

TE Verg Bescheid 2000/4/6 F-11/98-59

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.04.2000

Norm

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8

BVergG 1997 §54

BVergG 1997 §113 Abs2

BVergG 1997 §113 Abs3

BVergG 1997 §117 Abs2

JN §1

RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABI 1989 L 395 S 33) Art2 Abs1 lit a

RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABI 1989 L 395 S 33) Art2 Abs1 lit b

EGV Art249 Abs3

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

Text

BESCHEID

Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 9. Dezember 1999 durch den Vorsitzenden Dr. Wigbert Zimmermann und die Beisitzer Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite sowie DI Gernot Schamp als

Mitglied der Auftragnehmerseite wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Franz Josefs- Kai 7-9, 1011 Wien, "Verschüttetensuchgeräte gemäß EN 282" werden die Anträge der XXX Vertriebsges.m.b.H., ***, vertreten durch ***, vom 1. Juli 1998, die im Verfahren des BMLV im Juni 1998 zur Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Verschüttetensuchgeräten gemäß EN 282 getroffene Zuschlagsentscheidung sowie die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebote der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig zu erklären, wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen, römisch eins. Im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren des Bundes, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Franz Josefs- Kai 7-9, 1011 Wien, "Verschüttetensuchgeräte gemäß EN 282" werden die Anträge der römisch 30 Vertriebsges.m.b.H., ***, vertreten durch ***, vom 1. Juli 1998, die im Verfahren des BMLV im Juni 1998 zur Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Verschüttetensuchgeräten gemäß EN 282 getroffene Zuschlagsentscheidung sowie die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebote der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig zu erklären, wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen,

II. dem Antrag der XXX Vertriebsges.m.b.H., vertreten durch ***, auf Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 BVergG, gestellt am 1. Juli 1998 als Eventualantrag sowie am 30. Juli 1998 als Hauptantrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen,

dass der Zuschlag wegen Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem Bestbieter erteilt wurde, stattgegeben, III. der Antrag der XXX Vertriebsges.m.b.H., vertreten durch ***, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, rechtswidrig ist, wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen.römisch zwei. dem Antrag der römisch 30 Vertriebsges.m.b.H., vertreten durch ***, auf Feststellung gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG, gestellt am 1. Juli 1998 als Eventualantrag sowie am 30. Juli 1998 als Hauptantrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der Zuschlag wegen Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem Bestbieter erteilt wurde, stattgegeben, römisch drei. der Antrag der römisch 30 Vertriebsges.m.b.H., vertreten durch ***, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, rechtswidrig ist, wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen.

Begründung:

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen:

Die Antragstellerin stellte die im Spruch zitierten Anträge und begründete diese im wesentlichen wie folgt:

Sie sei im gegenständlichen Vergabeverfahren mit einem Angebotspreis, welcher etwa 12% unter jenem des nächstbesten Angebots liege, Bestbieterin gewesen. Trotzdem habe der Auftraggeber ihr Angebot ausgeschieden, da das von ihr angebotene Gerät nicht die "Muss-Forderung" des Punktes 2.1.3.4.2 der Ausschreibung erfülle, wonach die optische Anzeige als Suchhilfe bezüglich Entfernung und Richtung der akustischen Anzeige gleichwertig sein müsse. Die vom Auftraggeber hiefür angeführten Begründungen seien unzutreffend. Die optische Anzeige sei bei ihrem Gerät tiefer angeordnet als bei vergleichbaren Geräten, wodurch sie bei Sonnenlicht besser erkennbar sei. Die dadurch verursachte Einschränkung des Betrachterwinkels sei bei starker Sonnenbestrahlung im freien Gelände weniger nachteilhaft als die Notwendigkeit, einen Schattenbereich über der optischen Anzeige zu erzeugen. Weiters sei eine definierte Abstimmung zwischen optischer Anzeige und akustischem Signal nicht möglich, da die Hörbarkeit personenbezogen sei. Die angeblich schwerere Erkennbarkeit der optischen Anzeige ihres Gerätes sei offensichtlich durch Organe des Auftraggebers im Zuge von Übungen vor Ort festgestellt worden. Bei einer derartigen Überprüfung müssten jedenfalls objektive und sachgerechte Kriterien zur Anwendung kommen.

