

TE Verg Bescheid 2010/9/22 N/0079-BVA/08/2008-EV265

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.09.2010

Norm

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und den Aufhebungsantrag der Auftraggeberin vom 9.9.2010 bezüglich der am 30.7.2008 vergabebezüglich erlassenen einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und den Aufhebungsantrag der Auftraggeberin vom 9.9.2010 bezüglich der am 30.7.2008 vergabebezüglich erlassenen einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Die einstweilige Verfügung vom 30.7.2008 zu Gunsten der A*** des Inhalts, dass

es der Auftraggeberin hiermit bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0079-BVA/08/2008 untersagt ist, das Vergabeverfahren "Ausschreibung Stents", also das Gesamtbeschaffungsverfahren betreffend Stents samt Zubehör, welches mit zumindest 13 Aufforderungen zur Angebotsabgabe im Juni 2008 eingeleitet wurde, fortzusetzen, dies mit Ausnahme der Durchführung eines Widerrufs,

wird aufgehoben.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86; § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86; Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Verfahrensgang und Sachverhalt

Beim Bundesvergabeamt (= BVA) wurden am 3.7.2008 zu den GZ N/0076 bis 0081- BVA/08/2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) iZm Stents gestellt. Die Antragstellerin A*** stellte idZ zu N/0079-BVA/08/2008 einen mit der hier aufgehobenen eV ursprünglich abgesicherten Nachprüfungsantrag, der gleichfalls bislang als gegen die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 und damit gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gerichtet bewertet worden ist, zumal trotz der Bezeichnung "Ausschreibung" die mit e-mail am 25.6.2008 erhaltene Aufforderung zur Angebotsabgabe im verfahrenseinleitenden Schriftsatz gemäß § 13 AVG als angefochtene und gleichzeitig als eine in § 2 Z 16 lit a sublit ee iVm sublit ii genannte gesondert anfechtbare Entscheidung in der verfahrenseinleitenden Eingabe erkennbar erscheint. Im Juli 2008 langten danach noch etliche weitere Nachprüfungs- und eV - Anträge iZm dem streitgegenständlichen Stent - Beschaffungsgeschehen der Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) ein, bei denen jeweils Aufforderungen zur Angebotsabgabe angefochten werden, die - bisher in den Provisorialverfahren des BVA zu N/0085 - 0099 und 0108-BVA/08/2008 - als spezifisch an bestimmte Unternehmen, darunter die Unternehmen der Antragstellerinnen zu N/0076 bis 0081- BVA/08/2008, gerichtet qualifiziert wurden. Beim Bundesvergabeamt (= BVA) wurden am 3.7.2008 zu den GZ N/0076 bis 0081- BVA/08/2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) iZm Stents gestellt. Die Antragstellerin A*** stellte idZ zu N/0079-BVA/08/2008 einen mit der hier aufgehobenen eV ursprünglich abgesicherten Nachprüfungsantrag, der gleichfalls bislang als gegen die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 und damit gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gerichtet bewertet worden ist, zumal trotz der Bezeichnung "Ausschreibung" die mit e-mail am 25.6.2008 erhaltene Aufforderung zur Angebotsabgabe im verfahrenseinleitenden Schriftsatz gemäß Paragraph 13, AVG als angefochtene und gleichzeitig als eine in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, in Verbindung mit Sub-Litera, i, i, genannte gesondert anfechtbare Entscheidung in der verfahrenseinleitenden Eingabe erkennbar erscheint. Im Juli 2008 langten danach noch etliche weitere Nachprüfungs- und eV - Anträge iZm dem streitgegenständlichen Stent - Beschaffungsgeschehen der Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) ein, bei denen jeweils Aufforderungen zur Angebotsabgabe angefochten werden, die - bisher in den Provisorialverfahren des BVA zu N/0085 - 0099 und 0108-BVA/08/2008 - als spezifisch an bestimmte Unternehmen, darunter die Unternehmen der Antragstellerinnen zu N/0076 bis 0081- BVA/08/2008, gerichtet qualifiziert wurden.

Nach Durchlaufen eines Gesetzesprüfungsverfahrens beim VfGH zu G 113/08 mit der Anfechtung (von Teilen) des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 wurden die Nachprüfungsverfahren N/0076, 0077 und 0079 bis 0081-BVA/08/2008 am 2.2.2009 bis zur Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens N/0078-BVA/08/2008 gemäß § 38 AVG ausgesetzt, wobei der Aussetzungsbescheid vom 2.2.2009, der gleichfalls von einem einheitlichen Vergabeverfahren mit etlichen einbezogenen UnternehmerInnen ausging, unangefochten blieb. Nach Durchlaufen eines Gesetzesprüfungsverfahrens beim VfGH zu G 113/08 mit der Anfechtung (von Teilen) des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 wurden die Nachprüfungsverfahren N/0076, 0077 und 0079 bis 0081-BVA/08/2008 am 2.2.2009 bis zur Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens N/0078-BVA/08/2008 gemäß Paragraph 38, AVG ausgesetzt, wobei der Aussetzungsbescheid vom 2.2.2009, der gleichfalls von einem einheitlichen Vergabeverfahren mit etlichen einbezogenen UnternehmerInnen ausging, unangefochten blieb.

