

TE Verg Bescheid 2012/7/23 N/0071-BVA/04/2012-8EV

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.07.2012

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" des Auftraggebers, Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. 7. 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" des Auftraggebers, Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. 7. 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, dem Auftraggeber im Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen, wird stattgegeben.

Der Pensionsversicherungsanstalt (PVA) ist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die europaweite Bekanntmachung der Ausschreibung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages in Form eines beschleunigten Verhandlungsverfahrens erfolgte am 6.10.2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 194-296619. Auftraggeber ist die Pensionsversicherungsanstalt.

Mit Schriftsatz vom 16.07.2012 stellte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems", in eventu einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung betreffend die Änderung des Bewertungssystems. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren eingebracht.

Begründend brachte der Antragsteller vor, der Auftraggeber habe zur Einführung einer zentralen, einheitlichen EDV Lösung (Standardsoftware mit Anpassung an PVA Anforderungen) für den medizinischen Krankenakt aller eigenen Einrichtungen des Auftraggebers auf zentraler Hardware und unter Einbindung von bestehenden Softwarelösungen für Patientenverwaltung, Terminplanung, Labor etc. ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Der Auftraggeber habe dieses Verfahren als beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit durchgeführt. Die Bekanntmachung sei im EU-Amtsblatt vom 06.10.2010 erfolgt. Am 06.07.2012 habe der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfänger) und daran angeschlossen die Niederschrift über die Angebotsprüfung, das Protokoll über die kommissionelle Bewertung sowie Tabellen mit einer verbalen Begründung übermittelt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richte sich der gegenständliche Antrag.

Nach den Informationen des Antragstellers entspreche das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen und sei daher auszuschneiden. Der Antragsteller erachte sich im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt. Dabei sei der Antragsteller insbesondere im Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Nach den Informationen des Antragstellers entspreche das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen und sei daher auszuschneiden. Der Antragsteller erachte sich im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Dabei sei der Antragsteller insbesondere im Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt.

So habe der präsumtive Zuschlagsempfänger, obwohl der Auftraggeber ausdrücklich mit der Fragebeantwortung zur Frage 3 vom 18.10.2010 festgelegt habe, dass ein Subunternehmerwechsel während des gesamten Verfahrens unzulässig sei, einen Subunternehmerwechsel vorgenommen. Der Antragsteller habe Grund zur Annahme, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in seinem Teilnahmeantrag der ersten Stufe des Verfahrens bzw. in seinem Erstangebot der zweiten Stufe des Verfahrens andere Unternehmen, die als Subunternehmer zu qualifizieren seien, genannt habe, als in seinem zuschlagsrelevanten Letztangebot bzw. es unterlassen habe, die Subunternehmer der Kernapplikationen zu nennen.

Aufgrund der Marktkennntnis des Antragstellers und der ihm zur Verfügung stehenden Informationen gehe der Antragsteller davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für wesentliche Teile der angebotenen Lösung über keine produktive Software, die bereits bei einem Kunden in praktischer Verwendung stehe, verfüge. Das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Produkt sei lediglich ein Prototyp, der bisher im deutschsprachigen Raum operativ noch nie zur Anwendung gelangt sei bzw. kommerziell verkauft werden habe können. Es sei daher davon auszugehen, dass die in der bestandsfesten Aufforderung zur Angebotslegung festgesetzte Frist für die Erfüllung durch Standard (Ende der Angebotsfrist) vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht eingehalten werde. Dies stelle einen Verstoß gegen bestandsfest und verbindlich festgelegte Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen dar, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zwingend auszuschneiden sei.

Auch der Gesamtpreis des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers weise eine nicht plausible Zusammensetzung auf. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe gemäß am 02.05.2012 übermittelter Information

des Auftraggebers in seinem letzten Angebot Wartungskosten pro Monat in Höhe von €

