

TE Verg Bescheid 2000/4/17 N-9/00-12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.04.2000

Norm

BVergG 1997 §55 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs3

BVergG 1997 §117 Abs2

JN §1

RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABl 1989 L 395 S 33) Art1 Abs1 litb

EGV Art249 Abs3

1. JN Art. 18 § 1 heute
2. JN Art. 18 § 1 gültig ab 01.01.2010

Text

BESCHEID

Spruch:

Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes am 31. März 2000 durch Vizepräsident des OGH Dr. Horst Schlosser als Vorsitzenden und die Beisitzer Divisionär Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite wie folgt entschieden:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 BundesvergabeGesetz 1997 – BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. Nr.120/1999 (BVergG) betreffend die "Rahmenausschreibung Erhebung der Wassergüte in Österreich gemäß Wassergüte-Erhebungsverordnung (BGBl. Nr.338/1991), Vergabe der Probenahme und Analytik der Beobachtungsjahre 1.07.2000 bis 31.12.2003" des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Marxergasse 2, 1030 Wien, vertreten durch den Landeshauptmann von Wien, Wilhelminenstraße 93, 1160 Wien, wird der Antrag der XXX GmbH, ***, vertreten durch ***, vom 21. Feber 2000, das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Landeshauptmanns von Wien vom 5. Jänner 2000, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und die Ausschreibung in den Punkten 5 und 6 zu widerrufen, für nichtig erklären, wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BundesvergabeGesetz 1997 – Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr.120 aus 1999, (BVergG) betreffend die "Rahmenausschreibung Erhebung der Wassergüte in Österreich gemäß Wassergüte-Erhebungsverordnung Bundesgesetzblatt Nr.338 aus 1991,, Vergabe der Probenahme und Analytik der Beobachtungsjahre 1.07.2000 bis 31.12.2003" des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Marxergasse 2, 1030 Wien, vertreten durch den Landeshauptmann von Wien, Wilhelminenstraße 93, 1160 Wien, wird der Antrag der römisch 30 GmbH, ***, vertreten durch ***, vom 21. Feber 2000, das Bundesvergabeamt möge die

Entscheidung des Landeshauptmanns von Wien vom 5. Jänner 2000, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und die Ausschreibung in den Punkten 5 und 6 zu widerrufen, für nichtig erklären, wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

Begründung:

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen:

Die Antragstellerin stellte am 21. Feber 2000 den im Spruch ersichtlichen Antrag und begründete diesen wie folgt:

Da sie die Analysetätigkeiten im Rahmen konzerninterner Zusammenarbeit mittels der ihr zur Verfügung stehenden Kapazitäten ihrer Muttergesellschaft in Tschechien – die über eine EU-Akkreditierung verfüge – erbringen wolle, habe ihr die vergebende Stelle mit Schreiben vom 5. Jänner 2000 mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Die Ausschreibung sei in den Positionen 5 und 6 widerrufen worden, weil nach der Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin nur ein Angebot vorhanden gewesen sei. Von entscheidender rechtlicher Bedeutung sei, ob die Ausscheidung dadurch gerechtfertigt sei, dass die Analyse der Proben in der Tschechischen Republik erfolge. Nicht entscheidungsrelevant sei hingegen, ob eine derartige Bestimmung in der Ausschreibung eine unzulässige Diskriminierung wäre, weil die Ausschreibung eine solche Bestimmung nicht enthalte. Soweit sich die vergebende Stelle auf § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 58 Abs. 2 Z 1 und Anhang VII BVergG stütze, ergebe sich daraus lediglich das Erfordernis, dass der Auftragnehmer, der seinen Sitz in Österreich habe, im Firmenbuch, Gewerberegister oder Mitgliederverzeichnis der Landeskammer eingetragen sei. Die Begründung im Schreiben vom 10. Feber 2000, das Angebot der Antragstellerin sei "auf Grund der Vergabekriterien (z.B. Leistungserbringung innerhalb des EWR) auszuscheiden gewesen", sei unklar. Gemäß Artikel 68 Abs. 2 des Europa-Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Tschechischen Republik andererseits, ABl Nr. L 360 vom 31.12.1994, S.002/0210 idgF ("Europa-Abkommen") sei eine Diskriminierung von Unternehmen aus der Tschechischen Republik bei Vergabeverfahren unzulässig. Da sie die Analysetätigkeiten im Rahmen konzerninterner Zusammenarbeit mittels der ihr zur Verfügung stehenden Kapazitäten ihrer Muttergesellschaft in Tschechien – die über eine EU-Akkreditierung verfüge – erbringen wolle, habe ihr die vergebende Stelle mit Schreiben vom 5. Jänner 2000 mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Die Ausschreibung sei in den Positionen 5 und 6 widerrufen worden, weil nach der Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin nur ein Angebot vorhanden gewesen sei. Von entscheidender rechtlicher Bedeutung sei, ob die Ausscheidung dadurch gerechtfertigt sei, dass die Analyse der Proben in der Tschechischen Republik erfolge. Nicht entscheidungsrelevant sei hingegen, ob eine derartige Bestimmung in der Ausschreibung eine unzulässige Diskriminierung wäre, weil die Ausschreibung eine solche Bestimmung nicht enthalte. Soweit sich die vergebende Stelle auf Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 58, Absatz 2, Ziffer eins und Anhang römisch sieben BVergG stütze, ergebe sich daraus lediglich das Erfordernis, dass der Auftragnehmer, der seinen Sitz in Österreich habe, im Firmenbuch, Gewerberegister oder Mitgliederverzeichnis der Landeskammer eingetragen sei. Die Begründung im Schreiben vom 10. Feber 2000, das Angebot der Antragstellerin sei "auf Grund der Vergabekriterien (z.B. Leistungserbringung innerhalb des EWR) auszuscheiden gewesen", sei unklar. Gemäß Artikel 68 Absatz 2, des Europa-Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Tschechischen Republik andererseits, ABl Nr. L 360 vom 31.12.1994, S.002/0210 idgF ("Europa-Abkommen") sei eine Diskriminierung von Unternehmen aus der Tschechischen Republik bei Vergabeverfahren unzulässig.

Somit sei die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig. Bei Nichtausscheiden des Angebots der Antragstellerin lägen jedoch zwei zulässige Angebote vor, weshalb auch ein teilweiser Widerruf des Vergabeverfahrens rechtswidrig sei.

Die vergebende Stelle brachte in ihrer Stellungnahme vom 24. Feber 2000 vor, aufgrund des geschätzten Auftragswerts von ATS 600.000,- sei der Auftrag nicht europaweit ausgeschrieben worden. Der Auftraggeber erwiderte in seiner Stellungnahme vom 28. Feber 2000, gemäß Erlass 41048/65/99 sei die Teilnahme von Bieterinnen aus Staaten, die nicht dem EWR angehörten, nur dann zulässig, wenn sowohl die Befugnis in einem Mitgliedsstaat der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR gemäß § 58 Abs. 2 Z 1 Anhang VII, C. beziehungsweise § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG nachgewiesen werde, als auch sämtliche – auch die analytischen – Leistungen innerhalb des EWR erbracht würden,

wobei auch eine Subbeauftragung an Bieter außerhalb des EWR unzulässig sei. GrundlageDie vergebende Stelle brachte in ihrer Stellungnahme vom 24. Feber 2000 vor, aufgrund des geschätzten Auftragswerts von ATS 600.000,- sei der Auftrag nicht europaweit ausgeschrieben worden. Der Auftraggeber erwiderte in seiner Stellungnahme vom 28. Feber 2000, gemäß Erlass 41048/65/99 sei die Teilnahme von Bietern aus Staaten, die nicht dem EWR angehörten, nur dann zulässig, wenn sowohl die Befugnis in einem Mitgliedsstaat der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR gemäß Paragraph 58, Absatz 2, Ziffer eins, Anhang römisch sieben, C. beziehungsweise Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG nachgewiesen werde, als auch sämtliche – auch die analytischen – Leistungen innerhalb des EWR erbracht würden, wobei auch eine Subbeauftragung an Bieter außerhalb des EWR unzulässig sei. Grundlage

