

TE Verg Bescheid 2010/1/21 VKS-11429/09

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.01.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs1 Z1 und Abs2 Z2

WVRG 2007 §31 Abs6

BVergG 2006 §2 Z16 litab

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §345

AVG §71

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Isabelle Dessulemoustier-Bovekercke-Ofner, Rechtsanwältin in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Mammographiesystemen, Ausschreibungsnummer: AKH/TDR/TMT/O/5/2009, durch die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltverbund, Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien – Universitätskliniken, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Antragstellerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anfechtung der Ausschreibung der Antragsgegnerin, insbesondere der Festlegungen „Scanwinkel mindestens 40 Grad, mindestens 25 Projektionen, Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um" wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die Anträge

1. a)Litera a

die diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich der technischen Leistungsmerkmale in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere Scanwinkel mindestens 40 Grad, mind. 25 Projektionen, Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um zu streichen;

2. b)Litera b

die Nichtzulassung der Einschreiterin zur Teilnahme für nichtig zu erklären;

3. c)Litera c

die Einschreiterin zur Teilnahme an der Ausschreibung zuzulassen;

4. d)Litera d

den Auftraggeber für schuldig zu „bekennen" (!), der Einschreiterin Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu leisten, werden abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 16.12.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 Z 2, 31 Abs. 6 WVRG 2007, §§ 2 Z 16 lit. a lit. bb, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 345 BVergG 2006 und § 71 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, Ziffer 2, 31, Absatz 6, WVRG 2007, Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, lit. bb, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 345, BVergG 2006 und Paragraph 71, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund – Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der EU vom 19.11.2009, Zl. 2009/S 223-320502, sowie auf der Webseite für Bekanntmachung www.gemeinderecht.wien.at. Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von einem Mammographiesystem mit Tomosynthese und einem Mammographiesystem mit

Stereotaxieinheit zur Biopsie. In den öffentlich zugänglichen Vergabebekanntmachungen waren die Teilnahmebedingungen unter Punkt III unter anderem wie folgt beschrieben: Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund – Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der EU vom 19.11.2009, Zl. 2009/S 223-320502, sowie auf der Webseite für Bekanntmachung www.gemeinderecht.wien.at. Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von einem Mammographiesystem mit Tomosynthese und einem Mammographiesystem mit Stereotaxieinheit zur Biopsie. In den öffentlich zugänglichen Vergabebekanntmachungen waren die Teilnahmebedingungen unter Punkt römisch drei unter anderem wie folgt beschrieben:

„Als geeignet gelten lediglich jene Unternehmer, die zumindest ein Referenzprojekt über die Lieferung, Montage, Inbetriebnahme und Einschulung eines Mammographiesystems mit Tomosynthese sowie ein Mammographiesystem mit Stereotaxieinheit zur Biopsie im klinischen Routineeinsatz an einer öffentlichen Krankenanstalt mit nachstehenden Systemanforderungen nachweisen können:

Systemanforderung:

Scannwinkel mindestens 40 Grad,

mindestens 25 Projektionen,

Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um ..."

Die Ausschreibung sah die Einladung von drei Bietern zur Angebotslegung vor. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 27.11.2009, 12.00 Uhr.

Mit Schreiben vom 26.11.2009 hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin zur Berichtigung der Ausschreibung aufgefordert sowie einen Antrag auf Übermittlung der Berichtigung der Ausschreibung gestellt. Am 27.11.2009, 10.15 Uhr, hat die Antragstellerin über ihre Rechtsvertretung schließlich eine „Ergänzung und Verbesserung eines Tippfehlers zur Eingabe vom 27.11.2009 (richtig wohl 26.11.2009)", eingebracht. Weiters hat die Antragstellerin rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt.

Mit Schreiben vom 7.12.2009 (der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen) hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren nicht zugelassen werde.

Mit dem am 10.12.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin zunächst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen, die Nichtigklärung derselben, die Nichtigklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Mit dem am 10.12.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag, begehrt die Antragstellerin zunächst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen, die Nichtigklärung derselben, die Nichtigklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz.

Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin zu ihrem Begehren der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor, sie habe am 26.11.2009 „über ausführliche Recherche der ausgewiesenen Vertreter Kenntnis von einem Beitrag in einem bezahlten Supplement" der Tageszeitung „Presse" erhalten, aus dem sich ergebe, dass offensichtlich die Anschaffung des Gerätes eines Mitbewerbers bereits seit einiger Zeit beabsichtigt gewesen sei. Die Kenntnis des beschriebenen Zeitungsartikels datierte daher auf 26.11.2009 und sei „die Existenz des Artikels für die Einschreiterin jedenfalls unvorhersehbar" gewesen. „Sohin (liege) für die Einschreiterin ein unvorhergesehenes und unvorhersehbares Ereignis (Zufall) vor, durch welches sie an der rechtzeitigen Vornahme einer Verfahrenshandlung, nämlich des Antrags auf Nichtigklärung der Ausschreibung bzw. zumindest dem bekämpften Teil hiervon, gehindert war. Der Einschreiterin (drohe) durch den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren, sohin einer vorzunehmenden Verfahrenshandlung, ein unwiederbringlicher Nachteil, nämlich die Unmöglichkeit der Teilnahme am Vergabeverfahren, sohin der Verhinderung der Legung eines Anbots. Die Einschreiterin trifft daran kein wie immer geartetes Verschulden". Aufgrund des Artikels sei deutlich sichtbar, dass tatsächlich keine gesetzeskonforme, auf

