

TE Verg Bescheid 2012/3/30 N/0038-BVA/05/2012-EV11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.03.2012

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §132 Abs1

BVergG 2006 §304 Abs1

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 304 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013

2. BVergG 2006 § 304 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013

2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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, BGBl. I Nr. 17/2006 idGF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Facility Services 2009, GZ 6211/18-K-BE/08" des Auftraggebers Bundesrechenzentrum GmbH, vertreten durch die Bundesrechenzentrum GmbH, Abteilung Beschaffung und Recht, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idGF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Facility Services 2009, GZ 6211/18-K-BE/08" des Auftraggebers Bundesrechenzentrum GmbH, vertreten durch die Bundesrechenzentrum GmbH, Abteilung Beschaffung und Recht, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien, wie folgt entschieden:

Spruch:

Der Antrag vom 23. März 2012 der A***, vertreten durch X*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt,

"das BVA möge der Antragsgegnerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagen, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen; in eventu, falls das BVA diesem Antrag nicht stattgeben sollte, im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und den Zuschlag über die ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen,"

wird abgewiesen .

Rechtsgrundlage: §§ 131 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 329 Abs. 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 131, Absatz eins, 328, Absatz eins und 329 Absatz 3, BVergG

Begründung:

Mit Schriftsatz vom 23. März 2012 (elektronisch eingebracht am 23. März 2012 und eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 26. März 2012) brachte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** zum Vergabeverfahren "Facility Services 2009, GZ 6211/18-K-BE/08" der Bundesrechenzentrum GmbH (im Weiteren: Auftraggeberin) einen Nachprüfungsantrag ein. Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 15. März 2012 mitgeteilten Ausscheidensentscheidung.

Dazu führte die Antragstellerin im Wesentlichsten zusammengefasst aus, dass die Bundesrechenzentrum GmbH die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages beabsichtige. Ausschreibungsgegenstand sei die Übernahme und Durchführung von Facility Services mit Schwerpunkt Betriebsführung und Instandhaltung der haustechnischen Anlagen für die Bereiche Heizung, Klima, Lüftung, Sanitär und Elektrotechnik. Der Auftrag sollte in einem Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich vergeben werden. Die Bekanntmachung der Ausschreibung sei im Amtsblatt der Europäischen Union am 24. Dezember 2008 und im Amtsblatt der Wiener Zeitung am 25. Dezember 2008 erfolgt.

Die Antragstellerin habe einen Teilnahmeantrag gestellt und sei zur zweiten Stufe zugelassen worden. Nach Abgabe des Erstangebotes sowie der Durchführung eines Präsentationstermins und einer Verhandlungsrunde sei die Antragstellerin am 30. Jänner 2012 zur Legung eines "Last and Best Offers" aufgefordert worden. Die Letztangebotsfrist wäre am 14. Februar 2012 abgelaufen. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Betreffend dieses "Last and Best Offers" habe am 27. Februar 2012 ein Aufklärungsgespräch stattgefunden. Mit Schreiben vom 15. März 2012 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden sollte, da es nicht in der Ausschreibung festgelegte Mindestanforderungen erfülle und daher den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen würde.

Dies sei jedoch nicht richtig, da die Antragstellerin ein ausschreibungs- und vergaberechtskonformes Angebot gelegt habe. Ein Ausscheidungsgrund würde nicht vorliegen.

Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen und in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig, weshalb ihr ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss nicht abzusprechen sei. Das Interesse ergebe sich auch bereits daraus, dass die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe.

Zum drohenden Schaden führte die Antragstellerin Folgendes aus:

"Würde der gegenständliche Vertrag mit einem anderen Bieter abgeschlossen werden, würde der Antragstellerin ein großer finanzieller und sonstiger Schaden drohen: Dieser besteht im Verlust einer Chance auf Abschluss eines Vertrages in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Darüber hinaus droht der Antragstellerin auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns. Bei Abschluss des Vertrages mit einem anderen Bieter, würde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Teilnahme- wie auch der Ausschreibungsunterlagen und die Angebotserstellung drohen. Der finanzielle Schaden beläuft sich gesamt auf über Euro XXXX. Darüber hinaus waren wegen der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des AG, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, Beratungsgespräche mit den ausgewiesenen Rechtsvertretern erforderlich, sodass auch bereits ein Rechtsanwaltshonorar angefallen ist. Weiters droht der Antragstellerin ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung würde für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellen. Ein zur Zufriedenheit der Auftraggeberin durchgeführter Auftrag dieser Größenordnung würde daher eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen." "Würde der gegenständliche Vertrag mit einem anderen Bieter abgeschlossen werden, würde der Antragstellerin ein großer finanzieller und sonstiger Schaden drohen: Dieser besteht im Verlust einer Chance auf Abschluss eines Vertrages in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Darüber hinaus droht der Antragstellerin auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns. Bei Abschluss des Vertrages mit einem anderen Bieter, würde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Teilnahme- wie auch der Ausschreibungsunterlagen und die Angebotserstellung drohen. Der finanzielle