hiefür sei der III. Bericht der Kommission vom April 1998 über "Verhandlungen über den Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten in Drittländern", aus welchem keine Dienstleistungsfreiheit zwischen Drittstaaten und Staaten des EWR abgeleitet werden könne. Das Vergaberecht regle in erster Linie die Vergabe von Leistungen innerhalb der Europäischen Union. Da das Bundesvergabeamt in seinem Bescheid vom 21. Feber 2000, GZ N-7/00-5, diese Frage nicht releviert habe, müsse der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Ausschluss von Angeboten außerhalb des EWR nicht diskriminierend sei. Die Ausschreibung sei zu den Positionen 6.A und 6.B widerrufen worden, weil in diesem Umfang lediglich ein Angebot gelegt worden sei, und zu Positionen 5.C, 5.D sowie 6.C deshalb, weil zu diesen Positionen zwar zwei Angebote eingelangt seien, das der Antragstellerin jedoch aufgrund der Nichterfüllung der Vergabekriterien auszuscheiden gewesen sei. Aus der Dienstleistungsrichtlinie ergebe sich lediglich, dass die Auftraggeber die Zuschlagskriterien in der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben hätten. Daraus lasse sich jedoch nicht zwingend ableiten, dass ebenso eine prozentuelle Gewichtung erforderlich sei. Eine solche verlange auch § 53 BVergG nicht. Diese Auffassung vertrete auch der "Beratende Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen". Weiters sei hiefür sei der römisch drei. Bericht der Kommission vom April 1998 über "Verhandlungen über den Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten in Drittländern", aus welchem keine Dienstleistungsfreiheit zwischen Drittstaaten und Staaten des EWR abgeleitet werden könne. Das Vergaberecht regle in erster Linie die Vergabe von Leistungen innerhalb der Europäischen Union. Da das Bundesvergabeamt in seinem Bescheid vom 21. Feber 2000, GZ N-7/00-5, diese Frage nicht releviert habe, müsse der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Ausschluss von Angeboten außerhalb des EWR nicht diskriminierend sei. Die Ausschreibung sei zu den Positionen 6.A und 6.B widerrufen worden, weil in diesem Umfang lediglich ein Angebot gelegt worden sei, und zu Positionen 5.C, 5.D sowie 6.C deshalb, weil zu diesen Positionen zwar zwei Angebote eingelangt seien, das der Antragstellerin jedoch aufgrund der Nichterfüllung der Vergabekriterien auszuscheiden gewesen sei. Aus der Dienstleistungsrichtlinie ergebe sich lediglich, dass die Auftraggeber die Zuschlagskriterien in der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben hätten. Daraus lasse sich jedoch nicht zwingend ableiten, dass ebenso eine prozentuelle Gewichtung erforderlich sei. Eine solche verlange auch Paragraph 53, BVergG nicht. Diese Auffassung vertrete auch der "Beratende Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen". Weiters sei

in der hier zu beurteilenden Ausschreibung keine Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien vorgenommen worden.

1. 2.Ziffer 2

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere der Ausschreibungsunterlagen, wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die vergebende Stelle schrieb mit Veröffentlichung im "Amtlichen Lieferanzeiger" sowie mit Veröffentlichung im "Amtsblatt der Stadt Wien" vom 7. Oktober 1999 die "Probenahme und Analytik von Grundwasser- und Fließgewässerproben gemäß Wassergüte-Erhebungsverordnung für den Leistungszeitraum 1. Juli 2000 bis 31. Dezember 2003" aus.