sachlichen Argumenten beruhende Ausschreibung vorliege, sondern bereits ca. vier Wochen vor der Ausschreibung der „Gewinner“ offenbar gemeinsam festgelegt worden sei. Dies sei auch die einzig mögliche Erklärung, weshalb die Ausschreibung exakt auf die technischen Daten des ***-Gerätes zugeschnitten sei und daher von vornherein jeglichen Wettbewerb ausschließe. Die Antragsgegnerin hätte durchaus die Möglichkeit gehabt, das (bisherige) Vergabeverfahren für (teilweise) nichtig zu erklären oder zu widerrufen, in diesem Sinne habe die Einschreiterin auch einen Antrag bzw. eine Anregung gestellt, der jedoch seitens der Antragsgegnerin „bisher unerledigt“ geblieben sei. Sie begehrt daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Festlegungen der Antragsgegnerin in den Teilnahmebedingungen, soweit sie unter anderem die Systemanforderungen „Scanwinkel mindestens 40 Grad, mindestens 25 Projektionen, Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um“ betreffen. Sofern diese Festlegungen nicht für nichtig erklärt werden sollten, sei die Antragstellerin nicht in der Lage ein chancenreiches Angebot zu legen.

Zum Nichtigerklärungsantrag führt sie im Wesentlichen aus, die Entscheidung, wonach nach die von ihr angebotenen Geräte Ausschreibungskriterien nicht erfüllen würden, sei unrichtig. Das Gerät der Einschreiterin würde jedenfalls die Mindestanforderungen erfüllen. Die von ihr vertriebenen Geräte entsprechen den Anforderungen – ausgenommen die sachlich nicht gerechtfertigten und daher rechtswidrigen, oben genannten Ausschreibungskriterien. Weiters sind die von der Einschreiterin lieferbaren Geräte, „auch wenn sie den inkriminierten Anforderungen nicht entsprechen, diesen zumindest gleichwertig in Funktion, Qualität, Anwendungsmöglichkeit und Verwendbarkeit“. Im Übrigen hätte die Antragsgegnerin nach Ablauf der Frist zur Stellung von Teilnahmeanträgen das Vergabeverfahren nach § 139 BVergG 2006 zu widerrufen gehabt, weil „die Ausschreibungskriterien ohne jegliche sachliche Rechtfertigung auf nur einen Anbieter, sohin einer potentiellen, bereits Wochen in der Presse zuvor als einzigen potentiellen Teilnehmer zugeschnitten waren“. Dieser Sachverhalt würde einen zwingenden Grund für den Widerruf abgeben. Zum Nichtigerklärungsantrag führt sie im Wesentlichen aus, die Entscheidung, wonach nach die von ihr angebotenen Geräte Ausschreibungskriterien nicht erfüllen würden, sei unrichtig. Das Gerät der Einschreiterin würde jedenfalls die Mindestanforderungen erfüllen. Die von ihr vertriebenen Geräte entsprechen den Anforderungen – ausgenommen die sachlich nicht gerechtfertigten und daher rechtswidrigen, oben genannten Ausschreibungskriterien. Weiters sind die von der Einschreiterin lieferbaren Geräte, „auch wenn sie den inkriminierten Anforderungen nicht entsprechen, diesen zumindest gleichwertig in Funktion, Qualität, Anwendungsmöglichkeit und Verwendbarkeit“. Im Übrigen hätte die Antragsgegnerin nach Ablauf der Frist zur Stellung von Teilnahmeanträgen das Vergabeverfahren nach Paragraph 139, BVergG 2006 zu widerrufen gehabt, weil „die Ausschreibungskriterien ohne jegliche sachliche Rechtfertigung auf nur einen Anbieter, sohin einer potentiellen, bereits Wochen in der Presse zuvor als einzigen potentiellen Teilnehmer zugeschnitten waren“. Dieser Sachverhalt würde einen zwingenden Grund für den Widerruf abgeben.

In ihrem Verbesserungsschriftsatz vom 14.12.2009 führt die Antragstellerin aus, dass durch das Vorgehen der Antragsgegnerin ihr der Eintritt eines Schadens dadurch zu entstehen drohe, dass durch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten ihr der Auftrag entgehen würde. Überdies habe sie bereits einen durch die Angebotsbearbeitung entstandenen erheblichen finanziellen Aufwand zu tragen. Dazu käme noch der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich daher in ihrem Recht auf „echte Chance auf den Zuschlag“, in ihrem Recht auf objektive Eignungskriterien und einen gerechten Wettbewerb und demnach auch eine objektive und nicht diskriminierende Auswahl der Teilnehmer verletzt. Die Pauschalgebühren seien beigebracht worden.