Diesbezüglich sei eine Überprüfung durch einen Sachverständigen erforderlich. Jedenfalls hätte der Auftraggeber gemäß § 48 BVergG von der Antragstellerin schriftlich Aufklärung verlangen müssen. Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge Nr. 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) sehe die Anfechtbarkeit von Entscheidungen des Auftraggebers, auch jene der Zuschlagsentscheidung, vor. Entgegenstehende Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes wie § 113 Abs. 2 BVergG könnten nicht zur Anwendung gelangen. Der Auftraggeber brachte vor, die Nichterfüllung des Punktes 2.1.3.4.2 der Ausschreibung sei aufgrund der Nichtentsprechung bei der praktischen Erprobung und nicht aufgrund der Nichterfüllung eines technischen Kriteriums gegeben. Die mangelnde Gleichwertigkeit von optischer und akustischer Anzeige beim Gerät der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die optische Anzeige sehr tief liege und daher nur bei Draufsicht annähernd im rechten Winkel klar erkennbar sei. Bei jenem Gerät, welches den Zuschlag erhalten habe, handle es sich entgegen der Annahme der Antragstellerin um das Gerät AAA, welches nicht mit zwei, sondern mit vier Leuchtdioden ausgestattet sei. Hiezu brachte die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 18. August 1999, GZ F-11/98-39, vor, sie beziehe sich auf das Gerät BBB, das Gerät AAA sei zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 3. März 1998 entweder mangels Marktreife noch nicht auf dem Markt erhältlich gewesen, habe die erforderlichen behördlichen Genehmigungen noch nicht gehabt oder sei nicht angeboten worden, daher habe der Auftraggeber einem anderen Gerät - nämlich AAA - den Zuschlag erteilt, als ursprünglich angeboten wurde.Diesbezüglich sei eine Überprüfung durch einen Sachverständigen erforderlich. Jedenfalls hätte der Auftraggeber gemäß Paragraph 48, BVergG von der Antragstellerin schriftlich Aufklärung verlangen müssen. Artikel 2, Absatz eins, Litera b, der Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge Nr. 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) sehe die Anfechtbarkeit von Entscheidungen des Auftraggebers, auch jene der Zuschlagsentscheidung, vor. Entgegenstehende Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes wie Paragraph 113, Absatz 2, BVergG könnten nicht zur Anwendung gelangen. Der Auftraggeber brachte vor, die Nichterfüllung des Punktes 2.1.3.4.2 der Ausschreibung sei aufgrund der Nichtentsprechung bei der praktischen Erprobung und nicht

aufgrund der Nichterfüllung eines technischen Kriteriums gegeben. Die mangelnde Gleichwertigkeit von optischer und akustischer Anzeige beim Gerät der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die optische Anzeige sehr tief liege und daher nur bei Draufsicht annähernd im rechten Winkel klar erkennbar sei. Bei jenem Gerät, welches den Zuschlag erhalten habe, handle es sich entgegen der Annahme der Antragstellerin um das Gerät AAA, welches nicht mit zwei, sondern mit vier Leuchtdioden ausgestattet sei. Hiezu brachte die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 18. August 1999, GZ F-11/98-39, vor, sie beziehe sich auf das Gerät BBB, das Gerät AAA sei zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 3. März 1998 entweder mangels Marktreife noch nicht auf dem Markt erhältlich gewesen, habe die erforderlichen behördlichen Genehmigungen noch nicht gehabt oder sei nicht angeboten worden, daher habe der Auftraggeber einem anderen Gerät - nämlich AAA - den Zuschlag erteilt, als ursprünglich angeboten wurde.

In der mündlichen Verhandlung am 12. November 1999 brachte die Antragstellerin nach Feststellung durch den Vorsitzenden, dass der vom Bundesvergabeamt bestellte Sachverständige vom Gerät AAA als jenem, das den Zuschlag erhalten hatte, ausgegangen war, auch diesbezüglich vor, der Zuschlag sei nicht dem Bestbieter erteilt worden, da die Ausscheidung des Gerätes der Antragstellerin, begründet durch die Nichterfüllung des "Muss-Kriteriums" des Punktes 2.1.3.4.2, nichtig sei.

