

TE Verg Bescheid 2010/9/21 N/0080-BVA/08/2008-264

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.09.2010

Norm

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §325

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender; Dr Walter Fuchs als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Alexander Piekniczek als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer), gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) über die seitens der Antragstellerin A*** GmbH gestellten Nachprüfungsbegehren wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender; Dr Walter Fuchs als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Alexander Piekniczek als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer), gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) über die seitens der Antragstellerin A*** GmbH gestellten Nachprüfungsbegehren wie folgt entschieden:

Spruch

I. Das primäre Begehren der Antragstellerin, die angefochtene Entscheidung, nämlich die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25. Juni 2008, für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.römisch eins. Das primäre Begehren der Antragstellerin, die angefochtene Entscheidung, nämlich die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25. Juni 2008, für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

II. Das hiezu gestellte Eventualbegehren, die angefochtene Auftraggeberentscheidung für nichtig zu erklären, dieses Eventualbegehren am 20.9.2010 dahin konkretisiert, dass mit dem Begriff "Auftraggeberentscheidung" sowohl die Ausschreibung als auch die Aufforderung zur Angebotsabgabe gemeint sind, wird zurückgewiesen.römisch zwei. Das hiezu gestellte Eventualbegehren, die angefochtene Auftraggeberentscheidung für nichtig zu erklären, dieses Eventualbegehren am 20.9.2010 dahin konkretisiert, dass mit dem Begriff "Auftraggeberentscheidung" sowohl die Ausschreibung als auch die Aufforderung zur Angebotsabgabe gemeint sind, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen zu den beiden Spruchpunkten: §§ 312 Abs 2 Z 2; 322 Abs 2 Z 1Rechtsgrundlagen zu den beiden Spruchpunkten: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2,; 322 Absatz 2, Ziffer eins,;

und 325 Abs 1 BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86; § 345 Abs 14 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15;und 325 Absatz eins, 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*** GmbH stellte idZ zu N/0080-BVA/08/2008 die hier spruchgegenständlichen Begehren.

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*** GmbH 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 Werfen Austria GmbH, als der Antragstellerin zu N/0080-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*** GmbH 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 Werfen Austria GmbH, als der Antragstellerin zu N/0080-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 schließlich 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 schließlich 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/0080-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 hier gegenständlichen 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.

Das BVA beraumte zur GZ N/0080-BVA/08/2008 am 20.9.2010 eine mündliche Verhandlung an, in welcher die Nachprüfungsbegehren zu N/0080-BVA/08/2008 in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erörtert wurden und insb auch die im Spruch wiedergegebene Konkretisierung des Eventualbegehrens erfolgt ist.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten zu N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 und weiters zu N/0085 bis 0099 und 0108-BVA/08/2008 und den vorgelegten Vergabeunterlagen; insb aber auch aus den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung am 20.9.2010 zur GZ N/0080-BVA/08/2008.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

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.

Bundesvergabeamtsintern ist gemäß dem jeweiligen § 9 der Geschäftsverteilungen des BVA mit Wirksamkeit ab 1.1.2010 bzw ab 15.12.2008 für dieses Nachprüfungsverfahren weiterhin die Geschäftsverteilung des BVA ab 1.10.2007 einschlägig, womit der Senat für diese Entscheidung erneut, wie ersichtlich, zusammenzustellen war. Bundesvergabeamtsintern ist gemäß dem jeweiligen Paragraph 9, der Geschäftsverteilungen des BVA mit Wirksamkeit ab 1.1.2010 bzw ab 15.12.2008 für dieses Nachprüfungsverfahren weiterhin die Geschäftsverteilung des BVA ab 1.10.2007 einschlägig, womit der Senat für diese Entscheidung erneut, wie ersichtlich, zusammenzustellen war.