Mit Bescheid vom 16.12.2009 hat der Vergabekontrollsenat die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit den Schriftsätzen vom 15.12.2009 und 18.12.2009 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Begehren der Antragstellerin Stellung genommen und die Zurückweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung sowie die Abweisung des Nichtigerklärungsantrages begehrt. Zum Begehren auf Wiedereinsetzung hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass der von der Antragstellerin geltend gemachte Wiedereinsetzungsgrund untauglich wäre, eine Wiedereinsetzung zu rechtfertigen. Abzustellen sei nicht auf den in der Tageszeitung der „Presse“ erschienenen Artikel vom 23.10.2009, der angeblich der Antragstellerin erst am 26.11.2009 bekannt geworden sei, sondern darauf, dass die Bekanntmachung des gegenständlichen Verfahrens mit den Teilnahmebedingungen am 19.11.2009 veröffentlicht worden sei. Im Hinblick auf die gewählte Verfahrensart hätten die Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nach § 24 Abs. 2 Z 1 WVRG 2007 spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist (27.11.2009) angefochten werden müssen.

Aus welchen Gründen auch immer habe dies die Antragstellerin unterlassen, sodass die Teilnahmebedingungen bestandfest geworden seien. Der Wiedereinsetzungsantrag könne daher keinen Erfolg haben. Mit den Schriftsätzen vom 15.12.2009 und 18.12.2009 hat die Antragsgegnerin inhaltlich zum Begehren der Antragstellerin Stellung genommen und die Zurückweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung sowie die Abweisung des Nichtigerklärungsantrages begehrt. Zum Begehren auf Wiedereinsetzung hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass der von der Antragstellerin geltend gemachte Wiedereinsetzungsgrund untauglich wäre, eine Wiedereinsetzung zu rechtfertigen. Abzustellen sei nicht auf den in der Tageszeitung der „Presse“ erschienenen Artikel vom 23.10.2009, der angeblich der Antragstellerin erst am 26.11.2009 bekannt geworden sei, sondern darauf, dass die Bekanntmachung des gegenständlichen Verfahrens mit den Teilnahmebedingungen am 19.11.2009 veröffentlicht worden sei. Im Hinblick auf die gewählte Verfahrensart hätten die Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nach Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG 2007 spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist (27.11.2009) angefochten werden müssen. Aus welchen Gründen auch immer habe dies die Antragstellerin unterlassen, sodass die Teilnahmebedingungen bestandfest geworden seien. Der Wiedereinsetzungsantrag könne daher keinen Erfolg haben.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung führt die Antragsgegnerin aus, der Teilhabeantrag sei zurückzuweisen gewesen, weil die Antragstellerin mehrere der bestandfesten Teilnahmebedingungen nicht erfüllt habe. Dabei habe es sich um die Mindestanforderungen „Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs, Scanwinkel mindestens 40 Grad, mindestens 25 Projektionen und Auflösung bei Tomosynthese max. 90 µm“ gehandelt. Da die Antragstellerin nur einen Teilhabeantrag gestellt habe, könnten ihr Kosten für eine Angebotsbearbeitung nicht entstanden sein. Mangels Schadeneintrittes, bzw. durch die Nicht-Zulassung zur Teilnahme könne ihr ein Schaden im vergaberechtlichen Sinn nicht entstehen, fehle es ihr überhaupt an der Antragslegitimation. Letztlich führt die Antragsgegnerin aus, dass die Antragstellerin kein Recht habe, den Widerruf der Ausschreibung zu begehren, Widerrufsgründe lägen überdies nicht vor.

Vorweg war über den Antrag der Antragstellerin auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Anfechtung der Teilhabeunterlagen abzusprechen:

Bereits ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin konnte vom Vergabekontrollsenat darüber entschieden werden, ohne dass es der Durchführung eines Bescheinigungsverfahrens, insbesondere der Vernehmung der von der Antragstellerin im Verbesserungsschriftsatz vom 14.12.2009 angeführten Bescheinigungsmittel, bedurft hätte. Ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien nicht gestellt, eine Notwendigkeit dafür ist nach der Aktenlage nicht gegeben, sodass der Senat nach § 13 Abs. 2 WVRG 2007 in nicht öffentlicher Sitzung entscheiden konnte. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist zwar rechtzeitig gestellt worden (§ 71 Abs. 2 AVG), ist jedoch im Ergebnis nicht berechtigt. Bereits ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin konnte vom Vergabekontrollsenat darüber entschieden werden, ohne dass es der Durchführung eines Bescheinigungsverfahrens, insbesondere der Vernehmung der von der Antragstellerin im Verbesserungsschriftsatz vom 14.12.2009 angeführten Bescheinigungsmittel, bedurft hätte. Ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien nicht gestellt, eine Notwendigkeit dafür ist nach der Aktenlage nicht gegeben, sodass der Senat nach Paragraph 13, Absatz 2, WVRG 2007 in nicht öffentlicher Sitzung entscheiden konnte. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist zwar rechtzeitig gestellt worden (Paragraph 71, Absatz 2, AVG), ist jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, zur Beschaffung von Mammographiesystemen. Die Bekanntmachung der Teilnahmebedingungen erfolgte europaweit am 19.11.2009, eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien sowie auf der Webseite der Antragsgegnerin ist innerstaatlich erfolgt. Die Teilnahmefrist war mit 27.11.2009, 12.00 Uhr festgesetzt.

