

TE Verg Bescheid 2012/2/9 N/0013- BVA/05/2012-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.02.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z10

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 § 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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idF (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" der Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idF (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" der Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag vom 2. Februar 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 die Angebote zu öffnen; 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 insofern stattgegeben ,

als es der Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien, als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" und sohin auch deren vergebender Stelle, der Universität für Bodenkultur Wien, Abteilung Facility Management, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien für die Dauer des zu N/0013-BVA/05/2012 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt ist, im Vergabeverfahren einlangende Angebote zu öffnen.

Zusätzlich wird das in der Ausschreibungsunterlage (in der Fassung nach der 2. Berichtigung vom 03.02.2012) des Vergabeverfahrens auf den Seiten 7 und 16 festgesetzte "Ende der Angebotsfrist 10.02.2012, 13:00 Uhr (Einlangen)" ausgesetzt.

Ein im oben wörtlich wiedergegeben Provisorialbegehren enthaltenes darüber hinausgehendes Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF des BGBl. I Nr. 15/2010 (BVerG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz eins und 2 Ziffer eins, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG)

Begründung

Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 (elektronisch eingebracht am 2. Februar 2012 und eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 3. Februar 2012) brachte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** zum Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung, Muthgasse 11, Muthgasse 18 und Nußdorfer Lände 11, A-1190 Wien, GZ 02/H173/2011" der Universität für Bodenkultur Wien, Peter Jordan Straße 70, 1190 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) einen Nachprüfungsantrag ein. Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, in eventu die Nichtigerklärung von im Nachprüfungsverfahren aufgezeigten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen. Dazu führte die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren durchführe, wozu die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag gestellt habe und zur zweiten Stufe zugelassen worden sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt worden, dass Bieteranfragen zu den Ausschreibungsunterlagen bis spätestens 1. Februar 2012, 13.00 Uhr an die Auftraggeberin zu richten wären. Die Bieteranfragen (Damit ist offensichtlich die Übermittlung der Bieteranfragen samt deren Beantwortung an alle für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens ausgewählte Bieter gemeint.) würden spätestens vier Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist mitgeteilt werden. Das "Ende der Angebotsfrist" sei in den Ausschreibungsunterlagen mit 6. Februar 2012, 13.00 Uhr

festgelegt worden, sei jedoch mit Schreiben vom 2. Februar 2012 auf 10. Februar 2012 erstreckt worden. Die Antragstellerin habe am 25. Jänner 2012, am 27. Jänner 2012 und am 1. Februar 2012 Bieteranfragen zu den Ausschreibungsunterlagen an die Auftraggeberin gestellt. Diese wären bis zur Einbringung des Nachprüfungsantrages nicht beantwortet worden. Von der Antragstellerin wurde im verfahrenseinleitenden Schriftsatz vom 2. Februar 2012 ausdrücklich auf unbeantwortete Fragen zu den Themenbereichen "Qualitätskriterium Behebungszeit" und "Leistungsumfang des Strahlenschutzbeauftragten" hingewiesen. Die Fragelisten vom 25. Jänner 2012, vom 27. Jänner 2012 und vom 1. Februar 2012 mit ca. 150 Fragen wurden im einleitenden Schriftsatz der Antragstellerin vom 2. Februar 2012 zu dessen integrierendem Bestandteil erklärt.

Aus der Nichtbeantwortung der gestellten Bieterfragen würden sich Unklarheiten für die Auftragserbringung und die Kalkulation eines Angebotes ergeben. Es drohe der Verlust einer Chance auf Angebotsabgabe und Angebotsbewertung in einem gesetzeskonformen, insbesondere mit dem BVergG 2006 im Einklang stehenden Vergabeverfahren und auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Es drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, sowie die Frustration der Kosten des bisherigen Aufwandes im Vergabeverfahren und der Vertretungskosten bzw. ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes.

Es wurde der im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegebene Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Ergänzend wurde dazu ausgeführt, dass gegen die Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens kein besonderes Interesse der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit bestehe. Zudem habe ein Auftraggeber auch eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung zu berücksichtigen.