Das BVA behandelte die A*** in dem von einer anderen Antragstellerin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren N/0078-BVA/08/2008 als Partei gemäß § 324 Abs 4 BVergG 2006 und stellte sohin auch der A***, als der Antragstellerin zu N/0079-BVA/08/2008, den Nachprüfungsbescheid zu N/0078-BVA/08/2008 am 17.3.2009 vor dem Hintergrund des § 324 Abs 4 BVergG 2006 zu. Das BVA ging - letztlich - in diesem besagten Bescheid vom 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347, abrufbar zB unter www.bva.gv.at bzw www.ris.bka.gv.at, von einem einheitlichen Gesamtbeschaffungsvorgang betreffend Stents, durchgeführt von der BBG mit einer an zumindest 13 Unternehmen am 25.6.2008 versandten Aufforderung zur Angebotsabgabe aus. Das BVA behandelte die A*** in dem von einer anderen Antragstellerin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren N/0078-BVA/08/2008 als Partei gemäß Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006 und stellte sohin auch der A***, als der Antragstellerin zu N/0079-BVA/08/2008, den Nachprüfungsbescheid zu N/0078-BVA/08/2008 am 17.3.2009 vor dem Hintergrund des Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006 zu. Das BVA ging - letztlich - in diesem besagten Bescheid vom 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347, abrufbar zB unter www.bva.gv.at bzw www.ris.bka.gv.at, von einem einheitlichen Gesamtbeschaffungsvorgang betreffend Stents, durchgeführt von der BBG mit einer an zumindest 13 Unternehmen am 25.6.2008 versandten Aufforderung zur Angebotsabgabe aus.

Unstrittig war in den Nachprüfungs- und eV - Verfahren jeweils die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung geblieben, wohingegen eben zentral strittig war, ob in dem bzw den (jeweiligen) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung eine oder aber mehrere UnternehmerInnen eine einzige oder aber rechtlich als unterschiedlich zu bewertende Aufforderung zur Angebotsabgabe erhalten hatten.

In Kenntnis der an dreizehn Unternehmen mit identen kommerziellen Bedingungen und unterschiedlichen Leistungsverzeichnissen vertrat das BVA sohin am 17.3.2009 im Bescheid N/0078-BVA/08/2008-347 den Standpunkt, es läge ein einheitliches Vergabeverfahren mit 13 zur Angebotsabgabe aufgeforderten UnternehmerInnen vor; und begründete dies zentral - mit § 915 ABGB - wie folgt: In Kenntnis der an dreizehn Unternehmen mit identen kommerziellen Bedingungen und unterschiedlichen Leistungsverzeichnissen vertrat das BVA sohin am 17.3.2009 im Bescheid N/0078-BVA/08/2008-347 den Standpunkt, es läge ein einheitliches Vergabeverfahren mit 13 zur Angebotsabgabe aufgeforderten UnternehmerInnen vor; und begründete dies zentral - mit Paragraph 915, ABGB - wie folgt:

... Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist als Auftraggeberentscheidung eine

Willenserklärung, die nach den §§ 863, 914 und 915 ABGB auszulegen ist. Auf Basis der im Sachverhalt wiedergegebenen Teile dieser Willenserklärung (... ermittelter Auftragnehmer; Entscheidung, mit wem kontrahiert würde; ursprünglich idente GZ 3790.00906 ...) ergibt sich rechtlich zumindest über die Unklarheitenregel des § 915 ABGB bei dieser Anbahnung eines Rechtsgeschäfts zum Zwecke eines entgeltlichen Leistungsaustausches, dass die strittige Aufforderung zur Angebotsabgabe als einzige mehrseitige, am 25.6.2008 an zumindest 13 Unternehmerinnen und Unternehmer versandte Willenserklärung zu bewerten ist. ... Willenserklärung, die nach den Paragraphen 863, 914 und 915 ABGB auszulegen ist. Auf Basis der im Sachverhalt wiedergegebenen Teile dieser Willenserklärung (... ermittelter Auftragnehmer; Entscheidung, mit wem kontrahiert würde; ursprünglich idente GZ 3790.00906 ...) ergibt sich rechtlich zumindest über die Unklarheitenregel des Paragraph 915, ABGB bei dieser Anbahnung eines Rechtsgeschäfts zum Zwecke eines entgeltlichen Leistungsaustausches, dass die strittige Aufforderung zur Angebotsabgabe als einzige mehrseitige, am 25.6.2008 an zumindest 13 Unternehmerinnen und Unternehmer versandte Willenserklärung zu bewerten ist. ...

Nach Ergehen des genannten Bescheids vom 17.3.2009 verzichteten die Parteien insb auch in den Nachprüfungsverfahren N/0076, 0077, 0079, 0080 und 0081 vorerst bis zur Klarheit, ob VwGH - Beschwerde erhoben würde, und danach schließlich für die Dauer des VwGH - Beschwerdeverfahrens zu ZI 2009/04/0129 und zusätzlichen drei Wochen auf die Geltendmachung der Entscheidungspflicht durch das BVA, so dass insb auch in diesem Nachprüfungsverfahren N/0079-BVA/08/2008 die Entscheidungsfrist des BVA iSv VwGH 93/01/0307 drei Wochen nach Zustellung des VwGH - Erkenntnisses 2009/04/0129, sohin drei Wochen nach dem 31.8.2010 wieder zu laufen begonnen hat.

