

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

26.06.2008

Geschäftszahl

F/0002-BVA/07/2008-9

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 7 bestehend aus Mag. Julia Stiefelmeyer als Vorsitzende sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, idF BGBl I Nr. 86/2007 (BVerG), betreffend die Auftragsvergabe "Zahnambulatorien der Kärntner Gebietskrankenkasse Dental - Stahlmöbelverbauten und Zahntechnikverbauten inkl. Arbeitstische" der Auftraggeberin Kärntner Gebietskrankenkasse, Kempfstraße 8, 9021 Klagenfurt, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vom 3.6.2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 6.6.2008, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

I.

Der Antrag auf "Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, sowie dass bei Einhaltung der Vorschriften des BVerG der Zuschlag an die Antragstellerin erteilt hätte werden sollen", wird zurückgewiesen.

II.

Der auf Ersatz der Pauschalgebühr gerichtete Antrag wird abgewiesen.

Begründung

Die Auftraggeberin schrieb im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich die Vergabe von Dental-Stahlmöbelverbauten für die Zahnambulatorien Klagenfurt, Spittal/Drau, Völkermarkt und Wolfsberg, sowie auch Zahntechnikverbauten inklusive Arbeitstische für das Zahnambulatorium Klagenfurt und Spittal/Drau als Bauauftrag iSd § 4 BVerG iVm Anhang 1 Gruppe 45.4 Klasse 45.42 aus. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt zur Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger im März 2008 zu L- 412757-833. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis (60%), technische Ausführung (20%), Lieferzeit (10%) und Garantie (10%) festgelegt. Weiters wurde die Frist für die Abgabe der Angebote mit 10.4.2008, die Anbotsöffnung mit 10.4.2008, 10.15 Uhr, fixiert. Die Antragstellerin legte ein Haupt- sowie ein Alternativangebot.

Mittels Telefax vom 25.4.2008 wurde der Antragstellerin Folgendes mitgeteilt:

"Ausschreibung im offenen Verfahren-Unterschwellenbereich

Dental-Stahlmöbelverbauten

Zuschlagsentscheidung gem. § 131 BVerG

Sehr geehrter Bieter,

die Kärntner Gebietskrankenkasse gibt bekannt, dass der Zuschlag im oben angegebenen Verfahren an die Firma

B***

erteilt werden soll. (Zuschlagsentscheidung) Bewertungspunkte

84,41

Gemäß § 131 BVergG teilen wir Ihnen weiters mit, dass die Stillhaltefrist am 5. Mai 2008 endet.

Die Vergabesumme beträgt Euro 402.182,-- ohne MWSt. Ihr Angebot wurde mit 83,33 Punkte (3. Stelle) bewertet, da im Rahmen der Prüfung (Kommission unter der Leitung von XXX) der angebotenen Produkte festgestellt wurde, dass die technischen Ausführungen und Ausstattungen der für die Zahntechnik angebotenen Stahlmöbelverbauten Type XXX nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses d.h. der Ausschreibung entsprechen. Bei Bedarf können wir Ihnen eine detaillierte Auflistung der Mängel und Abweichungen von den Anforderungen und Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses gerne zur Verfügung stellen. Eine Teilvergabe auf die XXX Produkte der Ordinationsverbauten war ebenfalls nicht möglich, da die allgemeinen Vertrags-, Liefer- und Gewährleistungsbedingungen (Seite 2 des LVZ) eine Teilvergabe ausschließen. Aus demselben Grund war auch die Berücksichtigung der KaVo Produkte aus ihrem Alternativangebot für den Bereich der Zahntechnik nicht möglich. [...]"

Mit Schriftsatz vom 3.6.2008, eingebracht im Bundesvergabeamt am 6.6.2008, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Feststellung "gemäß § 331 Abs 1 Zif 2 BVergG" mit dem im Spruch wiedergegebenen Begehren und begründete ihren Feststellungsantrag im Wesentlichen damit, dass ihr Angebot unrichtig bewertet worden sei und bei richtiger Bewertung ihrem Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Die dadurch von der Auftraggeberin schuldhaft übergangene Antragstellerin habe somit gemäß § 338 BVergG Anspruch auf Ersatz ihrer Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren.

Die Auftraggeberin legte fristgerecht die Vergabeakten dem Bundesvergabeamt vor und nahm zum Feststellungsantrag wie folgt Stellung:

Die Zustellung der Bekanntgaben der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin sowie die übrigen Bieter sei durch die positiven Fax-Sendeberichte nachgewiesen. Die Bekanntgaben der Zuschlagsentscheidung seien von allen Bietern unbekämpft geblieben. Die Geltendmachung einer allfälligen Rechtswidrigkeit der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sei sohin präkludiert. Nach Ablauf der Stillhaltefrist am 5.5.2008 habe die Auftraggeberin der B*** mit Schreiben vom 14.5.2008, eingegangen bei der Zuschlagsempfängerin am 21.5.2008, den Zuschlag erteilt. Diese habe den Auftrag durch rechtsgültige Unterfertigung des Schreibens vom 14.5.2008 bestätigt.

Der geschätzte Auftragswert exkl. USt wurde mit rund Euro 500.000,-- angegeben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Kärntner Gebietskrankenkasse. Sie ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (z.B. BVA 27.11.2006, N/0084-BVA/03/2006-17 zur Wiener Gebietskrankenkasse).