Der Auftraggeber erklärte in der mündlichen Verhandlung vom 12. November 1999, die technische Gleichwertigkeit von zugeschlagenem Gerät und jenem der Antragstellerin werde nicht bestritten. Zum Gutachten vertrat der Auftraggeber die Ansicht, da die Leuchtdioden des Gerätes der Antragstellerin bei Sonneneinstrahlung kaum erkennbar seien, wie ein Erprobungsbericht vom 17. April 1996 gezeigt habe, sei "bei Sonneneinstrahlung die optische Anzeige im Vergleich der Geräte nicht gleichwertig". Unzutreffend sei, dass nur den Elementen Empfindlichkeit, Auflösung und Empfangsdynamik wesentliche Bedeutung zukomme, die Sicht- und Hörbarkeit jedoch ein untergeordnetes Kriterium sei, da unter erschwerten akustischen Bedingungen die Notwendigkeit entstehen könne, die optische Anzeige als primäres Suchmittel einzusetzen. Daher sei die Erfüllung der "Muss-Forderung" auf Gleichwertigkeit im Vergleich der Geräte zu beurteilen gewesen.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Der Auftraggeber schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, im Amtsblatt zur Wiener Zeitung, in der Zeitschrift "Der Soldat" sowie im Zentralblatt/Amtlicher Lieferungsanzeiger mit Datum 21. Jänner 1998 die Lieferung von 7000 Stück Verschüttetensuchgeräten gemäß EN 282 im offenen Verfahren aus. Gemäß Punkt 2.1.3.4.2 der Leistungsbeschreibung musste die optische Anzeige als Suchhilfe bezüglich Entfernung und Richtung der akustischen Anzeige gleichwertig sein. In den den "allgemeinen Forderungen" und "technischen Leistungserfordernissen" vorangehenden Erläuterungen wurde darauf hingewiesen, dass die Nichterfüllung von als "Muss" gekennzeichneten Forderungen zum Ausscheiden des Angebotes aus der weiteren Bewertung führt.

Die Antragstellerin legte am 2. März 1998 ein Angebot über 7000 Stück Lawinenverschüttetensuchgerät der Marke CCC, Type ***, zu einem Gesamtpreis von ATS 7.686.000,-.

Die spätere Zuschlagsempfängerin, YYY, legte am 27. Feber 1998 ein Angebot über 7.000 Stück Lawinenverschütteten-Suchgeräte der Marke DDD, Type AAA, zu einem Gesamtpreis von ATS 8.820.000,-. Im Zuge der Bewertung der Angebote ermittelte der Auftraggeber für die einzelnen Geräte Nutzwert-Gesamtsummen, wobei er das Gerät der Antragstellerin mit 955 Punkten bewertete, jenes der Zuschlagsempfängerin mit 977.

Mit Schreiben vom 25. Mai 1998 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mit und begründete dies mit der Nichterfüllung der "Muss-Forderung" gemäß Punkt 2.1.3.4.2 "die optische Anzeige muss als Suchhilfe bezüglich Entfernung und Richtung der akustischen Anzeige gleichwertig sein". Begründend führte der Auftraggeber weiters aus, aufgrund der praktischen Feststellung habe sich ergeben, dass die Umschaltentfernung von Grob- auf Feinsuche zwischen optischer und akustischer Anzeige unterschiedlich sei und sich daher eine wesentlich größere Suchfläche bei der optischen Anzeige ergebe. Weiters sei die Gleichwertigkeit der optischen Anzeige nicht gegeben, da die anzeigenden Leuchtdioden sehr tief liegen und somit nur bei Draufsicht annähernd im rechten Winkel klar erkennbar seien. Bei abweichenden Winkelstellungen von mehr als 30 Grad könne die optische Anzeige nicht mehr entsprechend erkannt werden, zusätzlich komme es durch das oben liegende Klarsichtfenster bei Sonneneinstrahlung zu Beeinträchtigungen der Erkennbarkeit der Anzeige.

