

TE Verg Bescheid 2013/4/19 N/0024-BVA/11/2013-16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.04.2013

Norm

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §325

BVergG 2006 §276 Abs2

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 276 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 276 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, sowie Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Behindertentransporter", der Auftraggeberin Vienna International Airport Security Services Ges.m.b.H, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 24.03.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, sowie Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Behindertentransporter", der Auftraggeberin Vienna International Airport Security Services Ges.m.b.H, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 24.03.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I. Die Anträge, römisch eins. Die Anträge,

-"sofern das BVA zur Ansicht gelangen würde, die Auftraggeberin hat entweder eine Direktvergabe oder ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung abgeschlossen," die Rechtswidrigkeit dieser Vorgehensweise festzustellen und den geschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären,

- -Strichaufzählung
das BVA möge die unzulässige Wahl des Verfahrens der Direktvergabe für nichtig erklären,

in eventu

- -Strichaufzählung
das BVA möge die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren für nichtig erklären,

in eventu

- -Strichaufzählung
das BVA möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und den geschlossenen Liefervertrag für nichtig erklären",

werden zurückgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird abgewiesen.

Begründung

Die Vienna International Airport Security Service Ges.m.b.H (in der Folge Auftraggeberin) führt ein Verhandlungsverfahren gemäß § 192 Abs. 5 BVergG zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß § 192 Abs. 7 BVergG zur Vergabe von Behindertentransportern - Kraftfahrzeugen für besondere Zwecke durch. Die EU- weite Bekanntmachung erfolgte zur Zahl 2012/S 218-359672 und wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 13.11.2012 veröffentlicht. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 12.11.2012 in der Onlineausgabe des amtlichen Lieferanzeigers unter der Zahl L- 516929-2b9. Die Antragstellerin legte einen Teilnahmeantrag und wurde von der Auftraggeberin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zur Legung eines Angebotes eingeladen. Gleichzeitig wurden der Antragstellerin die Verfahrens- und Vertragsbedingungen für die zweite Stufe übermittelt. Die Vienna International Airport Security Service Ges.m.b.H (in der Folge Auftraggeberin) führt ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 192, Absatz 7, BVergG zur Vergabe von Behindertentransportern - Kraftfahrzeugen für besondere Zwecke durch. Die EU- weite Bekanntmachung erfolgte zur Zahl 2012/S 218-359672 und wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 13.11.2012 veröffentlicht. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 12.11.2012 in der Onlineausgabe des amtlichen Lieferanzeigers unter der Zahl L- 516929-2b9. Die Antragstellerin legte einen Teilnahmeantrag und wurde von der Auftraggeberin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zur Legung eines Angebotes eingeladen. Gleichzeitig wurden der Antragstellerin die Verfahrens- und Vertragsbedingungen für die zweite Stufe übermittelt.

Mit Schreiben vom 8.3.2013 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass sie das Angebot gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG ausscheiden müsse. Als Begründung führte sie an, dass keine entsprechende Bankerklärung übermittelt worden sei. Die Ausscheidensentscheidung wurde von der Antragstellerin nicht bekämpft. Mit Schreiben vom 8.3.2013 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass sie das Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG ausscheiden müsse. Als Begründung führte sie an, dass keine entsprechende Bankerklärung übermittelt worden sei. Die Ausscheidensentscheidung wurde von der Antragstellerin nicht bekämpft.

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag brachte die Antragstellerin vor, im Rahmen einer Besprechung am 13.2.2013 sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin zur Nachreichung von Unterlagen sowie zu diversen Aufklärungen aufgefordert worden. Es sei ihr hierzu eine Frist bis zum 22.2.2013 gesetzt worden. Binnen offener Frist habe der Rechtsvertreter der Antragstellerin zum Besprechungsprotokoll betreffend die Sitzung vom 13.2.2013 Stellung genommen und insbesondere mitgeteilt, dass bei der Aufforderung zur Übermittlung einer Bankerklärung über den gesamten Auftragswert lediglich eine Bankerklärung in Höhe des Haftrücklasses gefordert gewesen sei, nicht jedoch eine Bankerklärung über den gesamten Auftragswert. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin um schriftliche Bestätigung ersucht, dass eine Bankerklärung lediglich in Höhe des verlangten Haftrücklasses gefordert

gewesen sei.