3.2. Die Auslegung von ihrem Inhalt nach unstrittigen Urkunden ist dabei eine Frage der rechtlichen Beurteilung - Rummel in Rummel, ABGB3 § 914 Rz 24 mwN.3.2. Die Auslegung von ihrem Inhalt nach unstrittigen Urkunden ist dabei eine Frage der rechtlichen Beurteilung - Rummel in Rummel, ABGB3 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 A*** GmbH 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 ZI2009/04/0129 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 ZI2009/04/0129 davon aus, dass auch durch die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008, die A*** GmbH, ein Vergabeverfahren nur mit dieser Unternehmerin eingeleitet wurde, so dass durch diese, allein der A*** GmbH am 25.6.2008 zugewandene Auftraggeberentscheidung keine Möglichkeit der Verletzung subjektiver, vom BVA wahrzunehmender Rechte der Werfen Austria gegeben ist, wie diese seitens der A*** GmbH in ihrem Nachprüfungsantrag, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts N/0080-BVA/08/2008 unter Punkt

2.7 auf Seite 6 angegeben 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

aufgefordert worden sind, sofern ihr dadurch die vergaberechtlich geschützte Marktzugangs- bzw Marktanteilschancen 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. Das Eventualbegehren in seiner alternativ in zweifacher Hinsicht erfolgten Konkretisierung vom 20.9.2010 war gleichfalls zurückzuweisen, da in der Konkretisierungsalternative der "Ausschreibung" keine gesondert anfechtbare Entscheidung in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gegeben ist - §§ 2 Z 16 lit a sublit ee) und ii) iVm 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006; und in der Konkretisierungsalternative "Aufforderung zur Angebotsabgabe" in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur der Antragstellerin - wie oben begründet - keine vom BVA aufzugreifende Rechtsverletzungsmöglichkeit zu Lasten der Antragstellerin besteht. 3.7. Sohin war das Primärbegehren auf Nichtigerklärung der an die Antragstellerin selbst gerichteten Aufforderung zur Angebotsabgabe mangels für das BVA rechtserheblicher Rechtsverletzungsmöglichkeit zurückzuweisen. Das Eventualbegehren in seiner alternativ in zweifacher Hinsicht erfolgten Konkretisierung vom 20.9.2010 war gleichfalls zurückzuweisen, da in der Konkretisierungsalternative der "Ausschreibung" keine gesondert anfechtbare Entscheidung in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gegeben ist - Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e,) und ii) in Verbindung mit 322 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006; und in der Konkretisierungsalternative "Aufforderung zur Angebotsabgabe" in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur der Antragstellerin - wie oben begründet - keine vom BVA aufzugreifende Rechtsverletzungsmöglichkeit zu Lasten der Antragstellerin besteht.

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 VfGH, 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 denklogisch 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 VfGH, 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 Artikel 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 VfGH 2009/04/0129 zu entscheiden, zumal der VfGH 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 VfGH 2009/04/0129 zu entscheiden, zumal der VfGH 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 VfGH 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 VfGH 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 VfGH letztlich als Einzelvergabeverfahren auslösend beurteilten 13 Aufforderungen zur Angebotsabgabe insoweit dennoch zur Gewährleistung des effektiven Vergaberechtsschutzes als einheitliches Vergabeverfahren zu beurteilen wären. Wenn der VfGH vielmehr im Erkenntnis 2009/04/0129 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufhebt, erblickt der erkennende Senat des BVA nunmehr in den von der Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008 vorgebrachten Argumenten iZm einer gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur

Überprüfbarkeit allfälliger Umgehungsstrukturen 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 - und sogar mit der Antragstellerin A*** GmbH als bei VwGH dort mitbeteiligter Partei - 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 § 41 Abs 1 letzter Satz VwGG geführt haben. Der VwGH hat sich aber zB auch in Erkenntnis 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 Recht 12, 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 von der Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008 vorgebrachten Argumenten iZm einer gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Überprüfbarkeit allfälliger Umgehungsstrukturen 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 - und sogar mit der Antragstellerin A*** GmbH als bei VwGH dort mitbeteiligter Partei - 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.

Schlagworte

Rechtsverletzungsmöglichkeit; Urkundenauslegung;

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