Beim VwGH, der betreffend die innerstaatliche Einordnung von Auftraggeberentscheidungen iSd RL 89/665/EWG zB zu den Zlen 2001/04/0144 und 2004/04/0028 gleichfalls das Konzept der Willenserklärung vertreten hat, wurde der Nichtigkeitsbescheid vom 17.3.2009 wie ausgeführt mit Beschwerde zu ZI 2009/04/0129 durch die BBG angefochten.

Beim VwGH wurde aber idZ zuvor zu ZI 2008/04/0146 bereits die einstweilige Verfügung (= eV) aus dem zusammenhängenden Nachprüfungsverfahren, Bescheid v 14.7.2008, N/0080-BVA/08/2008-EV36, angefochten.

Im Gefolge der Aufforderung zur Aktenvorlage durch den VwGH an das BVA im eV - Bescheid - Beschwerdeverfahren gegen die eV N/0080-BVA/08/2008-EV36, zur ZI des VwGH 2008/04/0146 wurden dem VwGH bereits 2008 die seitens der BBG in dreizehn Ordnern gemäß § 313 BVergG 2006 im Juli 2008 an das BVA übergebenen unternehmensspezifischen Vergabeordner vorgelegt. Im Gefolge der Aufforderung zur Aktenvorlage durch den VwGH an das BVA im eV - Bescheid - Beschwerdeverfahren gegen die eV N/0080-BVA/08/2008-EV36, zur ZI des VwGH 2008/04/0146 wurden dem VwGH bereits 2008 die seitens der BBG in dreizehn Ordnern gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 im Juli 2008 an das BVA übergebenen unternehmensspezifischen Vergabeordner vorgelegt.

Das Höchstgericht führte - nach dieser Vorlage der 13 Ordner je eingeladenem Unternehmen - in seinem am 31.8.2010 an das BVA zugestellten Erkenntnis vom 1.7.2010, 2009/04/0129 tragend und gegenteilig zum BVA am 17.3.2009 unmittelbar betreffend den Nachprüfungsantrag zu N/0078-BVA/08/2008 - wie folgt aus:

Sofern der angefochtene Bescheid in seinem Spruch und in der Begründung davon ausgeht, es liege Identität der Verfahren, also eine einzige Auftraggeberentscheidung, vor, ist dies unzutreffend, weil (zwar die kommerziellen Ausschreibungsbedingungen ident, jedoch) die Leistungsverzeichnisse in den einzelnen Aufforderungen zur Angebotsabgabe und somit die zu beschaffenden Leistungen unterschiedlich waren.

[...]

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

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

Der VwGH bewertete daher die ihm vorliegenden 13 unternehmensspezifischen Vergabeordner dahin, dass kein einheitliches Vergabeverfahren mit insgesamt 13 eingeladenen UnternehmerInnen, sondern eben 13 verschiedene Aufforderungen zur Angebotsabgabe versandt worden sind, womit maW höchstgerichtlich 13 verschiedene Vergabeverfahren konstatiert wurden.

Die mit diesem Bescheid aufgehobene einstweilige Verfügung wurde am 30.7.2008 nach vorangehender Wiederaufnahme des eV - Verfahrens zu Gunsten der hier gegenständlichen Antragstellerin erlassen.

Die Auftraggeberin begehrte am 9.9.2010 die Aufhebung dieser eV.

Das BVA hat am 21.9.2010 den Nachprüfungsantrag zu N/0080-BVA/08/2008 auf Basis der Ausführungen des VwGH zu ZI 2009/04/0129 als einen dem Nachprüfungsantrag zu N/0076-BVA/08/2008 vergleichbaren Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Die Antragstellerin A*** hat insb nach diesbezüglicher Aufforderung betreffend die Darstellung der Interessenslage gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 zweifach dargelegt, dass die Interessenslage für die Aufrechterhaltung der eV sprechen würde; bzw dass § 329 Abs 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 hier nicht anwendbar wäreDie Antragstellerin A*** hat insb nach diesbezüglicher Aufforderung betreffend die Darstellung der Interessenslage gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 zweifach dargelegt, dass die Interessenslage für die Aufrechterhaltung der eV sprechen würde; bzw dass Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 hier nicht anwendbar wäre

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Die festgestellten Tatsachen ergeben sich aus den Verwaltungsakten N/0076 bis N/0081-BVA/08/2008 und den vorgelegten Vergabeunterlagen; aus dem VwGH Erkenntnis zu ZI 2009/04/0129 und dem Beschwerdeverfahren zu ZI 2008/04/0146; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw weiters aus den weiteren Verwaltungsakten N/0085 bis 0099, 0108 und 0118- BVA/08/2008.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

Das BVA hat am 21.9.2010 den Nachprüfungsantrag zu N/0080-BVA/08/2008 zurückgewiesen und dies rechtlich wie folgt begründet, wobei diese nachfolgenden Rechtsausführungen auch für diesen Aufhebungsbescheid übernommen werden:

3.1. Gemäß § 345 Abs 14 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 sind gegenständlich die §§ 291ff BVergG 2006 idFBGBl I 2007/86 für das Nachprüfungsverfahren weiterhin einschlägig. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher mangels gegenteiliger Angabe auf das BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86.3.1. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 sind gegenständlich die Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 für das Nachprüfungsverfahren weiterhin einschlägig. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher mangels gegenteiliger Angabe auf das BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86.