Schaden beläuft sich gesamt auf über Euro römisch 40 . Darüber hinaus waren wegen der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des AG, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, Beratungsgespräche mit den ausgewiesenen Rechtsvertretern erforderlich, sodass auch bereits ein Rechtsanwalts honorar angefallen ist. Weiters droht der Antragstellerin ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung würde für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellen. Ein zur Zufriedenheit der Auftraggeberin durchgeführter Auftrag dieser Größenordnung würde daher eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen."

Die Auftraggeberin, übermittelte am 27. März 2012 eine Stellungnahme, in welcher sie angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren abgab. Zur beantragten einstweiligen Verfügung führte sie im Wesentlichen zusammengefasst aus, dass eine durch eine behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin nicht vorliegen würde. Ein Schaden würde weder vorliegen, noch drohe ein solcher zu entstehen, zumal bisher weder eine Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden wäre, noch der Zuschlag bis dato erteilt worden sei. Nachdem nunmehr nach der Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin diese dagegen einen Nachprüfungsantrag gestellt habe, wäre eine allfällige Zuschlagsentscheidung auch an die Antragstellerin bekannt zu geben. Gegen eine solche Zuschlagsentscheidung könnte sich die Antragstellerin dann mit einem Nachprüfungsantrag, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Wehr setzen. Daher sei der Antragstellerin eine Schädigung der Interessen abzusprechen, da die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerade die Setzung von unumkehrbaren Tatsachen hintanhaltend sollte. Durch die bloße Ausscheidensentscheidung würden jedoch unter Hinweis auf die Spruchpraxis des BVA keine unumkehrbaren Tatsachen geschaffen werden.

Zudem sei unter Hinweis auf § 329 Abs. 3 BVergG und die diesbezügliche Spruchpraxis des BVA die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens nicht das gelindeste Mittel. Zudem sei unter Hinweis auf Paragraph 329, Absatz 3, BVergG und die diesbezügliche Spruchpraxis des BVA die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens nicht das gelindeste Mittel.

Soweit das Begehren der Antragstellerin darauf gerichtet sei, der Auftraggeberin zu untersagen, die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen und den Zuschlag zu erteilen, sei festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befinde. Somit drohe aber der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens ein Schaden durch die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar.

Auf der Grundlage der Stellungnahmen der Antragstellerin vom 23. März 2012 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 1a) und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 27. März 2012 (OZ 7 = OZ 8) wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung "Facility Services, GZ: 612 1/18- K-BE/08" ein Vergabeverfahren betreffend eines Dienstleistungsauftrages durch. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenwertbereich durchgeführt. Das Vergabeverfahren befindet sich derzeit nach Prüfung der im Vergabeverfahren abgegebenen "Last and Final Offer" unmittelbar vor Zuschlagsentscheidung, wobei mit Telefax vom 15. März 2012 der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Letztangebotes mitgeteilt wurde. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. Ein Zuschlag wurde im Vergabeverfahren nicht erteilt.

Die Antragstellerin hat gegen die Ausscheidensentscheidung mit Schriftsatz vom 23. März 2012, eingebracht am 23. März 2012, einen Nachprüfungsantrag, verbunden mit dem verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, eingebracht. Es wurden Pauschalgebühren von insgesamt Euro 2.627.-- entrichtet.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bisherigen Angaben der Parteien und den bisher vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens. Widersprüchlichkeiten dazu liegen nicht vor.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz

eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1.Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeber im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Oktober 2009, N/0106-BVA/05/2009-6EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fällt. Das BVergG und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des BVA, wobei dieses gemäß § 304 Abs. 1 BVergG durch den Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts zugewiesen wurde, tätig wird. Unter Berücksichtigung, dass zu diesem Vergabeverfahren beim Bundesvergabeamt bereits ein Nachprüfungsverfahren geführt wurde (N/0106-BVA/05/2009) wurde das Nachprüfungsverfahren dem Senat 5 des BVA zur Erledigung gemäß der Geschäftsverteilung des BVA zugeteilt. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Oktober 2009, N/0106-BVA/05/2009-6EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fällt. Das BVergG und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des BVA, wobei dieses gemäß Paragraph 304, Absatz eins, BVergG durch den Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts zugewiesen wurde, tätig wird. Unter Berücksichtigung, dass zu diesem Vergabeverfahren beim Bundesvergabeamt bereits ein Nachprüfungsverfahren geführt wurde (N/0106-BVA/05/2009) wurde das Nachprüfungsverfahren dem Senat 5 des BVA zur Erledigung gemäß der Geschäftsverteilung des BVA zugeteilt.

