

TE Verg Bescheid 2013/3/8 N/0074-BVA/12/2012-22

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.03.2013

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §325

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Ministerialrat i.R. Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledöchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 betreffend das Vergabeverfahren „Mobilfunk 2012“ der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2. Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Ministerialrat i.R. Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledöchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 betreffend das Vergabeverfahren „Mobilfunk 2012“ der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2.

Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Y***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 26. Juli 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins
Die Anträge, „Das BVA möge
1. a)Litera a
ein Verfahren zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidungen einleiten;
1. b)Litera b
die Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren „Mobilfunk 2012,GZ2401.01679“ für nichtig erklären; in eventu
1. bb)Sub-Litera, b, b
die nachstehenden Bestimmungen der Ausschreibung einzeln (dh, dass die Nichtigklärung jedes der nachfolgend genannten Punkte separat beantragt wird) für nichtig erklären:
 1. 1.Ziffer eins
Punkt 2.1. AAB;
 2. 2.Ziffer 2
Punkt 2.2. AAB und Punkt 4.2. KAB sowie die Mengengerüste in den Leistungsverzeichnissen und Preisblättern;
 3. 3.Ziffer 3
Punkt 3.2. AAB und Punkt 2. KAB;
 4. 4.Ziffer 4
Punkt 8.2. AAB;
 5. 5.Ziffer 5
Punkt 10.2.1. Abs 1 KAB;Punkt 10.2.1. Absatz eins, KAB;
 6. 6.Ziffer 6
Punkt 12.1. KAB;
 7. 7.Ziffer 7
Punkt 1.1.2. der Leistungsverzeichnisse;
 8. 8.Ziffer 8
Punkt 2.3.1. der Leistungsverzeichnisse (Los 2 und Los 3);
 9. 9.Ziffer 9
Punkt 2.3.2 der Leistungsverzeichnisse (Los 2 und Los 3);
1. c)Litera c
in eventu die 1. Fragebeantwortung und 1. Berichtigung, die
1. 2.Ziffer 2
Fragebeantwortung und die 3. Fragebeantwortung und 2. Berichtigung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist für nichtig erklären;
1. d)Litera d
in eventu die Ausschreibung idF 3. Fragebeantwortung und 2. Berichtigung im gegenständlichen Vergabeverfahren „Mobilfunk 2012, GZ 2401.01679“ für nichtig erklären; in eventu die Ausschreibung in der Fassung 3. Fragebeantwortung und 2. Berichtigung im gegenständlichen Vergabeverfahren „Mobilfunk 2012, GZ 2401.01679“ für nichtig erklären; in eventu
1. dd)Sub-Litera, d, d
die nachstehenden Bestimmungen der Ausschreibung idF 3. Fragebeantwortung und 2. Berichtigung einzeln (dh, dass die Nichtigklärung jedes der nachfolgend genannten Punkte separat beantragt wird) für nichtig erklären:die nachstehenden Bestimmungen der Ausschreibung in der Fassung 3. Fragebeantwortung und 2. Berichtigung einzeln (dh, dass die Nichtigklärung jedes der nachfolgend genannten Punkte separat beantragt wird) für nichtig erklären:

1. 1.Ziffer eins
Punkt 2.1. AAB;
2. 2.Ziffer 2
Punkt 2.2. AAB und Punkt 4.2. KAB sowie die Mengengerüste in den Leistungsverzeichnissen und Preisblättern;
3. 3.Ziffer 3
Punkt 3.2. AAB und Punkt 2. KAB;
4. 4.Ziffer 4
Punkt 8.2. AAB;
5. 5.Ziffer 5
Punkt 10.2.1. Abs 1 KAB;Punkt 10.2.1. Absatz eins, KAB;
6. 6.Ziffer 6
Punkt 12.1. KAB;
7. 7.Ziffer 7
Punkt 1.1.2. der Leistungsverzeichnisse;
8. 8.Ziffer 8
Punkt 2.3.1. der Leistungsverzeichnisse (Los 2 und Los 3);
9. 9.Ziffer 9
Punkt 2.3.2 der Leistungsverzeichnisse (Los 2 und Los 3)“;

werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2 und 325 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 325 BVergG 2006

1. 2.Ziffer 2
Dem Antrag, „den Auftraggebern den Ersatz den von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zH der Antragstellervertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen“, wird stattgegeben.

Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 1.800,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006

Begründung

Zum Spruchpunkt 1:

Mit Bescheid des BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27, wurde die gesondert anfechtbare Entscheidung „sonstige Festlegung des Auftraggebers während der Angebotsfrist“, in concreto die 3. Berichtigung der Auftraggeber vom 22.11.2012 für nichtig erklärt. Ebenso wurde die Ausschreibung „Mobilfunk 2012, GZ 2401.01679“ für nichtig erklärt. Begründend führte das BVA im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeber die Grenze der zulässigen Berichtigung iSd § 90 BVergG (bei weitem) überschritten haben und folgerichtig die Ausschreibung (zwingend) zu widerrufen gehabt hätten. Die Antragstellerin war in diesem Verfahren mitbeteiligte Partei. Mit Bescheid des BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27, wurde die gesondert anfechtbare Entscheidung „sonstige Festlegung des Auftraggebers während der Angebotsfrist“, in concreto die 3. Berichtigung der Auftraggeber vom 22.11.2012 für nichtig erklärt. Ebenso wurde die Ausschreibung „Mobilfunk 2012, GZ 2401.01679“ für nichtig erklärt. Begründend führte das BVA im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeber die Grenze der zulässigen Berichtigung iSd Paragraph 90, BVergG (bei weitem) überschritten haben und folgerichtig die Ausschreibung (zwingend) zu widerrufen gehabt hätten. Die Antragstellerin war in diesem Verfahren mitbeteiligte Partei.

Durch die Nichtigkeitserklärung einer Auftraggeberentscheidung wird die betreffende Entscheidung des Auftraggebers beseitigt und kann nicht mehr Grundlage darauf aufbauender weiterer Akte des Auftraggebers sein (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 [2009] § 312 Rz 112). Die Nichtigkeitserklärung erfolgt mit rechtsgestaltendem Bescheid, sie wirkt ex tunc (Walter/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht3 [2010] Rz 2052). Nichtig erklärte Entscheidungen gelten daher als nicht gesetzt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 325 Rz 21). Durch die Nichtigkeitserklärung einer Auftraggeberentscheidung wird die betreffende Entscheidung des Auftraggebers beseitigt und

kann nicht mehr Grundlage darauf aufbauender weiterer Akte des Auftraggebers sein (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVerG2 [2009] Paragraph 312, Rz 112). Die Nichtigklärung erfolgt mit rechtsgestaltendem Bescheid, sie wirkt ex tunc (Walter/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht3 [2010] Rz 2052). Nichtig erklärte Entscheidungen gelten daher als nicht gesetzt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 325, Rz 21).

Zu einem Wegfall der angefochtenen Entscheidung kommt es insbesondere dann, wenn diese vom BVA bereits in einem (früheren) Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt wurde:

Damit scheidet diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand aus und kann daher nicht ein zweites Mal für nichtig erklärt werden; ein gegen die bereits nichtig erklärte Entscheidung gerichteter Nachprüfungsantrag ist daher zurückzuweisen (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312 Rz 128 unter Bezugnahme auf BVA 12.10.2004, 15N-74/04-19). Damit scheidet diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand aus und kann daher nicht ein zweites Mal für nichtig erklärt werden; ein gegen die bereits nichtig erklärte Entscheidung gerichteter Nachprüfungsantrag ist daher zurückzuweisen (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312, Rz 128 unter Bezugnahme auf BVA 12.10.2004, 15N-74/04-19).

Aufgrund der oben zitierten Lehre und Rechtsprechung folgt, dass eine abermalige Nichtigklärung der bereits mit Bescheid vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27, zur Gänze für nichtig erklärten Ausschreibung somit nicht mehr in Betracht kommt (siehe dazu bereits BVA 30.3.2012, N/0022-BVA/14/2012-19 und N/0025-BVA/14/2012-28 sowie jüngst BVA 9.11.2012, N/0089- BVA/12/2012-18). Der Hauptantrag sowie die Eventualanträge gehen daher ins Leere.