[...]

3.2. Die Auslegung von ihrem Inhalt nach unstrittigen Urkunden ist dabei eine Frage der rechtlichen Beurteilung - Rummel in Rummel, ABGB § 914 Rz 24 mwN. 3.2. Die Auslegung von ihrem Inhalt nach unstrittigen Urkunden ist dabei eine Frage der rechtlichen Beurteilung - Rummel in Rummel, ABGB Paragraph 914, Rz 24 mwN.

3.3. Das Rechtsschutzkonzept des BVergG 2006 ist nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich derart aufgebaut, dass iSd RL 89/665/EWG Auftraggeberentscheidungen nichtig erklärt werden können, wobei die jeweils anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen in einem bestimmten Vergabeverfahren - iSd § 1 BVergG 2006 ergangen sein müssen und ihrer Art nach aus dem Katalog des § 2 Z 16 BVergG 2006 entnehmbar sein müssen, zumal gegenständlich das Sonderregime der §§ 141 und 280 BVergG 2006 nicht einschlägig ist. Der beim BVA rechtsschutzsuchende Unternehmer ist daher gehalten, Auftraggeberentscheidungen je Vergabeverfahren anzufechten. 3.3. Das Rechtsschutzkonzept des BVergG 2006 ist nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich derart aufgebaut, dass iSd RL 89/665/EWG Auftraggeberentscheidungen nichtig erklärt werden können, wobei die jeweils anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen in einem bestimmten Vergabeverfahren - iSd Paragraph eins, BVergG 2006 ergangen sein müssen und ihrer Art nach aus dem Katalog des Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 entnehmbar sein müssen, zumal gegenständlich das Sonderregime der Paragraphen 141 und 280 BVergG 2006 nicht einschlägig ist. Der beim BVA rechtsschutzsuchende Unternehmer ist daher gehalten, Auftraggeberentscheidungen je Vergabeverfahren anzufechten.

3.4. Wiederholend, dass die Auslegung ihrem Inhalt nach unstrittiger Urkunden eine Frage der rechtlichen Beurteilung ist, ist gleichfalls nochmals darauf hinzuweisen, dass der VwGH zu ZI 2009/04/0129 in Kenntnis sowohl der Aufforderung der Angebotsabgabe an die streitverfangene Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008 als auch in Kenntnis der Aufforderungen zur Angebotsabgabe an die anderen 12 am 25.6.2008 insoweit aufgeforderten UnternehmerInnen - bereits im Beschwerdeverfahren ZI 2008/04/0146 an den VwGH vorgelegt, welches eben genau die W*** als mitbeteiligte Partei betrifft - generell und anlässlich der Beurteilung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragstellerin beim BVA zu N/0078-BVA/08/2008 maW ausgeführt hat, dass wegen der unterschiedlichen Leistungsverzeichnisse trotz der übereinstimmenden kommerziellen Ausschreibungsbedingungen 13 unterschiedliche Vergabeverfahren vorliegen.

3.5. Der VwGH hat sohin zu ZI 2009/04/0129 ausgeführt hat, dass das Nachprüfungsbegehren zu N/0078-BVA/08/2008 nur gegen die an die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 adressierte Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 gerichtet war; und dass daher für die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 keine Rechtsverletzungsmöglichkeit bestand. Insoweit wird nochmals auf den oben wiedergegebenen Erkenntnistext hingewiesen.

3.6. Nach Auffassung des hier erkennenden Senats hat der VwGH damit im Sinne des § 36 Abs 6 VwGG bereits auch für das Nachprüfungsverfahren zu N/0080-BVA/08/2008 - urkundenauslegend und damit rechtlich beurteilend - klargestellt, dass er betreffend den streitigen Nachprüfungskomplex mit den Nachprüfungsverfahren N/0076 bis 0081, 0085 bis 0099 und 0108-BVA/08/2008 davon ausgeht, dass am 25.6.2008 13 verschiedene UnternehmerInnen jeweils eine eigene Aufforderung zur Angebotsabgabe erhalten haben; und dass damit durch die jeweils singulär an eine einzige Unternehmerin gerichtete eigenständige, einem eigenem Vergabeverfahren zurechenbare Auftraggeberentscheidung keine Rechtsverletzungsmöglichkeit zu Lasten der jeweils selbst zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmerin besteht. 3.6. Nach Auffassung des hier erkennenden Senats hat der VwGH damit im Sinne des Paragraph 36, Absatz 6, VwGG bereits auch für das Nachprüfungsverfahren zu N/0080-BVA/08/2008 - urkundenauslegend und damit rechtlich beurteilend - klargestellt, dass er betreffend den streitigen Nachprüfungskomplex mit den Nachprüfungsverfahren N/0076 bis 0081, 0085 bis 0099 und 0108-BVA/08/2008 davon ausgeht, dass am 25.6.2008 13 verschiedene UnternehmerInnen jeweils eine eigene Aufforderung zur Angebotsabgabe erhalten haben; und dass damit durch die jeweils singulär an eine einzige Unternehmerin gerichtete eigenständige, einem eigenem Vergabeverfahren zurechenbare Auftraggeberentscheidung keine Rechtsverletzungsmöglichkeit zu Lasten der jeweils selbst zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmerin besteht.