Der Auftraggeber teilte mit Fax vom 25. Mai 1998 seine Absicht, den Zuschlag an die spätere Zuschlagsempfängerin zu

erteilen, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mit. Mit Fax vom 19. Juni 1998 teilte der Auftraggeber der Zuschlagsempfängerin mit, dass ihr der Zuschlag erteilt werde, mit Schreiben vom 23. Juni 1998 bestätigte die Zuschlagsempfängerin den Erhalt des Zuschlagsschreibens.

1. 3.Ziffer 3

In rechtlicher Hinsicht:

1. a)Litera a

Zur Zuständigkeit:

Beim Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei Angebotssummen von durchwegs über ATS 7 Millionen ist der hier relevante Schwellenwert für Lieferaufträge gemäß § 5 BVergG von 130.000 Sonderziehungsrechten, das sind ATS 1.810.303, jedenfalls überschritten. Somit ist das Bundesvergabegesetz auf das vorliegende Vergabeverfahren anzuwenden. Beim Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei Angebotssummen von durchwegs über ATS 7 Millionen ist der hier relevante Schwellenwert für Lieferaufträge gemäß Paragraph 5, BVergG von 130.000 Sonderziehungsrechten, das sind ATS 1.810.303, jedenfalls überschritten. Somit ist das Bundesvergabegesetz auf das vorliegende Vergabeverfahren anzuwenden.

1. b)Litera b

Zu I:

Gemäß § 113 Abs. 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder 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. Geht man hinsichtlich eines Vergabeverfahrens von einer wirksamen Zuschlagserteilung aus, fehlt es somit der angerufenen Behörde an einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage, um die Entscheidungen der vergebenden Stelle, das Angebot eines bestimmten Bieters auszuschneiden sowie einem anderen Angebot den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären. Allenfalls könnte sich aus der Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989, 89/665/EWG, eine Rechtsgrundlage ergeben, um in der beantragten Weise tätig werden zu können. In Art. 2 Abs. 1 lit. a der betreffenden Richtlinie wird etwa vorgesehen, dass die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, dass die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen vorgenommen oder veranlasst werden kann. Nach Abs. 6 können die Mitgliedsstaaten jedoch vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen. Mit Urteil vom 28. Oktober 1999 hat der EuGH in der Rechtssache C-81/98, Alcatel Austria AG u.a., Siemens AG Österreich, SAG-Schrack Anlagentechnik AG gegen Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr ausgesprochen, dass die Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller - unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadenersatz zu erlangen - die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder 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. Geht man hinsichtlich eines Vergabeverfahrens von einer wirksamen Zuschlagserteilung aus, fehlt es somit der angerufenen Behörde an einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage, um die Entscheidungen der vergebenden Stelle, das Angebot eines bestimmten Bieters auszuschneiden sowie einem anderen Angebot den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären. Allenfalls könnte sich aus der Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989, 89/665/EWG, eine Rechtsgrundlage ergeben, um in der beantragten Weise tätig werden zu können. In Artikel 2, Absatz eins, Litera a, der betreffenden Richtlinie wird etwa vorgesehen, dass die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, dass die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen vorgenommen oder veranlasst werden kann. Nach Absatz 6, können die Mitgliedsstaaten jedoch vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen. Mit Urteil vom 28. Oktober 1999 hat der EuGH in der Rechtssache C-81/98, Alcatel Austria AG u.a., Siemens AG Österreich, SAG-Schrack Anlagentechnik AG gegen Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr ausgesprochen, dass die Mitgliedsstaaten

verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller - unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadenersatz zu erlangen - die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