Sofern sich das Unternehmen B*** (im Folgenden B***) am Vergabeverfahren beteiligt habe, gehe die Antragstellerin davon aus, dass es B*** an der für das Vergabeverfahren erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit mangle. So decke die Haftpflichtversicherung von B*** gar keine Schäden aus dem Einsatz von Fahrzeugen am Flughafenumfeld ab.

Sofern die Auftraggeberin die von der Antragstellerin übermittelte Bankerklärung als nicht ausreichend qualifiziere, wäre das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen, da neben der Antragstellerin auch B*** auszuschneiden wäre und somit kein zuschlagsfähiges Angebot im Vergabeverfahren verbliebe.

Mit Schreiben vom 15.3.2013 (nach Ausscheiden der Antragstellerin am 8.3.2013) habe der Rechtsvertreter der Antragstellerin der Auftraggeberin ein Schreiben übermittelt, in welchem er zur Übermittlung der Widerrufsentscheidung bis 22.3.2013 aufgefordert habe. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin bis zum gesetzten Termin keine Widerrufsentscheidung übermittelt und es sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberin beabsichtige, B*** mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu beauftragen. Daher bringe die Antragstellerin die gegenständlichen Anträge ein.

Die Auftraggeberin sei verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Sofern sie einen Zuschlag auf Basis der Ausschreibungsbedingungen erteile, setze sie sich über ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen, die Bekanntmachung und das Bundesvergabegesetz hinweg.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Vorgehensweise der Auftraggeberin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem fairen und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer zulässigen Verfahrensart, im Recht auf Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, im Recht auf Unterlassung einer unzulässigen Direktvergabe, im Recht auf Unterlassung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, im Recht auf Widerruf eines zwingend zu widerrufenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter und im Recht auf Nichtberücksichtigung eines nicht geeigneten Unternehmens verletzt.

Es werde daher bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens angefochten. Sollte das BVA zur Ansicht gelangen, dass das Vorgehen der Auftraggeberin als Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu qualifizieren sei, so werde die rechtswidrig unterlassene Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten. Sollte das BVA zur Ansicht gelangen, dass die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen bereits vergeben worden seien, werde die Feststellung begehrt, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG rechtswidrig gewesen sei.

Der Antragstellerin sei nicht bekannt, ob eine Direktvergabe bereits erfolgt sei oder Verhandlungen bereits abgeschlossen seien. Die Auftraggeberin habe keine Bekanntmachung über vergebene Aufträge veröffentlicht. Der Antragstellerin sei auch keine Zuschlagsentscheidung übermittelt worden.

Die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin (die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, in eventu die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung) stellten gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG dar. Sollte der Vertragsabschluss bereits erfolgt sein, werde die Feststellung begehrt, dass die Direktvergabe bzw. das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen seien. Die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin (die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe, in eventu die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung) stellten gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG dar. Sollte der Vertragsabschluss bereits erfolgt sein, werde die Feststellung begehrt, dass die Direktvergabe bzw. das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen seien.

Für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen kämen nur zwei Unternehmen, nämlich die Antragstellerin sowie B***, in Betracht. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sich auch B*** am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot abgegeben habe. Obwohl die Auftraggeberin die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im Rahmen der ersten Stufe des Vergabeverfahrens festgestellt habe und aufgrund ihrer eigenen Festlegungen in Punkt 5.2. der Ausschreibungsbedingungen nur Bewerber zur Angebotslegung eingeladen habe, "die

sich aufgrund der vorangegangenen Eignungs- und Auswahlprüfung für das weitere Vergabeverfahren qualifiziert haben", versuche die Auftraggeberin der Antragstellerin ihre nachgewiesene technische Leistungsfähigkeit im Nachhinein, nämlich in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens, plötzlich abzusprechen.