Zusätzlich wurden auch Anträge auf Kostenersatz der entrichteten Pauschalgebühren und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

Die Auftraggeberin, übermittelte am 7. Februar 2012 die Unterlagen des Vergabeverfahrens und eine Stellungnahme, in welchem angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben wurden. Zur beantragten einstweiligen Verfügung wurde ausgeführt, dass ein besonderes Interesse der Auftraggeberin an der Fortführung des Verfahrens im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen nicht bestehen würde. Sie sprach sich jedoch ausdrücklich gegen die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens aus, da diese nicht die gelindeste Maßnahme im Sinne des § 329 Abs. 3 BVergG sei. Es komme daher - unter Hinweis auf eine Entscheidung der Vorgängerbehörde des Bundesvergabeamtes vom 27. Mai 2002, N-17/02-7, nur die Untersagung der Zuschlagsentscheidung in Betracht. Zusätzlich werde aus advokatorischer Vorsicht der Antrag auf Zurück- in eventu auf Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Die Auftraggeberin, übermittelte am 7. Februar 2012 die Unterlagen des Vergabeverfahrens und eine Stellungnahme, in welchem angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben wurden. Zur beantragten einstweiligen Verfügung wurde ausgeführt, dass ein besonderes Interesse der Auftraggeberin an der Fortführung des Verfahrens im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen nicht bestehen würde. Sie sprach sich jedoch ausdrücklich gegen die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens aus, da diese nicht die gelindeste Maßnahme im Sinne des Paragraph 329, Absatz 3, BVergG sei. Es komme daher - unter Hinweis auf eine Entscheidung der Vorgängerbehörde des Bundesvergabeamtes vom 27. Mai 2002, N-17/02-7, nur die Untersagung der Zuschlagsentscheidung in Betracht. Zusätzlich werde aus advokatorischer Vorsicht der Antrag auf Zurück- in eventu auf Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Auf der Grundlage der Stellungnahmen der Antragstellerin vom 2. Februar 2012 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 2), ergänzt um einen berichtigenden Schriftsatz vom 3. Februar 2012 (OZ 5 = OZ 7) und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 7. Februar 2012 (OZ 9) und den dem BVA vorgelegten Originalunterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 8) wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 23. August 2011 wurde im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union unter 2011/S160-264484 die Bekanntmachung des verfahrensgegenständlichen - unter der Geschäftszahl 02/H173/2011 geführten - Vergabeverfahrens (Dienstleistungsauftrag) der Auftraggeberin veröffentlicht. Gegenstand der Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die technische Betriebsführung der BOKU-Objekte in der Muthgasse in 1190 Wien für einen Zeitraum von 36 Monaten sowie einer Verlängerungsoption um weitere 24 Monate. Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich gewählt.

Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde von der Auftraggeberin - nach Durchführung des Auswahlverfahrens in der ersten Stufe - unter Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe zur Legung eines Erstangebotes aufgefordert.

In der Ausschreibungsunterlage wurde das "Ende der Angebotsfrist" mit "10. Februar 2012, 13.00 Uhr (Einlangen)" festgesetzt (siehe Seite 7 sowie Seite 16 der Ausschreibungsunterlage in der Fassung nach der 2. Berichtigung vom 3. Februar 2012). Zusätzlich wurde auf Seite 7 bzw. auf Seite 18 der Ausschreibungsunterlage festgelegt, dass Bieteranfragen bis spätestens 1. Februar 2012, 13.00 Uhr per E-Mail oder per Fax an die Auftraggeberin zu richten wären. Darüber hinaus wird auf Seite 18 der Ausschreibungsunterlage festgehalten, dass für alle bis spätestens fünf Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangten Fragen die gegebenenfalls notwendigen Klarstellungen, allenfalls in Form einer Berichtigung der Ausschreibung, von der vergebenden Stelle allen Bietern/Bietergemeinschaften bis spätestens vier Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist mitgeteilt werden würden.

Die Antragstellerin hat am 25. und am 27. Jänner 2012 sowie am 1. Februar 2012 Bieteranfragen gestellt.

Am 2. Februar 2012 wurde der gegenständliche Nachprüfungsantrag gestellt. Damit bekämpft die Antragstellerin im Wesentlichen zusammengefasst die Ausschreibungsunterlagen, da sie die Auffassung vertritt, dass diese in verschiedenen Bereichen nicht so gestaltet wären um eine vergaberechtskonforme Kalkulation eines Angebotes und die Legung eines Angebotes sicherzustellen.

Am 3. Februar 2012 wurden von der Auftraggeberin den Bietern des Vergabeverfahrens die eingelangten Bieteranfragen samt deren Beantwortungen sowie eine 2. Berichtigung zu den Ausschreibungsunterlagen der 2. Stufe des Vergabeverfahrens übermittelt.

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro 657.-- (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich) entrichtet.

Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen.