In den Vergabebekanntmachungen waren bereits die Teilnahmebedingungen unter Punkt III festgelegt. Darin wird (soweit für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung) die Anforderung an die zu liefernden Geräte unter anderem wie folgt beschrieben: In den Vergabebekanntmachungen waren bereits die Teilnahmebedingungen unter Punkt römisch drei festgelegt. Darin wird (soweit für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung) die Anforderung an die zu liefernden Geräte unter anderem wie folgt beschrieben:

„Als geeignet gelten lediglich jene Unternehmer, die zumindest ein Referenzprojekt über die Lieferung, Montage,

Inbetriebnahme und Einschulung eines Mammographiesystems mit Tomosynthese sowie ein Mammographiesystem mit Stereotaxieinheit zur Biopsie im klinischen Routineeinsatz an einer öffentlichen Krankenanstalt mit nachstehenden Systemanforderungen nachweisen können:

Systemanforderungen:

Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs,

Scanwinkel mindestens 40 Grad,

mindestens 25 Projektionen,

Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um ..."

Die Teilnahmefrist hat entsprechend den Vorgaben des § 63 Z 2 BVergG 2006, zehn Tage, gerechnet vom Tag der Absendung, betragen. Die Teilnahmebedingungen hätten spätestens drei Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist beim Vergabekontrollsenat Wien angefochten werden können (§ 24 Abs. 2 Z 1 WVRG 2007). Bis 25.11.2009 sind die Teilnahmebedingungen, auch nicht von der Antragstellerin, mit einem Antrag auf Nichtigerklärung angefochten worden. Mit Schreiben vom 26.11.2009 hat die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Forderung von „mindestens 25 Projektionen“ und „Scanwinkel mindestens 40 Grad“ diskriminierend wären und daher geändert werden müssten. Dieses Schreiben hat die Antragstellerin mit Telefax vom 27.11.2009 „ergänzt“ und einen Tippfehler korrigiert. Bis zum Ende der Teilnahmefrist hat die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag gestellt. Am 30.11.2009 hat die Antragsgegnerin eine kommissionelle Prüfung der eingelangten Teilnahmeanträge vorgenommen und festgestellt, dass die Antragstellerin mehrere der bestandfesten Teilnahmebedingungen nicht erfüllt habe. Dabei hat es sich um die Mindestanforderungen „Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs, Scanwinkel mindestens 40 Grad, mindestens 25 Projektionen und Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um“ gehandelt. Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 7.12.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie aufgrund der Nichterfüllung von bestandfesten Teilnahmebedingungen nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen und deshalb auch nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wird. Die Teilnahmefrist hat entsprechend den Vorgaben des Paragraph 63, Ziffer 2, BVergG 2006, zehn Tage, gerechnet vom Tag der Absendung, betragen. Die Teilnahmebedingungen hätten spätestens drei Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist beim Vergabekontrollsenat Wien angefochten werden können (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG 2007). Bis 25.11.2009 sind die Teilnahmebedingungen, auch nicht von der Antragstellerin, mit einem Antrag auf Nichtigerklärung angefochten worden. Mit Schreiben vom 26.11.2009 hat die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin vorgebracht, dass die Forderung von „mindestens 25 Projektionen“ und „Scanwinkel mindestens 40 Grad“ diskriminierend wären und daher geändert werden müssten. Dieses Schreiben hat die Antragstellerin mit Telefax vom 27.11.2009 „ergänzt“ und einen Tippfehler korrigiert. Bis zum Ende der Teilnahmefrist hat die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag gestellt. Am 30.11.2009 hat die Antragsgegnerin eine kommissionelle Prüfung der eingelangten Teilnahmeanträge vorgenommen und festgestellt, dass die Antragstellerin mehrere der bestandfesten Teilnahmebedingungen nicht erfüllt habe. Dabei hat es sich um die Mindestanforderungen „Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs, Scanwinkel mindestens 40 Grad, mindestens 25 Projektionen und Auflösung bei Tomosynthese max. 90 um“ gehandelt. Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 7.12.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie aufgrund der Nichterfüllung von bestandfesten Teilnahmebedingungen nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen und deshalb auch nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wird.