Am 19. November 1999 legte die Antragstellerin ein Angebot. Die vergebende Stelle teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. Jänner 2000 mit, ihr Angebot sei gemäß § 58 Abs. 2 Z 1 iVm 52 Abs. 1 Z 1 BVergG ausgeschieden worden, weil die Antragstellerin beabsichtige, die Leistungen der Analytik in der Tschechischen Republik zu erbringen. Da somit nur ein gültiges Angebot verblieb, widerrief die vergebende Stelle mit demselben Schreiben die Ausschreibung in den Positionen 5 und 6.Am 19. November 1999 legte die Antragstellerin ein Angebot. Die vergebende Stelle teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. Jänner 2000 mit, ihr Angebot sei gemäß Paragraph 58, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit 52 Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ausgeschieden worden, weil die Antragstellerin beabsichtige, die Leistungen der Analytik in der Tschechischen Republik zu erbringen. Da somit nur ein gültiges

Angebot verblieb, widerrief die vergebende Stelle mit demselben Schreiben die Ausschreibung in den Positionen 5 und 6.

1. 3.Ziffer 3

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

1. a) Litera a

Zur Zuständigkeit:

Gemäß § 113 Abs. 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens (nur) zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Gemäß § 56 Abs. 1 BVergG endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung. Gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens (nur) zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Gemäß Paragraph 56, Absatz eins, BVergG endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung.

Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989, ABl. Nr. L 395/33, haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen vorgenommen oder veranlasst werden kann. Gemäß Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665/EWG kann der Mitgliedsstaat eine Regelung dahin treffen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung (englische Textfassung: "after the concluding of a contract following its award") die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen. Dies legt den Schluss nahe, dass aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben mangels eines vertraglichen Abschlusses eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit einer Aufhebung des Widerrufs vorzusehen ist. Das Gemeinschaftsrecht enthält jedoch keinerlei Vorschriften darüber, welche nationale Behörde zur Entscheidung über einen solchen Anspruch zuständig ist. Vielmehr bringt der EuGH klar zum Ausdruck, dass sich die Behördenzuständigkeit - unter Berücksichtigung des Grundsatzes des wirksamen Schutzes der Rechte des einzelnen - ausschließlich aus dem nationalen Recht ergibt (zuletzt etwa EuGH vom 28. September 1998, Rs C 76/97, Walter Tögel). Nach Artikel eins, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989, ABl. Nr. L 395/33, haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen vorgenommen oder veranlasst werden kann. Gemäß Artikel 2, Absatz 6, der Richtlinie 89/665/EWG kann der Mitgliedsstaat eine Regelung dahin treffen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung (englische Textfassung: "after the concluding of a contract following its award") die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen. Dies legt den Schluss nahe, dass aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben mangels eines vertraglichen Abschlusses eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit einer Aufhebung des Widerrufs vorzusehen ist. Das Gemeinschaftsrecht enthält jedoch keinerlei Vorschriften darüber, welche nationale Behörde zur Entscheidung über einen solchen Anspruch zuständig ist. Vielmehr bringt der EuGH klar zum Ausdruck, dass sich die Behördenzuständigkeit - unter Berücksichtigung des Grundsatzes des wirksamen Schutzes der Rechte des einzelnen - ausschließlich aus dem nationalen Recht ergibt (zuletzt etwa EuGH vom 28. September 1998, Rs C 76/97, Walter Tögel gegen NÖGKK Rz 22 ff).