Das BVA geht daher nunmehr entsprechend den Ausführungen des VwGH im Erkenntnis zu ZI 2009/04/0129 davon aus, dass auch durch die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008, die W***, ein Vergabeverfahren nur mit dieser Unternehmerin eingeleitet wurde, so dass durch diese, allein der W*** am 25.6.2008 zugewandene Auftraggeberentscheidung keine Möglichkeit der Verletzung subjektiver, vom BVA

wahrzunehmender Rechte der W***

gegeben ist, wie diese [...] in ihrem Nachprüfungsantrag [...] [ersichtlich]]
waren.

Wenn die Antragstellerin die Verletzung ihrer aus dem Vergaberecht erfließenden subjektiven Rechte beim BVA geltend hätte machen wollen, wäre sie gehalten (gewesen), die Aufforderungen zur Angebotsabgabe an andere Unternehmerinnen fristgerecht anzufechten, welche seitens der BBG gleichfalls zur Angebotsabgabe iZm Stents aufgefördert worden sind, sofern ihr dadurch die vergaberechtlich geschützte Marktzugangs- bzw Marktanteilsgewinnchance iSv VwGH Zlen 2009/04/0209 und 2008/04/0239 rechtswidrig zu entgehen drohte.

Insoweit die Antragstellerin am 20.9.2010 idZ einen Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG 2006 letztlich deshalb behauptet, weil die BBG nur einen Teil des von ihr 2008 bei verschiedenen Unternehmen nachgefragten Gesamtbedarfs zum Gegenstand der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin machen hätte wollen, ist die Antragstellerin nochmals darauf hinzuweisen, dass ihr insoweit der Schaden nicht durch die eigene Aufforderung zur Angebotsabgabe droht, sondern durch diejenigen Aufforderungen zur Angebotsabgabe, wie durch die BBG an andere Unternehmen gerichtet. Die Antragstellerin hätte daher eben diese anderen Aufforderungen zur Angebotsabgabe anzufechten gehabt. Insoweit die Antragstellerin am 20.9.2010 idZ einen Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 letztlich deshalb behauptet, weil die BBG nur einen Teil des von ihr 2008 bei verschiedenen Unternehmen nachgefragten Gesamtbedarfs zum Gegenstand der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin machen hätte wollen, ist die Antragstellerin nochmals darauf hinzuweisen, dass ihr insoweit der Schaden nicht durch die eigene Aufforderung zur Angebotsabgabe droht, sondern durch diejenigen Aufforderungen zur Angebotsabgabe, wie durch die BBG an andere Unternehmen gerichtet. Die Antragstellerin hätte daher eben diese anderen Aufforderungen zur Angebotsabgabe anzufechten gehabt.

3.7. Sohin war das Primärbegehren auf Nichtigerklärung der an die Antragstellerin selbst gerichteten Aufforderung zur Angebotsabgabe mangels für das BVA rechtserheblicher Rechtsverletzungsmöglichkeit zurückzuweisen.

[...]

3.8. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass auch die Bundesregierung im GesetzesprüfungsverfahrenG 113/08 von einem einheitlichen Beschaffungsvorgang ausgegangen wäre, ist zu erwidern, dass das BVA dies am 17.3.2009 im Bescheid N/0078-BVA/08/2008 jedenfalls auch so gesehen hat, dass jedoch der VwGH - und nicht die Bundesregierung - im Rechtszug gegen die Entscheidung des BVA angerufen werden kann, so dass eine Entscheidung gegen die im Ergebnis sehr klare Vorentscheidung des VwGH gegen den Geist des § 36 Abs 6 VwGG wäre, der Verwaltungsbehörden anhält, sich im Sinne der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechtsstaats an eine Vorjudikatur des VwGH zu halten. 3.8. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass auch die Bundesregierung im GesetzesprüfungsverfahrenG 113/08 von einem einheitlichen Beschaffungsvorgang ausgegangen wäre, ist zu erwidern, dass das BVA dies am 17.3.2009 im Bescheid N/0078-BVA/08/2008 jedenfalls auch so gesehen hat, dass jedoch der VwGH - und nicht die Bundesregierung - im Rechtszug gegen die Entscheidung des BVA angerufen werden kann, so dass eine Entscheidung gegen die im Ergebnis sehr klare Vorentscheidung des VwGH gegen den Geist des Paragraph 36, Absatz 6, VwGG wäre, der Verwaltungsbehörden anhält, sich im Sinne der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechtsstaats an eine Vorjudikatur des VwGH zu halten.