Dagegen richtet sich der am 10.12.2009, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z. 1 WVRG 2007) eingelangte Nachprüfungsantrag, verbunden mit dem gegenständlichen Antrag auf Wiedereinsetzung. Dagegen richtet sich der am 10.12.2009, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007) eingelangte Nachprüfungsantrag, verbunden mit dem gegenständlichen Antrag auf Wiedereinsetzung.

In ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung, aber auch in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin zur Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zuzulassen, führt die Antragstellerin aus, sie sei nicht in der Lage mit ihrem Gerät die Mindestanforderungen, wie sie in der angefochtenen Entscheidung angeführt werden, zu erfüllen. Diese Festlegungen seien diskriminierend und im Ergebnis auf ein Fabrikat abgestimmt.

Offenbar aufgrund der Entscheidung der Antragsgegnerin vom 7.12.2009 ist die Antragstellerin zur Erkenntnis gelangt,

dass die entsprechenden Festlegungen in den Teilnahmebedingungen von ihr hätten bekämpft werden müssen. Ohne Nichtigkeitsklärung dieser Bestimmungen ist die Antragstellerin – wie sie selbst in ihren Schriftsätzen zugesteht – nicht in der Lage, Geräte, die den bestandfesten Teilnahmebedingungen entsprechen, anzubieten.

Nun macht die Antragstellerin zur Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrages geltend, sie habe „erst am 26.11.2009“, also einen Tag vor Ende der Teilnahmefrist am 27.11.2009, von einem in der Tageszeitung „Presse“ in einer Beilage enthaltenen Artikel erfahren, dass die Antragsgegnerin „offensichtlich die Anschaffung des Gerätes eines Mitbewerbers bereits seit einiger Zeit beabsichtigt“. Da sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren durch Stellung eines Teilnahmeantrages beteiligt hat, ist anzunehmen – ohne dass sie freilich diesbezüglich Ausführungen gemacht hat – dass ihr die Teilnahmebedingungen, die am 19.11.2009 bekannt gemacht wurden, bekannt waren. Dem Vorbringen der Antragstellerin ist nicht zu entnehmen, warum und aus welchen Gründen sie eine Anfechtung der angeblich sie diskriminierenden Teilnahmebedingungen innerhalb der Anfechtungsfrist des § 24 Abs. 2 Z 1 WVRG 2007 nicht vorgenommen hat. Trotz der weitschweifigen Argumentation der Antragstellerin ist nicht nachvollziehbar, wieso sie aufgrund eines bereits am 23.10.2009 erschienenen Zeitungsartikels, der ihr angeblich erst am 26.11.2009 zur Kenntnis gelangte, gehindert gewesen sein soll, jene Festlegungen in den Teilnahmebedingungen zu bekämpfen, die sie nunmehr mit den vorliegenden Schriftsätzen bekämpft. Die Antragstellerin muss bereits vor Abgabe ihres Teilnahmeantrages nicht nur die Teilnahmebedingungen entsprechend studiert haben, sondern müsste auch aufgrund ihrer Fach- und Marktkenntnisse erkannt haben, dass die von ihr nunmehr angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung sie daran hindern, ein erfolversprechendes Angebot zu legen. Dass sie diese Festlegungen nicht gekannt hätte, wird von der Antragstellerin nicht vorgebracht. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorbringt, sie sei weder verpflichtet noch könne von ihr erwartet werden, dass sie vor einer öffentlichen Ausschreibung die Medien auf relevante Sachverhalte prüfe, ist ihr durchaus zuzustimmen. Als im Medizingerätesektor tätiges Unternehmen muss aber von ihr erwartet werden, dass sie sich in den für sie in Frage kommenden Publikationsmedien (Amtsblatt der EU, im Unterschwellenbereich Amtsblatt der Stadt Wien bzw. Webseite der Stadt Wien) regelmäßig über Ausschreibungen informiert und sich die entsprechenden Unterlagen beschafft. Dies hat sie offenbar auch gegenständlich getan, wie aus ihrem Teilnahmeantrag abzuleiten ist. Wenn sie es

aber unterlassen hat, trotz rechtzeitiger Kenntnis der Teilnahmebedingungen die von ihr als benachteiligend bezeichneten Festlegungen rechtzeitig zu bekämpfen, hat sie dies als ausschließlich in ihrem Bereich liegend, zu vertreten. Dies hätte für sie Anlass sein müssen, die entsprechenden Anträge noch innerhalb der offenen Frist zu stellen. Da sie dies nicht getan hat, sind die Teilnahmebedingungen bestandfest geworden, weshalb alle am Vergabeverfahren Beteiligten daran gebunden sind.