Obwohl kein zuschlagsfähiges Angebot im Vergabeverfahren vorliege, da auch das Angebot des einzig verbleibenden Bieters B*** auszuscheiden sei, unterlasse es die Auftraggeberin das Vergabeverfahren zu widerrufen. Sofern die Auftraggeberin eine Auftragsvergabe an B*** beabsichtige, könne sie dies lediglich im Rahmen einer Direktvergabe bzw. eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung tun. Allerdings lägen dafür die Voraussetzungen nicht vor. Die einzig rechtskonforme Vorgehensweise für die Auftraggeberin wäre, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

B*** sei vom Vergabeverfahren zwingend auszuscheiden, da diesem Unternehmen die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (nicht ausreichende Haftpflichtversicherung) fehle. In Punkt 5.3. der Teilnahmeunterlagen werde der Nachweis über das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung verlangt. Der Antragstellerin sei jedoch bekannt, dass die Haftpflichtversicherung von B*** hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistungen keinesfalls ausreiche.

Die Auftraggeberin habe in Punkt 5.4. der Teilnahmeunterlagen festgelegt, dass der Bewerber in der Lage sein müsse, Behindertentransporter in Form eines Seitenstaplers zu liefern und zu warten. B*** fehle es hierzu an der technischen Leistungsfähigkeit. Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin verfüge B*** nicht über die erforderliche fachliche Expertise im Bereich der ausgeschriebenen Luftfahrtbodengeräte.

Zum Interesse bzw. zum drohenden Schaden führte die Antragstellerin aus, sie sei ein führender Anbieter des ausschreibungsgegenständlichen Behindertenfahrzeuges. Fahrzeuge der Antragstellerin seien an mehreren Standorten in Europa im Einsatz. Die Antragstellerin habe sich auch am österreichischen Markt engagiert, sie habe ein großes Interesse an der Belieferung der Auftraggeberin, zumal der gegenständliche Auftrag für die Antragstellerin ein wesentliches Referenzprojekt darstelle.

Mit Schriftsätzen vom 28.3.2013 sowie vom 5.4.2013 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und führte in ihrer Stellungnahme aus, das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 24.3.2013 sei unrichtig und werde zur Gänze bestritten. Die Antragstellerin habe sich an dem vorliegenden Vergabeverfahren beteiligt. Ihr Angebot sei in der Folge mit Ausscheidensentscheidung vom 8.3.2013 vom Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Diese Ausscheidensentscheidung sei von der Antragstellerin nicht bekämpft und somit bestandfest geworden. Es fehle der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages. Es fehle ihr jedoch nach der ständigen Rechtsprechung auch an der Antragslegitimation um das Vorliegen eines eventuell vorliegenden zwingenden Widerrufsgrundes zu relevieren. Die Auftraggeberin sei weder von den Ausschreibungsbestimmungen noch vom Ausschreibungsgegenstand abgewichen und beabsichtige, das gegenständliche Vergabeverfahren rechtskonform zu Ende zu führen.

Darüber hinaus sei das Vorbringen der Antragstellerin prozessual unzulässig. Die Auftraggeberin habe ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb eingeleitet. Gemäß § 2 Z 16 lit a) sub.lit dd) seien im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase, das Ausscheiden von Angeboten, die Zuschlagsentscheidung und die Widerrufsentscheidung gesondert anfechtbar. Die Antragstellerin könne ausschließlich die für das vorliegende Verfahren gesondert anfechtbaren Entscheidungen bekämpfen. Es sei nicht zulässig, Festlegungen eines Verfahrens zu bekämpfen, von dem die Antragstellerin meint, dass es möglicherweise durchgeführt werde. Die im von der Auftraggeberin bekannt gemachten Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ergangenen Entscheidungen habe die Antragstellerin nicht bekämpft, beziehungsweise seien diese Entscheidungen noch nicht ergangen (Zuschlagsentscheidung, Widerrufsentscheidung). Darüber hinaus sei das Vorbringen der Antragstellerin prozessual unzulässig. Die Auftraggeberin habe ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb eingeleitet. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) sub.lit dd) seien im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase, das Ausscheiden von Angeboten, die Zuschlagsentscheidung und die Widerrufsentscheidung gesondert anfechtbar. Die Antragstellerin könne ausschließlich die für das vorliegende Verfahren gesondert anfechtbaren Entscheidungen bekämpfen. Es sei nicht zulässig, Festlegungen eines Verfahrens zu bekämpfen, von dem die Antragstellerin meint, dass es möglicherweise durchgeführt werde. Die im von der Auftraggeberin bekannt gemachten

Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ergangenen Entscheidungen habe die Antragstellerin nicht bekämpft, beziehungsweise seien diese Entscheidungen noch nicht ergangen (Zuschlagsentscheidung, Widerrufsentscheidung).