3.9. Dem Vorbringen, dass der VfGH zuG 113/08 von einem einheitlichen Beschaffungsvorgang mit mehreren UnternehmerInnen ausgegangen wäre, ist zuzugestehen, dass der VfGH in seiner Präjudizialitätsbeurteilung des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zu G 113/08 denklösig die Vertretbarkeit eines einheitlichen Vergabeverfahrens mit 13 zur Angebotsabgabe eingeladenen UnternehmerInnen bejaht haben muss, da er ansonsten jedwede meritorische Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren zur Gänze unterlassen hätte. Da aber der VfGH in stRsp nur eine Vertretbarkeitskontrolle und keine definitiv - endgültige Beurteilung bei der Präjudizialitätsprüfung vornimmt, sieht sich der erkennende Senat aus Gründen der Rechtssicherheit auch insoweit nicht veranlasst, von der eindeutig - definitiven Aussage des VwGH, dass verschiedene Vergabeverfahren je aufgeforderten UnternehmerInnen und damit keine einheitliche Aufforderung zur Angebotsabgabe streitgegenständlich sind, abzugehen. 3.9. Dem Vorbringen, dass der VfGH zu G 113/08 von einem einheitlichen Beschaffungsvorgang mit mehreren UnternehmerInnen ausgegangen wäre, ist zuzugestehen, dass der VfGH in seiner Präjudizialitätsbeurteilung des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zu G 113/08 denklösig die Vertretbarkeit eines einheitlichen Vergabeverfahrens mit 13 zur Angebotsabgabe

eingeladenen UnternehmerInnen bejaht haben muss, da er ansonsten jedwede meritorische Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren zur Gänze unterlassen hätte. Da aber der VfGH in stRsp nur eine Vertretbarkeitskontrolle und keine definitiv - endgültige Beurteilung bei der Präjudizialitätsprüfung vornimmt, sieht sich der erkennende Senat aus Gründen der Rechtssicherheit auch insoweit nicht veranlasst, von der eindeutig - definitiven Aussage des VwGH, dass verschiedene Vergabeverfahren je aufgeforderten UnternehmerInnen und damit keine einheitliche Aufforderung zur Angebotsabgabe streitgegenständlich sind, abzugehen.

3.10. Soweit die Antragstellerin am 20.9.2010 schließlich ein Vorabentscheidungsverfahren iSd nunmehrigen art 267 AEUV anregt, ist sie darauf zu verweisen, dass das BVA gemäß den §§ 291ff BVergG 2006 ausweislich des Art 2 Abs 9 der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG zwar ein vorlageberechtigtes, aber kein gemäß Art 267 AEUV zur Vorlage verpflichtetes letztinstanzlich - innerstaatliches Gericht ist. Der erkennende Senat des BVA sieht sich daher in Abwägung der Bestimmungsgründe für sein Vorlageermessen nicht gehalten, die Rechtsanwendung eines dem BVA national übergeordneten Gerichts zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens zu machen, da dadurch die aktuelle national - gesetzliche Rechtsschutzorganisation durch das BVA in Frage gestellt würde. 3.10. Soweit die Antragstellerin am 20.9.2010 schließlich ein Vorabentscheidungsverfahren iSd nunmehrigen art 267 AEUV anregt, ist sie darauf zu verweisen, dass das BVA gemäß den Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 ausweislich des Artikel 2, Absatz 9, der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG zwar ein vorlageberechtigtes, aber kein gemäß Artikel 267, AEUV zur Vorlage verpflichtetes letztinstanzlich - innerstaatliches Gericht ist. Der erkennende Senat des BVA sieht sich daher in Abwägung der Bestimmungsgründe für sein Vorlageermessen nicht gehalten, die Rechtsanwendung eines dem BVA national übergeordneten Gerichts zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens zu machen, da dadurch die aktuelle national - gesetzliche Rechtsschutzorganisation durch das BVA in Frage gestellt würde.

3.11. Das BVA sieht sich schließlich im Lichte des diesbezüglichen Vorbringens der Antragstellerin vom 20.9.2009 auch nicht gehalten, in Anwendung der zB auch in der im Provisorialbescheid N/0080-BVA/08/2008-EV36 vorläufig angelegten Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zur Vermeidung von Umgehungskonstruktionen im Ergebnis gegen das Erkenntnis des VwGH 2009/04/0129 zu entscheiden, zumal der VwGH gemäß § 41 Abs 1 VwGG nicht an die rechtlichen Gründe des Bescheids gebunden ist und vielmehr einen angefochtenen Bescheid mitunter aus darüber hinausgehenden rechtlichen Erwägungen heraus als im Ergebnis richtig beurteilt. 3.11. Das BVA sieht sich schließlich im Lichte des diesbezüglichen Vorbringens der Antragstellerin vom 20.9.2009 auch nicht gehalten, in Anwendung der zB auch in der im Provisorialbescheid N/0080-BVA/08/2008-EV36 vorläufig angelegten Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zur Vermeidung von Umgehungskonstruktionen im Ergebnis gegen das Erkenntnis des VwGH 2009/04/0129 zu entscheiden, zumal der VwGH gemäß Paragraph 41, Absatz eins, VwGG nicht an die rechtlichen Gründe des Bescheids gebunden ist und vielmehr einen angefochtenen Bescheid mitunter aus darüber hinausgehenden rechtlichen Erwägungen heraus als im Ergebnis richtig beurteilt.