Gemäß § 71 Abs. 1 AVG ist einer Partei, die durch Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft. Voraussetzung für einen Wiedereinsetzungsantrag ist sohin, dass die Partei durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die versäumte Frist einzuhalten. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Wieso die Kenntnis des Inhaltes der Beilage zur Tageszeitung „die Presse“ vom 23.10.2009, von dem die Antragstellerin erst am 26.11.2009 Kenntnis erlangt haben will, als „Ereignis im Sinne des § 71 Abs. 1 AVG“ zu werten wäre, ist unter Berücksichtigung des Ablaufes des Vergabeverfahrens nicht verständlich. Die Antragstellerin hatte Kenntnis von den Teilnahmebedingungen, wie sich aus ihrem Teilnahmeantrag ergibt, war durchaus in der Lage innerhalb angemessener Frist die von ihr nun als benachteiligend bezeichneten Festlegungen zu bekämpfen, hat dies jedoch innerhalb der Anfechtungsfrist nicht getan. Welches Ereignis die Antragstellerin an der rechtzeitigen Anfechtung der von ihr als diskriminierend bezeichneten Festlegungen gehindert hat und das daher als „unabwendbar“ im Sinne des § 71 Abs. 1 AVG gewertet werden könnte, ist den weitwendigen Ausführungen in den Schriftsätzen der Antragstellerin auch nicht ansatzweise zu entnehmen. „Unabwendbar“ ist ein Ereignis dann, wenn sein Eintritt objektiv von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden kann (vgl. VwGH 10.10.1991, 91/06/0162), „unvorhergesehen“ wenn die Partei es tatsächlich nicht mit einberechnet hat und seinen Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die ihr zumutbare Aufmerksamkeit und Vorsicht nicht erwarten konnte (Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts⁶, § 71 und die dort zitierte Judikatur). Ein minderer Grad des Versehens liegt vor, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit im Sinne des § 1332 ABGB handelt, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht (VwGH 10.2.1994, 94/18/0038 ua). An Unternehmer, die im freien Wettbewerb innerhalb ihrer Branche stehen, ist dabei ein strengerer Maßstab als an rechtsunkundige, verfahrensbeteiligte Personen anzulegen (vgl. VwGH 7.6.2000, 99/01/0337). Es entspricht den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass ein Unternehmen, das sich am Wettbewerb beteiligt, davon ausgehen muss, dass auch andere Interessenten sich an den Vergabeverfahren beteiligen und daher Vergabebestimmungen bzw. Festlegungen in einem Vergabeverfahren auch unter dem Aspekt zu prüfen sind, inwieweit dadurch Produkte einzelner Unternehmer bevorzugt werden können. Wenn daher die Antragstellerin damit argumentiert, erst aufgrund des ihr am 26.11.2009 bekannt gewordenen Artikels in der „Presse“ darauf aufmerksam geworden zu sein, dass die Antragsgegnerin offenbar beabsichtigt ein bestimmtes Produkt anzuschaffen, ist sie darauf zu verweisen, dass sie diesen Umstand schon bereits bei Studium der Teilnahmebedingungen hätte erkennen müssen und erkennen hätte können. Da dies offenbar nicht der Fall gewesen ist oder sie aus sonst nicht näher dargestellten Gründen die Anfechtungsfrist nicht eingehalten hat, ist von einem Verhalten auszugehen, dem ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden zugrunde liegt. Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist einer Partei, die durch Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft. Voraussetzung für einen Wiedereinsetzungsantrag ist sohin, dass die Partei durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die versäumte Frist einzuhalten. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Wieso die Kenntnis des Inhaltes der Beilage zur Tageszeitung „die Presse“ vom 23.10.2009, von dem die Antragstellerin erst am 26.11.2009 Kenntnis erlangt haben will, als „Ereignis im Sinne des Paragraph 71, Absatz eins, AVG“ zu werten wäre, ist unter Berücksichtigung des Ablaufes des Vergabeverfahrens nicht verständlich. Die Antragstellerin hatte Kenntnis von den Teilnahmebedingungen, wie sich aus ihrem Teilnahmeantrag ergibt, war durchaus in der Lage innerhalb angemessener Frist die von ihr nun als benachteiligend bezeichneten Festlegungen zu bekämpfen, hat dies jedoch innerhalb der Anfechtungsfrist nicht getan. Welches Ereignis die Antragstellerin an der rechtzeitigen Anfechtung der von ihr als diskriminierend bezeichneten Festlegungen gehindert hat und das daher als „unabwendbar“ im Sinne des Paragraph 71, Absatz eins, AVG gewertet werden könnte, ist den weitwendigen Ausführungen in den Schriftsätzen der Antragstellerin auch nicht ansatzweise zu