Da der Auftraggeber der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt hatte, wäre es dieser freigestanden, diese vor Zuschlagserteilung anzufechten und somit aufgrund der Rechtswidrigkeit der Ausscheidung - wie unter II. ausgeführt - diese durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklären zu lassen. In weiterer Folge hätte die Antragstellerin wieder am Vergabeverfahren teilgenommen und wäre wie die anderen Bieter von der beabsichtigten Zuschlagserteilung benachrichtigt worden, welche sie hätte bekämpfen können. Jedoch auch für den Fall des Fehlens einer gesondert bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung hält der Gerichtshof zugleich fest, dass Art. 2 Abs. 1 lit. a und b der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG nicht dahin ausgelegt werden kann, dass die für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zuständigen Nachprüfungsinstanzen der Mitgliedstaaten ungeachtet des Fehlens einer Zuschlagsentscheidung, deren Aufhebung im Rahmen einer Nachprüfung beantragt werden könnte, zur Nachprüfung unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen befugt sind. Somit bringt der EuGH zum Ausdruck, dass auch für den Fall eines Zusammenfallens der Zuschlagserteilung und des Vertragsabschlusses und der daraus resultierenden mangelnden Publizität der vorangegangenen Zuschlagserteilung den maßgeblichen Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie keine unmittelbare Wirkung zuzusprechen ist. Da der Auftraggeber der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt hatte, wäre es dieser freigestanden, diese vor Zuschlagserteilung anzufechten und somit aufgrund der Rechtswidrigkeit der Ausscheidung - wie unter römisch zwei. ausgeführt - diese durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklären zu lassen. In weiterer Folge hätte die Antragstellerin wieder am Vergabeverfahren teilgenommen und wäre wie die anderen Bieter von der beabsichtigten Zuschlagserteilung benachrichtigt worden, welche sie hätte bekämpfen können. Jedoch auch für den Fall des Fehlens einer gesondert bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung hält der Gerichtshof zugleich fest, dass Artikel 2, Absatz eins, Litera a und b der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG nicht dahin ausgelegt werden kann, dass die für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zuständigen Nachprüfungsinstanzen der Mitgliedstaaten ungeachtet des Fehlens einer Zuschlagsentscheidung, deren Aufhebung im Rahmen einer Nachprüfung beantragt werden könnte, zur Nachprüfung unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen befugt sind. Somit bringt der EuGH zum Ausdruck, dass auch für den Fall eines Zusammenfallens der Zuschlagserteilung und des Vertragsabschlusses und der daraus resultierenden mangelnden Publizität der vorangegangenen Zuschlagserteilung den maßgeblichen Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie keine unmittelbare Wirkung zuzusprechen ist.

Vielmehr wird darauf verwiesen, dass die Betroffenen, wenn die nationalen Bestimmungen nicht in einer mit der Richtlinie 89/665/EWG zu vereinbarenden Art und Weise ausgelegt werden können, nach dem jeweils geeigneten Verfahren des nationalen Rechts Ersatz jener Schäden, die durch die nicht entsprechende Umsetzung der Richtlinie innerhalb der vorgesehenen Frist erwachsen sind, verlangen können (zur Haftung eines Mitgliedstaats wegen eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur (entsprechenden) Umsetzung einer Richtlinie siehe EuGH vom 19. November 1991, Francovich u.a./Italien, Slg. 1991, I-5357 ff; vom 5. März 1996, Brasserie du Pecheur SA/Deutschland, Slg. I-1029 ff sowie vom 26. März 1996, British Telecommunications, Slg. I-1631 ff). Sowohl nach dem innerstaatlichen Recht als auch nach dem Gemeinschaftsrecht ist es daher dem Bundesvergabeamt nicht möglich, nach - gleichzeitig mit dem Vertragsabschluss - erfolgter Zuschlagserteilung eine Nichtigklärung auszusprechen. Überdies ist anzumerken, dass selbst für den Fall einer unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie aufgrund der abschließenden Regelung des BVergG dem Bundesvergabeamt keinerlei Zuständigkeit zur Nichtigklärung nach Zuschlagserteilung zukäme, zumal der EuGH in seinem Urteil vom 28. Oktober 1999 keineswegs von seiner ständigen Rechtsprechung, wonach sich mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung die Behördenzuständigkeit ausschließlich aus dem nationalen Recht ergibt, abgewichen ist (vgl. zuletzt EuGH vom 28. September 1998, Rs C-76/97, Walter Tögel gegen NÖ- GKK, Rz 22 ff). Gemäß der Generalklausel des § 1 JN würde vielmehr eine Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet werden (siehe eingehend BVA vom 20. September 1999, N-35/99 und N-41/99, CONNEX 1999 H 11, 52 sowie BVA vom 29. November 1999, N-37/99, N-22/99-24, N-29/99-7, F-19/99-7). Vielmehr wird darauf verwiesen, dass die Betroffenen, wenn die nationalen Bestimmungen nicht in einer mit der Richtlinie 89/665/EWG zu vereinbarenden Art und Weise ausgelegt werden können, nach dem jeweils geeigneten Verfahren des nationalen Rechts Ersatz jener Schäden, die durch die nicht entsprechende Umsetzung der Richtlinie innerhalb der vorgesehenen Frist erwachsen sind, verlangen können (zur Haftung eines Mitgliedstaats wegen eines