Das Verhalten der Antragstellerin zeige, dass sie kein Interesse am Erhalt des ausschreibungsgegenständlichen Auftrages habe. Sie habe trotz Aufforderung zur Verbesserung, beziehungsweise nach Fristeinräumung durch die Auftraggeberin, die geforderte Bankerklärung im Vergabeverfahren nicht vorgelegt. Die daraus resultierende Ausscheidensentscheidung habe die Antragstellerin nicht bekämpft. Dies beweise, dass die Antragstellerin kein Interesse daran habe, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.4.2013 hielt die Auftraggeberin ihr schriftliches Vorbringen aufrecht und ergänzte, dass derzeit noch eine Verhandlungsrunde geführt werde, das Last and Best Offer sei noch nicht abgefragt worden. Dem Vergabeverfahren liege nach wie vor dieselbe Ausschreibung zu Grunde, das Vergabeverfahren sei noch nicht abgeschlossen. Die Auftraggeberin führe mit allen nicht ausgeschiedenen, im Verfahren verbliebenen Bietern Verhandlungen. Es werde ausschließlich mit Bietern verhandelt, die ausschreibungskonforme Angebote gelegt hätten.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin verwies auf sein bisheriges Vorbringen, insbesondere, dass das Angebot des Unternehmens, mit dem exklusiv Verhandlungen geführt würden, aufgrund der eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zwingend auszuschneiden wäre, zumal es diesem Unternehmen offenkundig an der vom Auftraggeber verlangten Leistungsfähigkeit (wirtschaftlich, finanziell, technisch) fehle. Daher sei die Auftraggeberin verpflichtet, das Vergabeverfahren durch Widerruf zu beenden. Würde sie einen Auftrag im Rahmen des ausgeschriebenen Vergabeverfahrens erteilen, so würde diese Zuschlagserteilung darin keine Deckung finden und eine rechtswidrige Direktvergabe vorliegen. Diese Wahl der Direktvergabe werde seitens der Antragstellerin bekämpft und wäre nach Ansicht der Antragstellerin für nichtig zu erklären. Die Auftraggeberin unterlasse es, ein zwingend zu widerrufendes Vergabeverfahren entgegen den Grundsätzen des Vergabegesetzes zu beenden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Die Vienna International Airport Security Services Ges.m.b.H ist als 100% Tochterunternehmen der Flughafen Wien Aktiengesellschaft Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG. Es handelt sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 192 Abs 5 BVergG zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß § 192 Abs 7 leg.cit vergeben werden. Bei der Auftraggeberin handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin. Die Vienna International Airport Security Services Ges.m.b.H ist als 100% Tochterunternehmen der Flughafen Wien Aktiengesellschaft Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG. Es handelt sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 192, Absatz 7, leg.cit vergeben werden. Bei der Auftraggeberin handelt es sich um eine Sektorenauftraggeberin.

Wie aus dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien sowie dem Vergabeakt hervorgeht, wurde die Antragstellerin durch die Auftraggeberin rechtswirksam ausgeschieden. Das Vergabeverfahren wurde weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt.

Die Antragstellerin macht nunmehr geltend, die einzige noch im Verfahren verbliebene Bieterin wäre ebenfalls auszuschneiden und das gegenständliche Vergabeverfahren daher zwingend zu widerrufen.

Einleitend ist festzuhalten, dass das gesamte Vorbringen der Antragstellerin auf der Hypothese gründet, dass die im Verfahren allein verbliebene Bieterin ebenfalls auszuschneiden wäre.