entnehmen. „Unabwendbar“ ist ein Ereignis dann, wenn sein Eintritt objektiv von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden kann (vergleiche VwGH 10.10.1991, 91/06/0162), „unvorhergesehen“ wenn die Partei es tatsächlich nicht mit einberechnet hat und seinen Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die ihr zumutbare Aufmerksamkeit und Vorsicht nicht erwarten konnte (Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts⁶, Paragraph 71 und die dort zitierte Judikatur). Ein milderer Grad des Versehens liegt vor, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit im Sinne des Paragraph 1332, ABGB handelt, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht (VwGH 10.2.1994, 94/18/0038 ua). An Unternehmer, die im freien Wettbewerb innerhalb ihrer Branche stehen, ist dabei ein strengerer Maßstab als an rechtsunkundige, verfahrensbeteiligte Personen anzulegen (vergleiche VwGH 7.6.2000, 99/01/0337). Es entspricht den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass ein Unternehmen, das sich am Wettbewerb beteiligt, davon ausgehen muss, dass auch andere Interessenten sich an den Vergabeverfahren beteiligen und daher Vergabebestimmungen bzw. Festlegungen in einem Vergabeverfahren auch unter dem Aspekt zu prüfen sind, inwieweit dadurch Produkte einzelner Unternehmer bevorzugt werden können. Wenn daher die Antragstellerin damit argumentiert, erst aufgrund des ihr am 26.11.2009 bekannt gewordenen Artikels in der „Presse“ darauf aufmerksam geworden zu sein, dass die Antragsgegnerin offenbar beabsichtigt ein bestimmtes Produkt anzuschaffen, ist sie darauf zu verweisen, dass sie diesen Umstand schon bereits bei Studium der Teilnahmebedingungen hätte erkennen müssen und erkennen hätte können. Da dies offenbar nicht der Fall gewesen ist oder sie aus sonst nicht näher dargestellten Gründen die Anfechtungsfrist nicht eingehalten hat, ist von einem Verhalten auszugehen, dem ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden zugrunde liegt.

Da sohin die Gründe des § 71 Abs. 1 AVG, bereits ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin, nicht vorliegen, war deren Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Anfechtungsfristen abzuweisen. Da sohin die Gründe des Paragraph 71, Absatz eins, AVG, bereits ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin, nicht vorliegen, war deren Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Anfechtungsfristen abzuweisen.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Sie führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages, nämlich zur Anschaffung von Mammographiesystemen. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit und innerstaatlich erfolgt. Das Ende zur Abgabe von Teilnahmeanträgen war der 27.11.2009, 12.00 Uhr. Mit Schreiben vom 7.12.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass diese nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zugelassen wird. Dagegen richtet sich der am 10.12.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z. 1 WVRG 2007) eingelangte Nachprüfungsantrag. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z. 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z. 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Nichtigerklärungsantrag entspricht auch im Übrigen (nach Verbesserung) den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007. Dies wurde bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages, nämlich zur Anschaffung von Mammographiesystemen. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit und innerstaatlich erfolgt. Das Ende zur Abgabe von Teilnahmeanträgen war der 27.11.2009, 12.00 Uhr. Mit Schreiben vom 7.12.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass diese nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zugelassen wird. Dagegen richtet sich der am 10.12.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007) eingelangte Nachprüfungsantrag. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Nichtigerklärungsantrag entspricht auch im Übrigen (nach Verbesserung) den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007. Dies wurde bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt.

Mit dem Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.12.2009 auch den Antrag auf Nichtigerklärung der technischen Leistungsmerkmale in den Teilnahmeunterlagen, insbesondere „Scanwinkel mindestens 40 Grad, mindestens 25 Projektionen, Auflösung bei Tomosynthese max. 90 µm“, begehrt. Mit der angefochtenen Entscheidung wurde der Antragstellerin aber auch mitgeteilt, dass sie auch deshalb nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen wurde, weil die von ihr angebotenen Geräte nicht die geforderte „Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs“ erfüllen würden.

Damit bleibt von der Antragstellerin unangefochten, dass die von ihr vertriebenen Geräte zumindest in diesen zuletzt genannten technischen Anforderungen nicht den Teilnahmebedingungen entsprechen.