Verstoßes gegen die Verpflichtung zur (entsprechenden) Umsetzung einer Richtlinie siehe EuGH vom 19. November 1991, Francovich u.a./Italien, Slg. 1991, I-5357 ff; vom 5. März 1996, Brasserie du Pecheur SA/Deutschland, Slg. I-1029 ff sowie vom 26. März 1996, British Telecommunications, Slg. I-1631 ff). Sowohl nach dem innerstaatlichen Recht als auch nach dem Gemeinschaftsrecht ist es daher dem Bundesvergabeamt nicht möglich, nach - gleichzeitig mit dem Vertragsabschluss - erfolgter Zuschlagserteilung eine Nichtigkeitsklärung auszusprechen. Überdies ist anzumerken, dass selbst für den Fall einer unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie aufgrund der abschließenden Regelung des BVergG dem Bundesvergabeamt keinerlei Zuständigkeit zur Nichtigkeitsklärung nach Zuschlagserteilung zukäme, zumal der EuGH in seinem Urteil vom 28. Oktober 1999 keineswegs von seiner ständigen Rechtsprechung, wonach sich mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung die Behördenzuständigkeit ausschließlich aus dem nationalen Recht ergibt, abgewichen ist (siehe zuletzt EuGH vom 28. September 1998, Rs C-76/97, Walter Tögel gegen NÖ- GKK, Rz 22 ff). Gemäß der Generalklausel des Paragraph eins, JN würde vielmehr eine Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet werden (siehe eingehend BVA vom 20. September 1999, N-35/99 und N-41/99, CONNEX 1999 H 11, 52 sowie BVA vom 29. November 1999, N-37/99, N-22/99-24, N-29/99-7, F-19/99-7).

1. c) Litera c

ZU II:

Gibt ein Auftraggeber bekannt, welcher Bieter den Zuschlag erhalten soll, und bekämpft ein Bieter diese Entscheidung nicht, berührt dies nicht die Zulässigkeit eines Antrages auf ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 3 BVergG seitens dieses Bieters. Gibt ein Auftraggeber bekannt, welcher Bieter den Zuschlag erhalten soll, und bekämpft ein Bieter diese Entscheidung nicht, berührt dies nicht die Zulässigkeit eines Antrages auf ein Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG seitens dieses Bieters.