Die Antragstellerin lässt dabei jedoch unberücksichtigt, dass ein Bieter, dem es nicht gelingt, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht schutzwürdig ist (vgl VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 uva). Dem Bundesvergabeamt ist es im vorliegenden Fall mangels Antragslegitimation der Antragstellerin verwehrt, zu prüfen, ob die von der Antragstellerin angenommenen Mängel des im Verfahren verbliebenen Angebotes tatsächlich vorliegen. Es kann durch das Bundesvergabeamt daher auch nicht geklärt werden, ob die im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin auszuschneiden und das gegenständliche Vergabeverfahren in weiterer Folge wirklich zwingend zu widerrufen wäre. Die

Antragstellerin lässt dabei jedoch unberücksichtigt, dass ein Bieter, dem es nicht gelingt, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht schutzwürdig ist (vergleiche VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 uva). Dem Bundesvergabeamt ist es im vorliegenden Fall mangels Antragslegitimation der Antragstellerin verwehrt, zu prüfen, ob die von der Antragstellerin angenommenen Mängel des im Verfahren verbliebenen Angebotes tatsächlich vorliegen. Es kann durch das Bundesvergabeamt daher auch nicht geklärt werden, ob die im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin auszuschneiden und das gegenständliche Vergabeverfahren in weiterer Folge wirklich zwingend zu widerrufen wäre.

Die Antragstellerin versucht nunmehr das laufende, noch offene Verhandlungsverfahren - wiederum allein basierend auf ihrer Hypothese, dass die zweite Bieterin auszuschneiden und das Vergabeverfahren daher zu widerrufen wäre - in eine Direktvergabe bzw in ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung umzuinterpretieren.

Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat (VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234) erfolgt die Wahl des Vergabeverfahrens im Sinn der Bestimmungen im Bundesvergabegesetz in der Ausschreibung, zumal der Auftraggeber, sofern er sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat und ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens unzulässig ist (vgl. hiezu die Materialien zu § 23 BVergG 2002 in AB 1118 BlgNR XXI. GP, 31 mit Verweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, Seite I-2043). Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen hat (VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234) erfolgt die Wahl des Vergabeverfahrens im Sinn der Bestimmungen im Bundesvergabegesetz in der Ausschreibung, zumal der Auftraggeber, sofern er sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat und ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens unzulässig ist (vergleiche hiezu die Materialien zu Paragraph 23, BVergG 2002 in Ausschussbericht 1118 BlgNR römisch 21 . GP, 31 mit Verweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, Seite I-2043).

Wie aus den Aussagen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie aus dem Vergabeakt hervorgeht, hat die Auftraggeberin den Verfahrenstypus jedoch nicht gewechselt. Es liegen weder eine Direktvergabe noch ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vor, da das von der Auftraggeberin gewählte Vergabeverfahren gemäß § 192 Abs 5 BVergG zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß § 192 Abs 7 leg.cit noch nicht abgeschlossen wurde. Nach Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung befindet sich das Vergabeverfahren derzeit im Stadium von Verhandlungen. Da ein Wechsel der Wahl des Vergabeverfahrens bzw die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung in einem neuen Vergabeverfahren ohne vorherigen Abschluss des derzeit noch offenen Verhandlungsverfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (§ 276 Abs 2) sowie der Judikatur unzulässig wäre, kann die im gegenständlichen Verhandlungsverfahren ausgeschriebene Leistung also nach der Systematik des Bundesvergabegesetzes auch nur in diesem laufenden, noch nicht abgeschlossenen Verhandlungsverfahren vergeben werden. Wie aus den Aussagen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung sowie aus dem Vergabeakt hervorgeht, hat die Auftraggeberin den Verfahrenstypus jedoch nicht gewechselt. Es liegen weder eine Direktvergabe noch ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vor, da das von der Auftraggeberin gewählte Vergabeverfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 192, Absatz 7, leg.cit noch nicht abgeschlossen wurde. Nach Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung befindet sich das Vergabeverfahren derzeit im Stadium von Verhandlungen. Da ein Wechsel der Wahl des Vergabeverfahrens bzw die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung in einem neuen Vergabeverfahren ohne vorherigen Abschluss des derzeit noch offenen Verhandlungsverfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (Paragraph 276, Absatz 2,) sowie der Judikatur unzulässig wäre, kann die im gegenständlichen Verhandlungsverfahren ausgeschriebene Leistung also nach der Systematik des Bundesvergabegesetzes auch nur in diesem laufenden, noch nicht abgeschlossenen Verhandlungsverfahren vergeben werden.

Die von der Antragstellerin nunmehr vorgenommene, wiederum allein auf ihren hypothetischen und durch das Bundesvergabeamt nicht überprüfbaren Annahmen basierende Uminterpretation des gegenständlichen, nicht abgeschlossenen Verhandlungsverfahrens in eine Direktvergabe bzw in ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige

Bekanntmachung, findet im Bundesvergabegesetz und der Judikatur keinerlei Grundlage.