27.990,75 angeboten. Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis für die monatliche Wartung sei aus Sicht des Antragstellers nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Die angebotenen Wartungskosten würden um rund 60% niedriger liegen als jene des Antragstellers. Auch wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger sich eines ausländischen Subunternehmers bedienen sollte, dessen Lohnniveau niedriger als das österreichische sei, sei der Preis für die monatlichen Wartungskosten dennoch nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Auch gehe der Antragsteller aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Informationen davon aus, dass sich der präsumtive Zuschlagsempfänger eines ausländischen Subunternehmers bediene, dessen Kernmarkt sich bisher nicht auf Österreich erstreckt habe und der keinerlei Erfahrung mit deutschsprachigen Projekten aufweise. Dieser ausländische Subunternehmer stelle ein oder mehrere Personen des Schlüsselpersonals, welche entgegen den Festlegungen in der Ausschreibung der deutschen Sprache nicht mächtig seien. Jedenfalls aber stelle dieser ausländische Subunternehmer ausführende Personen (Programmierer) zur Anpassung der Anwendungssoftware bei, die die deutsche Sprache nicht bzw. nicht, wie gefordert, fließend beherrschen würden. Damit erfülle der präsumtive Zuschlagsempfänger die Mindest- bzw. Eignungsanforderungen der Ausschreibung nicht. Selbst dann, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst das Schlüsselpersonal sowie das gesamte ausführende Personal stellen sollte, seien die einzelnen Schlüsselpersonen bzw. das ausführende Personal nicht ausreichend qualifiziert. Denn nach den dem Antragsteller vorliegenden Informationen stelle der ausländische Subunternehmer zumindest einen Teil der nach den Bedürfnissen des Auftraggebers zu adaptierenden Software. Die als Schlüsselpersonal genannten Mitarbeiter des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien nicht ausreichend qualifiziert, um die notwendigen Programmierarbeiten selbstständig durchzuführen.

Aufgrund der Formulierung der Angebotslegung lasse sich ableiten, dass die ausschließlich deutsche Bedienbarkeit der Softwarelösung für den Auftraggeber ein wesentlicher und zentraler Punkt sei. Der Antragsteller gehe jedoch auf Basis der ihm zur Verfügung stehenden Informationen davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger seine Anwendungssoftware von einem ausländischen Subunternehmer beziehe, der bisher noch nicht am deutschsprachigen Markt aufgetreten sei. Der Antragsteller bezweifle, dass die angebotene Anwendungssoftware die in Punkt 7.1.2 der Aufforderung zur Angebotslegung geforderten Anforderungen an die deutsche Sprache und zwar schon zum Zeitpunkt des Erstangebotes, welches ausschreibungskonform sein müsse, erfülle.

Die Bewertungskommission habe sowohl bei ihrer zweiten Sitzung am 02.07.2012 als auch bei der ersten Sitzung am 21.02.2012 dieselben Mitglieder aufgewiesen. Laut Protokoll über die Systemdemonstration vom 27.06.2011 seien jedoch nur Herr C*** und Herr D*** bei der Systemdemonstration anwesend gewesen. Die restlichen Mitglieder der Bewertungskommission hätten an der Systemdemonstration nicht teilgenommen. Dasselbe gelte für den Referenzbesuch, bei dem ebenfalls nicht alle Mitglieder der Bewertungskommission teilgenommen hätten. Da nur zwei von fünf Mitgliedern der Bewertungskommission bei der Systemdemonstration und beim Referenzbesuch anwesend gewesen seien, sei die gemäß Punkt 3.5 der Aufforderung zur Angebotslegung erforderliche Mehrheit der Kommissionsmitglieder nicht anwesend gewesen. Es hätten also einzelne Kommissionsmitglieder die Systemdemonstration und die Referenzbesuche bewertet, obwohl sie nicht daran teilgenommen hätten. Eine entscheidungsbefugte Person könne nach allgemeinem Verständnis nur eine Entscheidung treffen, wenn sie bei der Entscheidungsfindung und allen entscheidungsrelevanten Erhebungen auch persönlich anwesend gewesen sei. Die Angebotsbewertung durch die Kommission sei daher mangels Anwesenheit aller Kommissionsmitglieder bei den zu bewertenden Ereignissen nichtig, weil dies gegen elementare Grundsätze der Bestbieterermittlung und damit gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoße.

Für den Antragsteller sei auch nicht ersichtlich, wie die Angebotsbewertung tatsächlich vorgenommen worden sei, da aufgrund offensichtlicher Widersprüche in der Zuschlagsentscheidung vom 06.07.2012 einerseits und im Protokoll der Sitzung der Bewertungskommission vom 02.07.2012 andererseits, nicht nachvollziehbar sei, nach welchem Bewertungssystem die Angebotsbewertung erfolgt sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Selbst wenn man von einem geänderten Bewertungssystem ausgehen sollte, sei dies unzulässig. Bei einer Änderung des Zuschlagssystems hätte es nämlich zu einer anderen Beurteilung der Angebote kommen können. Sofern das Bundesvergabeamt die gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung am 06.07.2012 übermittelte Änderung des Bewertungssystems als selbstständige gesondert anfechtbare Entscheidung qualifizieren sollte, die nicht von der Zuschlagsentscheidung selbst konsumiert worden sei, fechte der Antragsteller eventualiter

neben der Zuschlagsentscheidung auch diese gesondert anfechtbare Entscheidung mit diesem Nachprüfungsantrag an.

