufnahmsgründe - nicht evident aussichtslos. Bei einer Erörterung gemäß Paragraph 41, VwGG in diesem Punkt hätte insb auch das BVA diese

Auffassung dartun können, die zum anderen Verfahrensergebnis (der Beschwerdeabweisung) beim VwGH führen hätte können. Da insb auch der gerade dargestellte Wiederaufnahmsgrund gemäß Paragraphen 41, und 45 Absatz eins, Ziffer 4, VwGG iZm der Bemusterung durch die Zitierung des Paragraph 922, ABGB und des Artikel 35, UN - KR im Wiederaufnahmsantrag in Zusammenhang mit dem beim VwGH zu 2007/04/0012 angefochtenen und aufgehobenen Bescheid nach Auffassung des BVA aus dem Wiederaufnahmsantrag der BIG hinreichend deutlich erkennbar ist, erscheint dem BVA der Wiederaufnahmsantrag der BIG bereits deshalb - und unbeschadet der weiteren von der BIG angezogenen Wiederaufnahmsgründe - nicht evident aussichtslos.

Sohin konnte das BVA von seinem gemäß § 38 AVG eingeräumten Ermessen Gebrauch machen und das Feststellungsverfahren aussetzen, um wie oben aufgezeigt zu vermeiden, dass neben dem präjudizierenden Wiederaufnahmeverfahren des VwGH zu ZI 2011/04/0125 - wider die Verfahrensökonomie - aktuell ein Feststellungsverfahren beim BVA unter innerstaatlicher Bindung gemäß § 63 VwGG durchgeführt wird, obwohl die aktuellen Rechtswirkungen des Erkenntnisses vom 12.5.2011 gemäß § 63 VwGG denkmöglich im Falle der Wiederaufnahme einmal entfallen könnten. Sohin konnte das BVA von seinem gemäß Paragraph 38, AVG eingeräumten Ermessen Gebrauch machen und das Feststellungsverfahren aussetzen, um wie oben aufgezeigt zu vermeiden, dass neben dem präjudizierenden Wiederaufnahmeverfahren des VwGH zu ZI 2011/04/0125 - wider die Verfahrensökonomie - aktuell ein Feststellungsverfahren beim BVA unter innerstaatlicher Bindung gemäß Paragraph 63, VwGG durchgeführt wird, obwohl die aktuellen Rechtswirkungen des Erkenntnisses vom 12.5.2011 gemäß Paragraph 63, VwGG denkmöglich im Falle der Wiederaufnahme einmal entfallen könnten.

Schlagworte

Bemusterung, Kauf nach Muster, Wiederaufnahmeverfahren beim VwGH;

Zuletzt aktualisiert am

21.09.2011

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at