Somit kann die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für die Nichtigerklärung eines Widerrufs auch nicht auf Grund richtlinienkonformer Interpretationen des § 113 BVergG bejaht werden. In der österreichischen Rechtsordnung findet sich allerdings eine Bestimmung, aus der die Zuständigkeit österreichischer Organe zur Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers nach Abschluss eines Vergabeverfahrens abgeleitet werden kann: Gemäß § 1 JN wird die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind, durch die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgeübt. Der geltend gemachte Anspruch, den Widerruf für nichtig zu erklären, betrifft das Handeln der Verwaltung als Träger von Privatrechten. Ein Vergabeverfahren ist stets auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages gerichtet, dessen Grundlagen in den Willenserklärungen im Vergabeverfahren liegen. Am privatrechtlichen Charakter der Willenserklärungen des Auftraggebers gegenüber den Bietern vermag auch die Einschränkung der privatrechtlichen Gestaltungsfreiräume durch die Vorgaben in den Vergabegesetzen nichts zu ändern (siehe OLG Wien vom 16. September 1997 Wbl 1997,

524). Der Staat tritt somit nicht als Träger der Hoheitsverwaltung auf, vielmehr begegnet er den anderen Rechtssubjekten auf der Ebene der Gleichordnung. Die geltend gemachte Nichtigkeitsklärung ist somit als bürgerliche Rechtssache anzusehen, zu deren Entscheidung die ordentlichen Gerichte berufen sind. Diese haben gleichfalls den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des wirksamen Schutzes der Rechte des einzelnen zu beachten, sodass die hier zugrunde gelegte Auslegung auch dem Gemeinschaftsrecht entspricht (soweit bereits BVA vom 20. September 1999, N-35/99-21 bzw. N-41/99-4, CONNEX 1999 H 11, 53). Somit kann die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für die Nichtigkeitsklärung eines Widerrufs auch nicht auf Grund richtlinienkonformer Interpretationen des Paragraph 113, BVergG bejaht werden. In der österreichischen Rechtsordnung findet sich allerdings eine Bestimmung, aus der die Zuständigkeit österreichischer Organe zur Nichtigkeitsklärung von Entscheidungen des Auftraggebers nach Abschluss eines Vergabeverfahrens abgeleitet werden kann: Gemäß Paragraph eins, JN wird die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind, durch die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgeübt. Der geltend gemachte Anspruch, den Widerruf für nichtig zu erklären, betrifft das Handeln der Verwaltung als Träger von Privatrechten. Ein Vergabeverfahren ist stets auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages gerichtet, dessen Grundlagen in den Willenserklärungen im Vergabeverfahren liegen. Am privatrechtlichen Charakter der Willenserklärungen des Auftraggebers gegenüber den Bietern vermag auch die Einschränkung der privatrechtlichen Gestaltungsfreiräume durch die Vorgaben in den Vergabegesetzen nichts zu ändern (siehe OLG Wien vom 16. September 1997 Wbl 1997, 524). Der Staat tritt somit nicht als Träger der Hoheitsverwaltung auf, vielmehr begegnet er den anderen Rechtssubjekten auf der Ebene der Gleichordnung. Die geltend gemachte Nichtigkeitsklärung ist somit als bürgerliche Rechtssache anzusehen, zu deren Entscheidung die ordentlichen Gerichte berufen sind. Diese haben gleichfalls den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des wirksamen Schutzes der Rechte des einzelnen zu beachten, sodass die hier zugrunde gelegte Auslegung auch dem Gemeinschaftsrecht entspricht (soweit bereits BVA vom 20. September 1999, N-35/99-21 bzw. N-41/99-4, CONNEX 1999 H 11, 53).

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung von Entscheidungen des Auftraggebers ist daher mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zurückzuweisen. Auf das weitere Vorbringen der Parteien ist schon deshalb nicht weiter einzugehen.

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren, Nichtigkeitsklärung, Entscheidung des Auftraggebers, Widerruf der Ausschreibung; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit, keine ohne ausdrückliche Zuweisung; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit, Anfechtbarkeit des Widerrufs, keine unmittelbar aus der Rechtsmittel-RL ableitbare Zuständigkeit;

Dokumentnummer

VERGT_20000417_N_9_00_12_00

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