Bei der Angebotsbewertung falle auf, dass die Angebote sowohl des Antragstellers als auch des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit exakt derselben Punktzahl bewertet worden seien wie bei der inzwischen zurückgenommenen Zuschlagsentscheidung vom 27.04.2012. Der Antragsteller gehe davon aus, dass mit der zweiten Angebotsbewertung lediglich die verbale Begründung an die bei der ersten Angebotsbewertung vergebenen Punkte angepasst worden sei. Fachlich begründet sei die Angebotsbewertung jedoch nicht. Der Auftraggeber habe willkürlich das Angebot des Antragstellers schlechter gestellt, als dies bei einer ordnungsgemäßen Bewertung der Fall gewesen wäre. Diese offensichtlich taktische Herabsetzung des Angebotes des Antragstellers stelle einen gravierenden Vergaberechtsverstoß dar. Der Auftraggeber habe pauschal für nahezu jeden einzelnen Bewertungspunkt des Angebotes des Antragstellers die verbale Begründung herabgesetzt. Der Antragsteller gehe davon aus, dass sich der Auftraggeber bzw. die Bewertungskommission nicht mit jedem einzelnen Bewertungspunkt auseinander gesetzt hätte, sondern dass es sich bei der nachgebesserten verbalen Begründung um ein pauschales Schlechtermachen des Angebotes des Antragstellers handle. Der Auftraggeber habe durch sein willkürliches und sachlich nicht begründbares taktisch motiviertes Vorgehen bei der Angebotsbewertung die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Bestbieterermittlung und somit auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt. Die Angebotsbewertung sei daher rechtswidrig. Es werde die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Softwaretechnik/Programmierung zur Prüfung und Feststellung der unrichtigen Angebotsbewertungen aus fachtechnischer Sicht beantragt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hätten Mitglieder einer Bewertungskommission ihre Bewertung plausibel und nachvollziehbar verbal zu begründen. Mit der Zuschlagsentscheidung vom 06.07.2012 habe der Auftraggeber Bewertungstabellen übermittelt. Neben der bloßen Auflistung der erreichten Bewertungspunkte enthalte die Tabelle auch eine verbale Begründung für die verteilten Bewertungspunkte. Diese verbale Begründung erreiche jedoch wieder nicht die von der Rechtsprechung geforderte Begründungstiefe. Insbesondere gehe daraus nicht hervor, warum das Angebot des Antragstellers besser oder schlechter als das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bewertet worden sei. Zudem sei die verbale Begründung in den Tabellen teilweise auch in sich widersprüchlich.

Aus den durch den Auftraggeber übermittelten Unterlagen ergebe sich, dass die vorgenommene Angebotsbewertung nicht transparent und daher auch nicht nachvollziehbar sei. Im Rahmen der Angebotsbewertung zeigte der Antragsteller ein seiner Ansicht nach besonderes Missverhältnis auf. Dieses bestehe in "Block B. Konzepte" bei der Qualitätsbewertung. Obwohl sowohl der Antragsteller als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger in etwa die selbe Marktstellung am relevanten Markt inne hätten, habe der Antragsteller bei diesem Bewertungskriterium lediglich 49% der möglichen Bewertungspunkte erhalten, während der präsumtive Zuschlagsempfänger 92% der möglichen Bewertungspunkte erreicht habe.

Als weitere unrichtige Bewertungen seines Konzeptes zeigte der Antragsteller folgende Punkte auf: "Projektorganisation und Kommunikation" mit den Unterpunkten "Vollständigkeit", "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA"; beim Konzept "Applikations- und Kommunikationsarchitektur", mit dem Unterpunkt "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA"; beim Konzept "Akzeptanz-Management" die Unterpunkte "Vollständigkeit", Unterpunkt "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung", und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA"; beim Konzept "Release-, Weiterentwicklungs- und Supportkonzept" die Unterpunkte "Vollständigkeit", "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung" und "Praktische Umsetzbarkeit unter den definierten Zielen und Rahmenbedingungen der Umsetzung von REIS in der PVA" sowie beim Konzept "Testkonzept" den Unterpunkt "Inhaltliche Qualität der Ausarbeitung".