Gemäß § 312 Abs 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 312 Abs 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung zuständig,

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
2. auf Antrag des Auftraggebers oder des Zuschlagsempfängers in einem Verfahren gemäß Z 1 zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
3. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob
 - a) bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte, oder
 - b) eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.

Gemäß § 312 Abs 4 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, bzw.
2. auf Antrag des Auftraggebers in einem Verfahren gemäß Z 1 zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Nach Abs 5 der zitierten Bestimmung ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens zur Feststellung zuständig, ob der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortführt.

Gemäß § 331 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden, die Feststellung beantragen, dass

1. die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder
2. wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
3. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder
4. eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.

Der verfahrensgegenständliche Antrag enthielt das im Spruch genannte Begehren. Eine Feststellung dieses Inhaltes kann das Bundesvergabeamt jedoch aufgrund des klaren Wortlautes des § 331 Abs. 1 leg.cit. nicht treffen. Der gestellte Antrag ist daher von vornherein verfehlt.

In weiterer Folge war zu prüfen, ob das Bundesvergabeamt an den Wortlaut der gestellten Anträge gebunden ist, oder ob möglicherweise eine Interpretation des Antrags dahingehend möglich wäre, dass die Antragstellerin einen Antrag stellen wollte, der dem Wortlaut des § 331 Abs. 1 Zif 2 BVergG entspricht. Eine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich jedoch aus keiner Bestimmung des Bundesvergabegesetzes ableiten. Bei einem verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangel eines Anbringens, der gemäß § 13 Abs. 1 AVG einer Verbesserung zugänglich wäre, zumal kein Form- oder Inhaltsmangel vorliegt. Es wurde nämlich ein Antrag gestellt, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt (vgl. VwGH vom 27.9.2000, GZ 2000/04/0051). Eine Verpflichtung, eine anwaltlich vertretene Partei anzuleiten, wie sie ihr Anbringen zu gestalten hat, lässt sich weder aus den Bestimmungen des § 13 Abs. 3 AVG noch aus § 13a leg.cit. ableiten.

Es war weiters zu prüfen, ob die Erlassung eines Feststellungsbescheides des beantragten Inhalts auch ohne gesetzliche Grundlage im BVergG zulässig wäre. Dies ist im Ergebnis zu verneinen. Die Erlassung eines Feststellungsbescheides ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist nämlich nur dann zulässig, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt oder für eine Partei notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist und insofern im Interesse einer Partei liegt (vgl. die bei Hauer/Leukauf, Handbuch des österr. Verwaltungsverfahrens, E 37-38 zu § 56 AVG wiedergegebenen Entscheidungen des VwGH). Ein Feststellungsbescheid ist jedenfalls dann unzulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahrens (z.B. Nachprüfungsverfahren gemäß § 320 Abs 1 BVergG) entschieden werden kann. Da die Frage, ob die im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin getroffene Zuschlagsentscheidung rechtmäßig war, im Verfahren gemäß § 320 Abs. 1 BVergG geklärt hätte werden können, kommt die Erlassung des beantragten Feststellungsbescheides nicht in Betracht (BVA 23.5.2003, 15N-03/03-17). Die begehrte Feststellung wäre für die Antragstellerin auch ohne Nutzen, da sie einerseits keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des erteilten Zuschlages hätte, ihr daher keine Möglichkeit auf Erteilung des Zuschlages einräumen würde und andererseits auch im Lichte von § 341 Abs 2 BVergG nicht als Grundlage für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches geeignet wäre, da nur die in § 341 Abs 2 BVergG genannten Feststellungen dazu geeignet sind. Erkennbarer Zweck des Feststellungsverfahrens ist jedoch die Erlangung von Schadenersatz. Das gestellte Begehren ist dazu nicht geeignet und daher im konkreten Fall kein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung.

Darüber hinaus normiert § 332 Abs. 4 BVergG, dass ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 unzulässig ist, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können. Gemäß den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des § 332 BVergG bleibt der sekundäre Rechtsschutz durch Feststellungs- und Schadenersatzverfahren weiter subsidiär gegenüber dem primären Rechtsschutz durch Nachprüfungsverfahren. Ob ein Verstoß gegen Vergabevorschriften im Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Verfahrens (vgl. EBRV 1171 B1gNR XXII.GP, 144). Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG stellt die Zuschlagsentscheidung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar, welche in einem Verfahren im Unterschwellenbereich gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG binnen sieben Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen ist, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Wie die Antragstellerin dem Bundesvergabeamt selbst bestätigte, langte die Mitteilung über die Zuschlagserteilung (Anmerkung: gemeint wohl "Zuschlagsentscheidung") am 25. April 2008 bei der Antragstellerin ein (vgl. Schreiben der Antragstellerin vom 13.6.2008, OZ 5). Wie sich sowohl aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeakt als auch aus dem Eingangsverzeichnis des Bundesvergabeamtes ergibt, hat die Antragstellerin gegen die Zuschlagsentscheidung keinen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Unterlassung eines Nachprüfungsantrages schließt daher einen Feststellungsantrag nach § 331 Abs 1 BVergG nach Beendigung des Vergabeverfahrens aus. Es ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin den behaupteten Rechtsverstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend machen können.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II.:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 86/2007, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Feststellungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 leg.cit. vorliegt, ist der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Feststellungsantrag abzuweisen.