Würde das Bundesvergabeamt den Annahmen der Antragstellerin folgend eine Überprüfung des Angebotes der zweiten im Vergabeverfahren verbliebenen Bieterin vornehmen, würde dies ein Abweichen vom System des Bundesvergabegesetzes bedeuten. Nach dem Bundesvergabegesetz ist nämlich die Prüfbefugnis des Bundesvergabeamtes ausdrücklich auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte beschränkt und § 325 Abs 1 Z 1 stellt klar, dass die angefochtene Entscheidung nur für nichtig erklärt werden kann, wenn sie die geltend gemachten subjektiven Rechte des Antragstellers verletzt. Aus den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes wird deutlich, dass es im Nachprüfungsverfahren nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers gegenüber dem Auftraggeber geht und nicht aus Anlass eines Nachprüfungsantrages die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen ist (M.Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 322 Rz 48). Wie auch der Verwaltungsgerichtshof im Sinne dieser Bestimmungen in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hat, ist ein nicht antragslegitimierter Bieter nicht schutzwürdig. Würde das Bundesvergabeamt den Annahmen der Antragstellerin folgend eine Überprüfung des Angebotes der zweiten im Vergabeverfahren verbliebenen Bieterin vornehmen, würde dies ein Abweichen vom System des Bundesvergabegesetzes bedeuten. Nach dem Bundesvergabegesetz ist nämlich die Prüfbefugnis des Bundesvergabeamtes ausdrücklich auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte beschränkt und Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, stellt klar, dass die angefochtene Entscheidung nur für nichtig erklärt werden kann, wenn sie die geltend gemachten subjektiven Rechte des Antragstellers verletzt. Aus den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes wird deutlich, dass es im Nachprüfungsverfahren nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers gegenüber dem Auftraggeber geht und nicht aus Anlass eines Nachprüfungsantrages die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen ist (M.Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 322, Rz 48). Wie auch der Verwaltungsgerichtshof im Sinne dieser Bestimmungen in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hat, ist ein nicht antragslegitimierter Bieter nicht schutzwürdig.

Würde man dem Vorbringen der Antragstellerin folgen, hätte das Bundesvergabeamt das Ausscheiden der Antragstellerin außer Acht zu lassen und das gegenständliche Vergabeverfahren daraufhin zu prüfen, ob die verbliebene Bieterin auszuscheiden wäre und damit, ob das Vergabeverfahren von der Auftraggeberin objektiv rechtmäßig durchgeführt wurde. Dies würde einen Paradigmenwechsel im System des Bundesvergabegesetzes darstellen, der weder durch das Gesetz selbst noch durch die hierzu ergangene Judikatur gedeckt ist.

Die Antragstellerin stellte die im Spruch wiedergegebenen Anträge. Wie das Bundesvergabeamt erhob, wurde durch die Auftraggeberin weder eine Direktvergabe durchgeführt noch ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung abgeschlossen. Der diesbezügliche Feststellungsantrag geht sohin ins Leere und war daher zurückzuweisen.

Auch der Antrag, die unzulässige Wahl des Verfahrens der Direktvergabe für nichtig zu erklären, war zurückzuweisen, da die Auftraggeberin eine derartige Wahl des Vergabeverfahrens weder getroffen hat noch den gegenständlichen Auftrag vergeben hat.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren war als verfristet zurückzuweisen. Wie aus den vorgelegten Unterlagen hervorgeht, wurde die Einladung zur Angebotsabgabe mitsamt den Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens bereits am 21.12.2012 an die Bieter versendet und wurde von der Antragstellerin nicht innerhalb offener Frist bekämpft.

Der Antrag, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und den geschlossenen Liefervertrag für nichtig erklären, war ebenfalls zurückzuweisen, da, wie aus den Aussagen der Auftraggeberin sowie dem vorliegenden Vergabeakt hervorgeht, der Auftrag bislang nicht vergeben wurde und ein Feststellungsantrag eine Zuschlagserteilung voraussetzt.

Zu Spruchpunkt II.) Zu Spruchpunkt römisch zwei.)

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2013

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