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:

Die Universität für Bodenkultur Wien ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (BVA vom 4. April 2011, N/0023-BVA/12/2011-EV6, BVA vom 21. April 2011, N/0029- BVA/12/2011-EV6 oder BVA vom 31. Mai 2011, N/0029-BVA/12/2011- 22). Die Universität für Bodenkultur Wien ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVA vom 4. April 2011, N/0023-BVA/12/2011-EV6, BVA vom 21. April 2011, N/0029- BVA/12/2011-EV6 oder BVA vom 31. Mai 2011, N/0029-BVA/12/2011- 22).

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. 4 BVergG können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden. Gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden.

Die Antragstellerin verwendet in der Ausschreibungsunterlage den Begriff der Angebotsfrist und legt dessen Ende letztlich mit 10. Februar 2012, 13.00 Uhr, fest.

Wenn man davon ausgehen sollte, dass der in § 321 Abs. 4 BVergG verwendete Begriff der Angebotsfrist mit dem in der Ausschreibungsunterlage des gegenständlichen Vergabeverfahrens verwendeten Begriff der Angebotsfrist gleichzusetzen wäre, würde das bedeuten, dass auch diesbezüglich der Nachprüfungsantrag fristgerecht und somit

rechtzeitig eingebracht wurde. Wenn man davon ausgehen sollte, dass der in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG verwendete Begriff der Angebotsfrist mit dem in der Ausschreibungsunterlage des gegenständlichen Vergabeverfahrens verwendeten Begriff der Angebotsfrist gleichzusetzen wäre, würde das bedeuten, dass auch diesbezüglich der Nachprüfungsantrag fristgerecht und somit rechtzeitig eingebracht wurde.

Der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende geht jedoch davon aus, dass der in § 321 Abs. 4 BVergG verwendete und der auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlage verwendete Begriff der Angebotsfrist nicht deckungsgleich verwendet werden können. Würde nämlich Deckungsgleichheit bestehen, würde das bedeuten, dass nach dem Ende der Angebotsfrist zur Abgabe eines ersten Angebotes die Ausschreibungsunterlagen (allenfalls auch in einer durch geführte Verhandlungen berichtigten oder veränderten Fassung) mittels Nachprüfungsantrages nicht mehr angefochten werden könnten. Diese Intention kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden. Im Ergebnis bedeutet das, dass der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Ausschreibungsunterlagen bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Frist zur Abgabe des Letztangebotes (nach Abschluss der Verhandlungen und nach dem Aufruf zur Legung eines Letzt- und Bestangebotes durch die Auftraggeberin) angefochten werden können. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wird der Zeitpunkt, bis zu welchem die Letztangebote bei der Auftraggeberin eingelangt sein müssen von der Auftraggeberin noch festzulegen sein. Der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende geht jedoch davon aus, dass der in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG verwendete und der auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlage verwendete Begriff der Angebotsfrist nicht deckungsgleich verwendet werden können. Würde nämlich Deckungsgleichheit bestehen, würde das bedeuten, dass nach dem Ende der Angebotsfrist zur Abgabe eines ersten Angebotes die Ausschreibungsunterlagen (allenfalls auch in einer durch geführte Verhandlungen berichtigten oder veränderten Fassung) mittels Nachprüfungsantrages nicht mehr angefochten werden könnten. Diese Intention kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden. Im Ergebnis bedeutet das, dass der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Ausschreibungsunterlagen bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Frist zur Abgabe des Letztangebotes (nach Abschluss der Verhandlungen und nach dem Aufruf zur Legung eines Letzt- und Bestangebotes durch die Auftraggeberin) angefochten werden können. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wird der Zeitpunkt, bis zu welchem die Letztangebote bei der Auftraggeberin eingelangt sein müssen von der Auftraggeberin noch festzulegen sein.

Zusammenfassend kommt man aber jedenfalls zum Ergebnis, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 4 BVergG rechtzeitig ist. Zusammenfassend kommt man aber jedenfalls zum Ergebnis, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz 4, BVergG rechtzeitig ist.

Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 die Ausschreibungsunterlagen im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren angefochten. Dazu legt § 2 Z 10 BVergG fest, dass unter Ausschreibung die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in welcher er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte, zu verstehen sei. Erklärend wird bei dieser Bestimmung in einem Klammerausdruck auch auf Ausschreibungsunterlagen hingewiesen und somit festgelegt, dass unter "Ausschreibung" auch die "Ausschreibungsunterlagen" zu subsumieren sind. Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 die Ausschreibungsunterlagen im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren angefochten. Dazu legt Paragraph 2, Ziffer 10, BVergG fest, dass unter Ausschreibung die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in welcher er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte, zu verstehen sei. Erklärend wird bei dieser Bestimmung in einem Klammerausdruck auch auf Ausschreibungsunterlagen hingewiesen und somit festgelegt, dass unter "Ausschreibung" auch die "Ausschreibungsunterlagen" zu subsumieren sind.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd ist im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung auch die Ausschreibung gesondert anfechtbar. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, ist im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung auch die Ausschreibung gesondert anfechtbar.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2,

Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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 § 329 Abs 1 BVergG 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 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 Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 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 § 329 Abs 2 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 2, 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.