Gemäß § 306 Abs. 1 BVergG entscheidet über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der jeweilige Vorsitzende des zuständigen Senates. Gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG entscheidet über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der jeweilige Vorsitzende des zuständigen Senates.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung mittels Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Da die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin mittels Telefax am 15. März 2012 mitgeteilt wurde, ist der am 23. März 2012 eingebrachte Nachprüfungsantrag, der sich gegen diese Ausscheidensentscheidung wendet, rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung

der Entscheidung mittels Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Da die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin mittels Telefax am 15. März 2012 mitgeteilt wurde, ist der am 23. März 2012 eingebrachte Nachprüfungsantrag, der sich gegen diese Ausscheidensentscheidung wendet, rechtzeitig.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd ist im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung auch das Ausscheiden eines Angebotes gesondert anfechtbar. Gemäß § 328 Abs. 1 BVerGG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg. cit. 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 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, ist im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung auch das Ausscheiden eines Angebotes gesondert anfechtbar. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVerGG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. 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. 3 BVerGG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Sofern die Auftraggeberin sich gegen die Untersagung, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen, ausspricht, ist ihr beizupflichten. Dieses Begehrt ist als überschießend abzuweisen. Bei der Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme gemäß § 329 Abs. 3 BVerGG (vgl. dazu bspw. BVA vom 15. Februar 2012, N/0018-BVA/05/2012-EV4). Sofern die Auftraggeberin sich gegen die Untersagung, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen, ausspricht, ist ihr beizupflichten. Dieses Begehrt ist als überschießend abzuweisen. Bei der Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVerGG vergleiche dazu bspw. BVA vom 15. Februar 2012, N/0018-BVA/05/2012-EV4).

Soweit das Begehren der Antragstellerin darauf gerichtet ist, der Auftraggeberin die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie die Erteilung des Zuschlages zu untersagen, ist festzuhalten, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren noch im Stadium der Prüfung der Angebote befindet und demzufolge noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist.

Die Antragstellerin hat ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen auch damit begründet, dass drohen würde, dass der ausgeschriebene Vertrag mit einem anderen Bieter abgeschlossen werde. In diesem Fall entstünde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, durch frustrierte Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung sowie in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin übersieht dabei, dass ihr Angebot bereits ausgeschieden wurde. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin kann mittels einstweiliger Verfügung nicht rückgängig gemacht werden. Eine etwaige Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren geprüft werden.

Somit droht aber der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu BVA vom 12. Jänner 2009, N/0001-BVA/13/2009-6, BVA vom 4. Juli 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6 oder BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7). Aber auch die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erweist sich nicht als nötige Maßnahme iSd § 328 Abs. 1 BVerGG. Dies aus nachfolgenden Erwägungen: Somit droht aber der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens

jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu BVA vom 12. Jänner 2009, N/0001-BVA/13/2009-6, BVA vom 4. Juli 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6 oder BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7). Aber auch die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erweist sich nicht als nötige Maßnahme iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Die Erläuternden Bemerkungen zu § 131 Abs. 1 BVergG der BVergG-Novelle 2010, BGBl I Nr. 15/2010 weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit gemäß § 131 Abs. 1 erster Satz BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA vom 11. März 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14). Der Antragstellerin stünde danach immer noch die Möglichkeit offen, einen eV-Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung einzubringen. Eine (direkte) Zuschlagserteilung an einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter verstieße jedenfalls gegen § 132 Abs. 1 erster Satz BVergG, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf. Die Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 131, Absatz eins, BVergG der BVergG-Novelle 2010, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit gemäß Paragraph 131, Absatz eins, erster Satz BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA vom 11. März 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14). Der Antragstellerin stünde danach immer noch die Möglichkeit offen, einen eV-Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung einzubringen. Eine (direkte) Zuschlagserteilung an einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter verstieße jedenfalls gegen Paragraph 132, Absatz eins, erster Satz BVergG, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf.

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA vom 12. Jänner 2009, N/0001-BVA/13/2009-6, BVA vom 11. März 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14, BVA vom 4. Juli 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6, BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7 oder BVA vom 26. Juli 2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA vom 12. Jänner 2009, N/0001-BVA/13/2009-6, BVA vom 11. März 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14, BVA vom 4. Juli 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6, BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7 oder BVA vom 26. Juli 2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8).

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, gelindestes Mittel, Ausscheidensentscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>