Der VwGH hat sich aber zB auch in Kenntnis der tragenden Gründe des eV - Bescheids N/0080-BVA/08/2008-EV-36, wie zu ZI 2008/04/0146 beim VwGH angefochten, gerade nicht veranlasst gesehen, bei den im Senatsbescheid N/0078-BVA/08/2008-347 als tragend ersichtlichen Tatsachen in eben diesem Beschwerdeverfahren zur ZI 2009/04/0129 betreffend den Bescheid N/0078- BVA/08/2008-347 seinerseits eine Erörterung gemäß § 41 Abs 1 VwGG dahin durchzuführen, ob in Anwendung der Normzwecktheorie zu § 879 ABGB - siehe dazu zB Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹², Bd I 161 - die vom VwGH letztlich als Einzelvergabeverfahren auslösend beurteilten 13 Aufforderungen zur Angebotsabgabe insoweit dennoch zur Gewährleistung des effektiven Vergaberechtsschutzes als einheitliches Vergabeverfahren zu beurteilen wären. Wenn der VwGH vielmehr im Erkenntnis 2009/04/0129 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufhebt, erblickt der erkennende Senat des BVA nunmehr in den [...] zu N/0080-BVA/08/2008 vorgebrachten Argumenten iZm einer gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Überprüfbarkeit allfälliger Umgehungskonstruktionen etc keine Gründe mehr, die die rechtliche Beurteilung in diesem Nachprüfungsverfahren mit der hier vorgenommenen Übernahme der Rechtsansicht des VwGH mit dem Ergebnis 13 einzelner Vergabeverfahren zu ändern hätten, da derartige Aspekte wie gesagt bereits seit 2008 Gegenstand des eV - Bescheidbeschwerdeverfahrens ZI 2008/04/0146 sind und damit bereits im Beschwerdeverfahren 2008/04/0146 - [...] - aktegegenständlich gewesen sind, aber die Argumente iZm der Normzwecktheorie und Umgehungsfragen wie gesagt nunmehr zu ZI 2009/04/0129 betreffend das streitige Stent - Vergabegeschehen gerade nicht zu einer gesetzlich nicht auf Ermessen beruhenden rechtlichen Erörterung gemäß § 41 Abs 1 letzter Satz VwGG geführt haben. Der VwGH hat

sich aber zB auch in Kenntnis der tragenden Gründe des eV - Bescheids N/0080-BVA/08/2008-EV-36, wie zu ZI 2008/04/0146 beim VwGH angefochten, gerade nicht veranlasst gesehen, bei den im Senatsbescheid N/0078-BVA/08/2008-347 als tragend ersichtlichen Tatsachen in eben diesem Beschwerdeverfahren zur ZI 2009/04/0129 betreffend den Bescheid N/0078- BVA/08/2008-347 seinerseits eine Erörterung gemäß Paragraph 41, Absatz eins, VwGG dahin durchzuführen, ob in Anwendung der Normzwecktheorie zu Paragraph 879, ABGB - siehe dazu zB Koziol/Welser, Bürgerliches Recht12, Bd römisch eins 161 - die vom VwGH letztlich als Einzelvergabeverfahren auslösend beurteilten 13 Aufforderungen zur Angebotsabgabe insoweit dennoch zur Gewährleistung des effektiven Vergaberechtsschutzes als einheitliches Vergabeverfahren zu beurteilen wären. Wenn der VwGH vielmehr im Erkenntnis 2009/04/0129 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufhebt, erblickt der erkennende Senat des BVA nunmehr in den [...] zu N/0080-BVA/08/2008 vorgebrachten Argumenten iZm einer gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Überprüfbarkeit allfälliger Umgehungskonstruktionen etc keine Gründe mehr, die die rechtliche Beurteilung in diesem Nachprüfungsverfahren mit der hier vorgenommenen Übernahme der Rechtsansicht des VwGH mit dem Ergebnis 13 einzelner Vergabeverfahren zu ändern hätten, da derartige Aspekte wie gesagt bereits seit 2008 Gegenstand des eV - Bescheidbeschwerdeverfahrens ZI 2008/04/0146 sind und damit bereits im Beschwerdeverfahren 2008/04/0146 - [...] - aktengegenständlich gewesen sind, aber die Argumente iZm der Normzwecktheorie und Umgehungsfragen wie gesagt nunmehr zu ZI 2009/04/0129 betreffend das streitige Stent - Vergabegeschehen gerade nicht zu einer gesetzlich nicht auf Ermessen beruhenden rechtlichen Erörterung gemäß Paragraph 41, Absatz eins, letzter Satz VwGG geführt haben.

Da sich der hier mit eV allenfalls zu sichernde Nachprüfungsantrag zu N/0079- BVA/08/2008 entsprechend der Aktenlage des VwGH und den Rechtsausführungen des VwGH entgegen der ursprünglich vom BVA am 17.3.2009 im Bescheid N/0078- BVA/08/2008-347 vertretenen Auffassung nunmehr gemäß VwGH ZI 2009/04/0129 gleichfalls nur gegen die singulär an die Antragstellerin zu N/0079-BVA/08/2008 versandte Aufforderung zur Angebotsabgabe richtet, ist dieser Nachprüfungsantrag zu N/0079-BVA/08/2008 aus Sicht des hier entscheidenden Senatsvorsitzenden und unpräjudiziell der Senatsentscheidung in der Hauptsache gleichfalls zurückzuweisen.