Der im gegenständlichen Vergabeverfahren logisch folgende nächste Schritt wäre die Legung von Erstangeboten durch die im Vergabeverfahren ausgewählten Bieter, die Öffnung dieser Angebote und in weiterer Folge die Einladung zu und die Durchführung von Verhandlungen im Verhandlungsverfahren. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren obsiegt und tatsächlich die angefochtenen Ausschreibungsunterlagen noch verändert werden müssen. Sofern weiterhin die Öffnung allenfalls einlangender Angebote in einem solchen Fall möglich wäre, würde das bedeuten, dass in weiterer Folge auch Verhandlungen mit möglichen Zuschlagsempfängern auf Basis der unverändert bleibenden Ausschreibungsunterlagen geführt werden können, bzw. dass - wenn man den Ausführungen der Antragstellerin Glauben schenkt - nicht vergaberechtskonform erstellte Erstangebote vorliegen würden. Das würde allenfalls auch bedeuten, dass die Antragstellerin selbst kein vergaberechtskonformes Erstangebot legen könnte und somit in weiterer Folge für eine Zuschlagsentscheidung auch nicht in Frage kommen würde. Darüber hinaus würden jene Bieter, mit welchen früher Verhandlungen geführt werden würden, auch daraus sich ergebende Wettbewerbsvorteile lukrieren. All das wäre vergaberechtswidrig. Das bedeutet, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren nur durch die Untersagung der Öffnung allenfalls im Vergabeverfahren einlangender Angebote im Zuge der Erlassung einer einstweiligen Verfügung das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten werden kann, dass nach Überprüfung der Vergaberechtskonformität der Ausschreibungsunterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens, dieses vergaberechtsrichtig fortgesetzt werden kann. Zusätzlich war die in der Ausschreibungsunterlage enthaltene Angebotsfrist (zur Legung eines Erstangebotes) auszusetzen. Würde diese Frist am 10. Februar 2012 um 13.00 Uhr ablaufen, würde das bedeuten, dass Erstangebote bis zum 10. Februar 2012, 13.00 Uhr bei der Auftraggeberin einlangen müssten und Angebote, die erst nach diesem Zeitpunkt einlangen würden, als verspätet eingebracht auszuscheiden wären. Sollten vor dem 10. Februar 2012, 13.00 Uhr Erstangebote eingebracht werden und sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens herausstellen, dass die Ausschreibungsunterlagen

vergaberechtswidrig sind, könnte es sein, dass dann Angebote aufgrund von nicht vergaberechtskonformen Ausschreibungsunterlagen selbst nicht vergaberechtskonform wären und mangels Vergaberechtskonformität auszuschneiden wären, was letztlich wohl zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens und dem Neustart eines weiteren Vergabeverfahrens führen würde.

Die Auftraggeberin wird allenfalls - abhängig vom Ausgang des Nachprüfungsverfahrens - nach dessen rechtsgültigem Abschluss den Bietern, die möglicherweise bis zu diesem Zeitpunkt ein Erstangebot gelegt haben, die Chance einräumen müssen, die ungeöffneten Angebote zur Angebotsergänzung bzw.- allfälligen - korrektur zurückzuerhalten und eine angemessene neue Angebotsfrist zur Legung der Erstangebote zu setzen haben.

Sofern die Auftraggeberin sich gegen die Untersagung, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen, ausspricht, ist ihr beizupflichten. Bei der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme gemäß § 329 Abs. 3 BVergG. Vor allem würde man der Auftraggeberin auch abseits des Vergabekontrollverfahrens die Möglichkeit nehmen, im Zuge des Vergabeverfahrens entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin durch eine weitere Berichtigung zusätzliche Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen, und derart zu einer Beschleunigung des Nachprüfungs- und des Vergabeverfahrens auch im Sinne der Intention der Antragstellerin beizutragen. Sofern die Auftraggeberin sich gegen die Untersagung, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen, ausspricht, ist ihr beizupflichten. Bei der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG. Vor allem würde man der Auftraggeberin auch abseits des Vergabekontrollverfahrens die Möglichkeit nehmen, im Zuge des Vergabeverfahrens entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin durch eine weitere Berichtigung zusätzliche Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen, und derart zu einer Beschleunigung des Nachprüfungs- und des Vergabeverfahrens auch im Sinne der Intention der Antragstellerin beizutragen.