Unabhängig davon ist bereits nach dem Vorbringen der Antragstellerin davon auszugehen, dass sie aufgrund der bestandfest gewordenen Teilnahmebedingungen nicht in der Lage ist, mit den von ihr vertriebenen Geräten die bestandfest gewordenen technischen Anforderungen zu erfüllen. Selbst wenn diese nunmehr angefochtenen Festlegungen vergaberechtswidrig sein sollten, wäre die Antragstellerin verpflichtet gewesen, diese rechtzeitig innerhalb der Frist des § 24 Abs. 2 Z. 1 WVRG 2007 anzufechten, um deren Bestandskraft zu vermeiden. Das Verfahren hat – nicht zuletzt aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin selbst – ergeben, dass die von ihr vertriebenen Geräte zumindest zwei unangreifbare Festlegungen (Scanwinkel mindestens 40 Grad und mindestens 25 Projektionen) nicht einhalten können und damit die Eignungsanforderungen nicht erfüllt werden. Dazu kommt, wie die Antragsgegnerin ausgeführt hat und der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen ist, dass die Geräte der Antragstellerin auch die Festlegungen „Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs“ und „Auflösung bei Tomosynthese max. 90 µm“, nicht erfüllen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dann, wenn die Antragstellerin auch nur eine einzige eignungsrelevante Festlegung nicht erfüllt, ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden kann. Eine Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme (Aufforderung zur Angebotsabgabe) scheidet jedenfalls mangels Eignung aus. Da die Antragstellerin, wie sie selbst zugesteht, die Eignungsanforderungen nicht erfüllt, kann sie durch die Nichtzulassung zur Teilnahme auch nicht in ihren Rechten verletzt sein. Insbesondere kann ihr niemals ein Schaden drohen, da sie zu Recht nicht zur Teilnahme aufgefordert wurde. Nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann nur jener Unternehmer oder jene Unternehmerin, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, vorliegend der Nichtzulassung zur Teilnahme (§ 2 Z. 16 lit. a sublit. bb BVerG 2006) begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da im Hinblick auf die mangels Anfechtung durch die Antragstellerin bestandfest gewordenen Teilnahmebedingungen sie offenbar nicht in der Lage war, einen diesen Bedingungen entsprechenden Teilnahmeantrag zu stellen, hätte sie selbst bei Nichtigerklärung der von ihr angefochtenen Entscheidung keine Chance, den Zuschlag selbst zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren auch ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre und ihm durch Nichtberücksichtigung seines Angebotes ein Schaden entstehen könnte oder entstanden ist. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, VKS – 3066/06, VKS – 85/08 u.a.). Diese Voraussetzungen liegen gegenständlich vor, sodass bereits aus diesen Gründen der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen war. Dazu kommt, dass die Antragstellerin nicht alle in der angefochtenen Entscheidung für die Nichtzulassung angeführten Gründe als rechtswidrig angefochten hat, was für sich allein ausreichend wäre, den Antrag abzuweisen. Unabhängig davon ist bereits nach dem Vorbringen der Antragstellerin davon auszugehen, dass sie aufgrund der bestandfest gewordenen Teilnahmebedingungen nicht in der Lage ist, mit den von ihr vertriebenen Geräten die bestandfest gewordenen technischen Anforderungen zu erfüllen. Selbst wenn diese nunmehr angefochtenen Festlegungen vergaberechtswidrig sein sollten, wäre die Antragstellerin verpflichtet gewesen, diese rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG 2007 anzufechten, um deren Bestandskraft zu vermeiden. Das Verfahren hat – nicht zuletzt aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin selbst – ergeben, dass die von ihr vertriebenen Geräte zumindest zwei unangreifbare Festlegungen (Scanwinkel mindestens 40 Grad und mindestens 25 Projektionen) nicht einhalten können und damit die Eignungsanforderungen nicht erfüllt werden. Dazu kommt, wie die Antragsgegnerin ausgeführt hat und der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen ist, dass die Geräte der Antragstellerin auch die Festlegungen „Doppelanoden-Mammographie-Strahler mit bis zu 600 mAs“ und „Auflösung bei Tomosynthese max. 90 µm“, nicht erfüllen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dann, wenn die Antragstellerin auch nur eine einzige eignungsrelevante Festlegung nicht erfüllt, ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden kann. Eine Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme (Aufforderung zur Angebotsabgabe) scheidet jedenfalls mangels Eignung aus. Da die

Antragstellerin, wie sie selbst zugesteht, die Eignungsanforderungen nicht erfüllt, kann sie durch die Nichtzulassung zur Teilnahme auch nicht in ihren Rechten verletzt sein. Insbesondere kann ihr niemals ein Schaden drohen, da sie zu Recht nicht zur Teilnahme aufgefordert wurde. Nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann nur jener Unternehmer oder jene Unternehmerin, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, vorliegend der Nichtzulassung zur Teilnahme (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BverG 2006) begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da im Hinblick auf die mangels Anfechtung durch die Antragstellerin bestandfest gewordenen Teilnahmebedingungen sie offenbar nicht in der Lage war, einen diesen Bedingungen entsprechenden Teilnahmeantrag zu stellen, hätte sie selbst bei Nichtigerklärung der von ihr angefochtenen Entscheidung keine Chance, den Zuschlag selbst zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren auch ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre und ihm durch Nichtberücksichtigung seines Angebotes ein Schaden entstehen könnte oder entstanden ist. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, VKS – 3066/06, VKS – 85/08 u.a.). Diese Voraussetzungen liegen gegenständlich vor, sodass bereits aus diesen Gründen der Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen war. Dazu kommt, dass die Antragstellerin nicht alle in der angefochtenen Entscheidung für die Nichtzulassung angeführten Gründe als rechtswidrig angefochten hat, was für sich allein ausreichend wäre, den Antrag abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 16.12.2009 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 16.12.2009 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Schlagworte

Bestandsfestigkeit einer Ausschreibung; Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Antragslegitimation, Schaden;

Zuletzt aktualisiert am

11.06.2010

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