Schon aufgrund des Wortsinnes ist die Auffassung des Auftraggebers unzutreffend, die "Muss-Forderung", wonach die optische Anzeige als Suchhilfe bezüglich Entfernung und Richtung der akustischen Anzeige gleichwertig sein muss, in dem Sinn auszulegen, dass "die Erfüllung der MUSS-Forderung auf Gleichwertigkeit im Vergleich der Geräte zu beurteilen" ist. Bei Anforderungen, die ein Gerät bei sonstiger Ausscheidung zu erfüllen hat, ist dies für jedes Gerät für sich zu prüfen, ein Vergleich von Geräten hat hierbei nicht stattzufinden. Eine Gleichwertigkeit von optischer und akustischer Anzeige ist bei der zu beurteilenden Generation von Verschüttetensuchgeräten nicht erfüllbar. Wie der Sachverständige nämlich in seinem Gutachten dargelegt hat, dient die optische Anzeige lediglich zur Unterstützung des akustischen Signals, da sie erst nach Überschreiten eines gewissen Schwellenwertes erfolgt, über welchem sich das Signal klar vom Rauschen unterscheidet, während bei der akustischen Anzeige eine direkte Verstärkung erfolgt und das menschliche Ohr in der Folge eine wesentlich feinere Differenzierung vornehmen kann. Hinzu kommt, dass bei abnehmender Entfernung die akustische Anzeige kontinuierlich zunimmt, während die optische lediglich stufenweise entsprechend der Anzahl der Dioden ansteigt, woraus sich ergibt, dass die akustische Anzeige in jedem Fall feiner abgestuft ist. Somit ist hinsichtlich der wesentlichen Elemente Empfindlichkeit, Auflösung und Empfangsdynamik die optische Anzeige der akustischen in technischer Hinsicht unterlegen.

Zur Untermauerung der Nichterfüllung obengenannter "Muss-Forderung" durch das Gerät der Antragstellerin ist ebenfalls das Argument des Auftraggebers ungeeignet, die Gleichwertigkeit der optischen Anzeige sei nicht gegeben, da die anzeigenden Leuchtdioden sehr tief lägen und somit nur bei Draufsicht annähernd im rechten Winkel klar erkennbar seien sowie dass bei abweichenden Winkelstellungen von mehr als 30 Grad die optische Anzeige nicht mehr entsprechend erkannt werden könne und es zusätzlich durch das oben liegende Klarsichtfenster bei Sonneneinstrahlung zu Beeinträchtigungen der Erkennbarkeit der Anzeige komme. Aus dem Wortsinn der gegenständlichen "Muss-Forderung" ergibt sich nämlich, dass eine grundsätzliche Gleichwertigkeit der beiden Anzeigen gefordert war. Der Erkennbarkeit der optischen Anzeige unter besonderen Verhältnissen kann bei der oben dargelegten schon von vorneherein gegebenen Ungleichwertigkeit der beiden Anzeigearten bestenfalls eine untergeordnete Bedeutung zukommen, wenn die Gleichwertigkeit der Anzeigen gefordert und beurteilt wird. Jedoch wäre dem Auftraggeber natürlich freigestanden, einen allfälligen Wunsch nach einer möglichst gut erkennbaren optischen Anzeige in einer eigenen "Muss-Forderung" zu formulieren. Da die gegenständliche "Muss-Forderung" nicht erfüllbar war, ist sie zur Beurteilung der Geräte nicht heranzuziehen.

Sowohl der Auftraggeber räumte in der mündlichen Verhandlung vom 12. November 1999 ein, die Geräte von Antragstellerin und Zuschlagsempfängerin seien technisch gleichwertig, was durch die beinahe gleiche

Nutzwertpunktanzahl untermauert wird, als auch der Sachverständige legte gleiches in seinem Gutachten dar. Daher ist davon auszugehen, dass entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin, welches sich aufgrund ihres Vorbringens in der mündlichen Verhandlung am 12. November 1999 auch auf das Gerät AAA bezog, das Angebot der Antragstellerin mit seinem erheblich niedrigeren Preis als Bestangebot anzusehen war und somit der Zuschlag nicht an den Bestbieter erfolgte.

1. d)Litera d
zu III.zu römisch drei.

Gemäß § 113 Abs. 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder 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 113, Absatz 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder 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.

Daher war der Antrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, rechtswidrig ist, als unzulässig zurückzuweisen.

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Entscheidung des Auftraggebers, Zuschlagsentscheidung;
Rechtsmittelrichtlinie, Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung, unmittelbare Anwendbarkeit; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit, keine ohne ausdrückliche Zuweisung; Nachprüfungsverfahren, Zulässigkeit nach Zuschlagserteilung, wenn Auftraggeberentscheidung nicht vor Zuschlagserteilung angefochten wurde; Ausscheiden von Angeboten, den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, technisch nicht erfüllbares Kriterium;

Dokumentnummer

VERGT_20000406_F_11_98_59_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