Zum Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVerG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag vom 26. Juli 2012 die Nichtigklärung der Ausschreibung „Mobilfunk 2012,GZ 2401.01679“ begehrt. Diese Ausschreibung wurde aber im Bescheid des BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27, für nichtig erklärt und gehört demnach – aufgrund des Spruches im oben zitierten Bescheid – nicht mehr dem Rechtsbestand an. Die unter Spruchpunkt 1 zitierten Anträge waren allein aus dem Grund zurückzuweisen, da die Ausschreibung bereits im Verfahren zu N/0113-BVA/12/2012 für nichtig erklärt worden ist. In Bezug auf die für die Erstattung des Kostenersatzes maßgebliche inhaltliche Sichtweise ist die Antragstellerin jedoch so zu stellen, als hätte sie mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt (siehe dazu bereits BVA 30.3.2012, N/0022-BVA/14/2012-19 und N/0025-BVA/14/2012-28 sowie jüngst BVA 9.11.2012, N/0089- BVA/12/2012-18). Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Antragstellerin – ebenso wie jene im Verfahren zu N/0113- BVA/12/2012 – die Nichtigklärung derselben Ausschreibung begehrt hat und das BVA im Bescheid vom 24. Jänner 2013, N/0113- BVA/12/2012-27, zum Ergebnis gelangt ist, dass ein zwingender Widerrufsgrund iSd § 138 Abs 1 BVerG vorliegt. Somit wurde aber dem ursprünglichen Begehren der Antragstellerin, nämlich jenem vom 26. Juli 2012, in dem die Nichtigklärung der Ausschreibung „Mobilfunk 2012 – GZ 2401.01679“ begehrt wurde, in einem parallel anhängigen späteren Verfahren zur Zahl N/0113- BVA/12/2012 entsprochen, womit aber die Antragstellerin im Ergebnis jedenfalls als inhaltlich obsiegend zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag vom 26. Juli 2012 die Nichtigklärung der Ausschreibung „Mobilfunk 2012,GZ 2401.01679“ begehrt. Diese Ausschreibung wurde aber im Bescheid des BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27, für nichtig erklärt und gehört demnach – aufgrund des Spruches im oben zitierten Bescheid – nicht mehr dem Rechtsbestand an. Die unter Spruchpunkt 1 zitierten Anträge waren allein aus dem Grund zurückzuweisen, da die Ausschreibung bereits im Verfahren zu N/0113-BVA/12/2012 für nichtig erklärt worden ist. In

Bezug auf die für die Erstattung des Kostenersatzes maßgebliche inhaltliche Sichtweise ist die Antragstellerin jedoch so zu stellen, als hätte sie mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt (siehe dazu bereits BVA 30.3.2012, N/0022-BVA/14/2012-19 und N/0025-BVA/14/2012-28 sowie jüngst BVA 9.11.2012, N/0089- BVA/12/2012-18). Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Antragstellerin – ebenso wie jene im Verfahren zu N/0113- BVA/12/2012 – die Nichtigerklärung derselben Ausschreibung begehrt hat und das BVA im Bescheid vom 24. Jänner 2013, N/0113- BVA/12/2012-27, zum Ergebnis gelangt ist, dass ein zwingender Widerrufsgrund iSd Paragraph 138, Absatz eins, BVergG vorliegt. Somit wurde aber dem ursprünglichen Begehren der Antragstellerin, nämlich jenem vom 26. Juli 2012, in dem die Nichtigerklärung der Ausschreibung „Mobilfunk 2012 – GZ 2401.01679“ begehrt wurde, in einem parallel anhängigen späteren Verfahren zur Zahl N/0113- BVA/12/2012 entsprochen, womit aber die Antragstellerin im Ergebnis jedenfalls als inhaltlich obsiegend zu qualifizieren ist.

Selbst wenn man aber – entgegen des Spruches im Bescheid des BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27 – davon ausginge, dass sich die Ausschreibungsunterlage (nach der Nichtigerklärung der letztgültigen Fassung) wiederum im Stadium vor der 3. Berichtigung befinden würde, gelangte man für den Kostenersatzanspruch zu keinem anderen Ergebnis. Dies erhellt sich bereits daraus, dass die Auftraggeber bereits die erste – seitens der Antragstellerin behauptete – Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, nämlich jene zur „Unzulässigkeit der Aufteilung in Losen“, zugunsten der Antragstellerin „korrigiert“ haben, womit aber zumindest von einem „teilweisen Obsiegen“ der Antragstellerin iSd § 319 Abs 1 BVergG auszugehen ist. Selbst wenn man aber – entgegen des Spruches im Bescheid des BVA vom 24. Jänner 2013, N/0113-BVA/12/2012-27 – davon ausginge, dass sich die Ausschreibungsunterlage (nach der Nichtigerklärung der letztgültigen Fassung) wiederum im Stadium vor der 3. Berichtigung befinden würde, gelangte man für den Kostenersatzanspruch zu keinem anderen Ergebnis. Dies erhellt sich bereits daraus, dass die Auftraggeber bereits die erste – seitens der Antragstellerin behauptete – Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, nämlich jene zur „Unzulässigkeit der Aufteilung in Losen“, zugunsten der Antragstellerin „korrigiert“ haben, womit aber zumindest von einem „teilweisen Obsiegen“ der Antragstellerin iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG auszugehen ist.

Schlagworte

gesondert anfechtbare Entscheidung, Nichtigerklärung, ex tunc, Kostenersatz, Obsiegen;

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