Zum Interesse und zum drohenden Schaden führte der Antragsteller aus, er sei Hersteller klinischer Informationssysteme, zu deren Geschäftstätigkeit unter anderem auch das Anbieten der hier ausgeschriebenen Leistungen gehöre. Der Antragsteller habe ein Interesse am Zuschlag und an der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung. Durch den Verlust einer Chance auf Zuschlag drohe dem Antragsteller ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe in der Höhe des entgangenen Gewinns, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die bisherige Teilnahme am zweistufigen Verhandlungsverfahren. Weiters

drohe ihm der Verlust eines Referenzprojektes, da die ausgeschriebene Leistung ein strategisch wichtiges Referenzprojekt darstelle.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 18.07.2012 zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, der Antragsteller habe das Recht, in dem sie sich verletzt erachte, nicht hinreichend konkretisiert. Wenn er geltend mache, dass er sich in seinem Recht auf Zuschlagserteilung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt erachte, so sei dies nicht möglich, da er nicht präsumtiver Zuschlagsempfänger sei und ihm daher alleine schon deshalb kein subjektives Recht auf Zuschlagserteilung zukomme. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslager römisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0071-BVA/04/2012 am 16.07.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 01.04.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0071-BVA/04/2012 am 16.07.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungs römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idF ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG idF (vgl. BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 23.3.2011, N/0104-BVA/04/2010-11). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG idF. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beläuft sich auf rd. € 10.000.000,- und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des § 12

Abs 1 Z 2 BVergG idgF, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Pensionsversicherungsanstalt. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF vergleiche BVA 14.04.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; 23.3.2011, N/0104-BVA/04/2010-11). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG idgF. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beläuft sich auf rd. € 10.000.000,-- und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG idgF iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs. 2 BVergG idgF zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idgF zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Die Ansicht des Auftraggebers kann sowohl hinsichtlich seines Vorbringens, der Antragsteller habe jenes Recht, in dem er sich verletzt erachtet, nicht ausreichend konkretisiert, als auch hinsichtlich seiner Behauptung, der Antragsteller könne nicht in seinem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt sein, da er nicht präsumtiver Zuschlagsempfänger sei, vom Bundesvergabeamt nicht geteilt werden. Der Auftraggeber nimmt in seinem diesbezüglichen Vorbringen eine unzulässige rechtliche Interpretation der von ihm zitierten Kommentierungen zu § 322 BVergG idgF vor. Der Antragsteller hat den Beschwerdepunkt in einer für das Bundesvergabeamt durchaus nachvollziehbaren Weise formuliert. Dies umso mehr, als im Zusammenhalt mit den Ausführungen im Antrag der Beschwerdepunkt sehr wohl ausreichend konkretisiert ist (vgl. VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Die Ansicht des Auftraggebers kann sowohl hinsichtlich seines Vorbringens, der Antragsteller habe jenes Recht, in dem er sich verletzt erachtet, nicht ausreichend konkretisiert, als auch hinsichtlich seiner Behauptung, der Antragsteller könne nicht in seinem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt sein, da er nicht präsumtiver Zuschlagsempfänger sei, vom Bundesvergabeamt nicht geteilt werden. Der Auftraggeber nimmt in seinem diesbezüglichen Vorbringen eine unzulässige rechtliche Interpretation der von ihm zitierten Kommentierungen zu Paragraph 322, BVergG idgF vor. Der Antragsteller hat den Beschwerdepunkt in einer für das Bundesvergabeamt durchaus nachvollziehbaren Weise formuliert. Dies umso mehr, als im Zusammenhalt mit den Ausführungen im Antrag der Beschwerdepunkt sehr wohl ausreichend konkretisiert ist vergleiche VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135).

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs. 1 BVergG idgF zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG idgF vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG idgF zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG idgF vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antragesrömisches drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG idgF hat

das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idgF hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Nach § 329 Abs. 2 BVergG idgF ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erfolgter Zuschlag, Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam. Nach Paragraph 329, Absatz 2, BVergG idgF ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erfolgter Zuschlag, Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG idgF können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG idgF können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs. 4 BVergG idgF ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG idgF ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG idgF ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass vom Auftraggeber geplant ist, das Vergabeverfahren ohne Einbeziehung des Antragstellers fortzuführen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise

bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idGF ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass vom Auftraggeber geplant ist, das Vergabeverfahren ohne Einbeziehung des Antragstellers fortzuführen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Auch dem Bundesvergabeamt sind keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden besonderen öffentlichen Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7).

u. a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG idGF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idGF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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