Der Auftraggeberin wurde ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, sich gegen die beantragte einstweilige Verfügung auszusprechen und Gründe vorzutragen, die gegen deren Erlassung sprechen. Sie hat in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar ausgeführt, dass ihrerseits kein besonderes Interesse im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen an der Fortführung des Verfahrens bestehe. Auch der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende sieht keine Umstände, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen.

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25. Oktober 2002, B 1369/01 oder BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010- EV8, u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25. Oktober 2002, B 1369/01 oder BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010- EV8, u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Sofern die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2012 unter Zitierung einer Entscheidung der Vorgängerbehörde des Bundesvergabeamtes hinweist, dass nur die Untersagung der Zuschlagserteilung als gelindestes Mittel in Betracht komme, ist dieser Auffassung nicht zuzustimmen.

Die Entscheidung vom 27. Mai 2002, N-17/02-7, basiert auf der Rechtsgrundlage des Bundesvergabegesetzes 1997, BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 120/1999, BGBl I Nr. 125/2000 und BGBl I Nr. 136/2001. Die Rechtsgrundlage der gegenständlichen Entscheidung ist jedoch das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF des BGBl. I Nr. 15/2010. Die Entscheidung vom 27. Mai 2002, N-17/02-7, basiert auf der Rechtsgrundlage des Bundesvergabegesetzes 1997, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil

eins, Nr. 120 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 2000, und Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2001,. Die Rechtsgrundlage der gegenständlichen Entscheidung ist jedoch das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idgF des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,.

Zudem sind die Sachverhalte der beiden zugrundeliegenden Vergabeverfahren nicht miteinander vergleichbar. Während dem gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ein Verhandlungsverfahren bezüglich eines Dienstleistungsauftrages zugrunde liegt, in welchem die Ausschreibungsunterlagen angefochten werden, liegt der Entscheidung vom 27. Mai 2002, N- 17/02-7, ein Wettbewerb zugrunde, der unmittelbar vor Zuschlagserteilung stand.

Wenn die Auftraggeberin "aus advokatorischer Vorsicht" den Antrag auf Zurück- in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellt, vermag der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende in einer advokatorischen Vorsicht kein vergaberechtsrelevantes Substrat zu erkennen, das zu einer Zurück- oder Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen könnte bzw. führen müsste. Mit dem Verbot der Öffnung von im Vergabeverfahren einlangenden Angeboten ist im Sinne des Eventualbegehrens der Antragstellerin auch sichergestellt, dass vorläufig im weiteren Vergabeverfahren keine Verhandlungen geführt werden, eine Zuschlagsentscheidung nicht getroffen wird und der Zuschlag nicht erteilt wird. Somit war dem diesbezüglichen Provisorialbegehren unter Berücksichtigung der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme zu entsprechen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahmen war unter Hinweis auf § 326 BVergG mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu begrenzen. Dazu wird hingewiesen, dass mit der Zustellung der Endentscheidung in der Hauptsache an die Parteien im Nachprüfungsverfahren die einstweilige Verfügung außer Kraft tritt. Wenn die Auftraggeberin "aus advokatorischer Vorsicht" den Antrag auf Zurück- in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellt, vermag der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende in einer advokatorischen Vorsicht kein vergaberechtsrelevantes Substrat zu erkennen, das zu einer Zurück- oder Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen könnte bzw. führen müsste. Mit dem Verbot der Öffnung von im Vergabeverfahren einlangenden Angeboten ist im Sinne des Eventualbegehrens der Antragstellerin auch sichergestellt, dass vorläufig im weiteren Vergabeverfahren keine Verhandlungen geführt werden, eine Zuschlagsentscheidung nicht getroffen wird und der Zuschlag nicht erteilt wird. Somit war dem diesbezüglichen Provisorialbegehren unter Berücksichtigung der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme zu entsprechen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahmen war unter Hinweis auf Paragraph 326, BVergG mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu begrenzen. Dazu wird hingewiesen, dass mit der Zustellung der Endentscheidung in der Hauptsache an die Parteien im Nachprüfungsverfahren die einstweilige Verfügung außer Kraft tritt.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Angebotsfrist im Verhandlungsverfahren, Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2012

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