Die Antragstellerin zu N/0079-BVA/08/2008 hätte nach der hier vertretenen Auffassung zum VwGH -Erk 2009/04/0129 zur Verfolgung ihrer vergaberechtlich geschützten Interessen gemäß VwGH die Aufforderungen zur Angebotsangabe anzufechten (gehabt), die am 25.6.2008 an Konkurrentinnen der Antragstellerin gerichtet gewesen sind, da der VwGH im Erkenntnis urkundenauslegend und damit auch die die Antragstellerin zu N/0079-BVA/08/2009 betreffende Aufforderung zur Angebotsabgabe, die gleichfalls Bestandteil der dem VwGH vorgelegten Vergabeunterlagen ist, rechtlich beurteilend eindeutig letztlich von dreizehn verschiedenen Vergabeverfahren über Stents je versandter Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeht,

wobei durch eine an die Antragstellerin singulär gerichtete "Eigen" - Aufforderung bei dieser keine Rechtsverletzung eintreten kann. IdS hat der VwGH zu ZI 2009/04/0209 auch über eine Sachverhalt abgesprochen, bei dem von einer Antragstellerin beim BVA eine Rahmenvertragskonstruktion mit einer Konkurrentin in Streit gezogen wurde.

Wenn der VwGH - wiederholend - im nunmehrigen Erk 2009/04/0129 eindeutig ausführt, dass auf Basis der an die 13 Unternehmerinnen gerichteten Aufforderungen zur Angebotsabgabe wegen des jeweils verschiedenen Leistungsverzeichnisses jeweils eigene Auftraggeberentscheidungen bzw damit eigene Vergabeverfahren vorliegen, ist damit eindeutig, dass höchstgerichtlich eben die Anfechtung jeweils bestimmter unternehmensspezifischer Aufforderungen zur Angebotsabgabe verlangt wird.

Bei der nur an einen selbst gerichteten Erklärung mit der Einladung letztlich zum Rahmenvereinbarungsabschluss hat es der Eingeladene ja in der Hand, privatautonom zu kontrahieren bzw eben nicht zu kontrahieren, womit insoweit jedwede Rechtsverletzungsmöglichkeit entfällt, die vom BVA wahrzunehmen wäre. Andere Aufforderungen zur Angebotsabgabe hat die Antragstellerin in ihrer verfahrenseinleitenden Eingabe aber gerade nicht bestimmt und unternehmensspezifisch mit jeweiligen Bezeichnungen von Konkurrentinnen bezeichnet - § 322 Abs 1 Z 1 BVergG 2006. Bei der nur an einen selbst gerichteten Erklärung mit der Einladung letztlich zum Rahmenvereinbarungsabschluss hat es der Eingeladene ja in der Hand, privatautonom zu kontrahieren bzw eben nicht zu kontrahieren, womit insoweit jedwede Rechtsverletzungsmöglichkeit entfällt, die vom BVA wahrzunehmen wäre. Andere Aufforderungen zur Angebotsabgabe hat die Antragstellerin in ihrer verfahrenseinleitenden Eingabe aber gerade nicht bestimmt und unternehmensspezifisch mit jeweiligen Bezeichnungen von Konkurrentinnen bezeichnet - Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006.

Klarzustellen ist dabei, dass die eigene Beurteilung der Antragstellerin zB auf

Seite 2 ihres Nachprüfungsantrags, dass die "Einladung zur Beteiligung ... auch

an andere Unternehmen übersendet worden ist", nichts an dem Umstand ändert, dass vom VwGH zu ZI 2009/04/0129 eben wegen der unternehmensspezifisch unterschiedlichen Leistungsverzeichnisse verschiedene Auftraggeberentscheidungen - und damit logisch verschiedene Vergabeverfahren - beurteilt wurden.

Wenn § 328 Abs 2 BVergG 2006 die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung im eV - Antrag verlangt; und § 329 Abs 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 die eV mit der Entscheidung über den Nichtigerklärungsantrag außer Kraft treten lässt, ist damit der Zweck der eV gemäß §§ 328ff BVergG 2006 dahin dokumentiert, dass damit nur das Nichtigerklärungsbegehren (insb) vor Unzulässigkeit gemäß § 312 BVergG 2006 geschützt werden soll. Wenn Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung im eV - Antrag verlangt; und Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 die eV mit der Entscheidung über den Nichtigerklärungsantrag außer Kraft treten lässt, ist damit der Zweck der eV gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 dahin dokumentiert, dass damit nur das Nichtigerklärungsbegehren (insb) vor Unzulässigkeit gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 geschützt werden soll.

Erscheint nunmehr der Nachprüfungsantrag zu N/0079-BVA/08/2008 insb im Lichte der zwischenzeitig existenten Ausführungen des VwGH zu ZI 2009/04/0129 gleichfalls mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit wegen Anfechtung der an die Antragstellerin singulär selbst gerichteten Aufforderung zur Angebotsabgabe als zurückzuweisend, können in insoweit geänderter Interessenslage - wegen des Höchstgerichtserkenntnisses - nunmehr keine Interessen mehr erkannt werden, die die gegenständliche eV weiter tragen würden.

Die eV vom 30.7.2008 war daher gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 idFBGBl I 2007/86 wegen nunmehr nicht mehr erkennbarer Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu N/0079-BVA/08/2008 aufzuheben. Die eV vom 30.7.2008 war daher gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 wegen nunmehr nicht mehr erkennbarer Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu N/0079-BVA/08/2008 aufzuheben.

Schlagworte

Keine fortgesetzt erkennbaren Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags, Aufhebung der eV;

Zuletzt aktualisiert am

23.11.2010

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