

TE Verg Bescheid 2011/12/19 N/0119-BVA/13/2011-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.12.2011

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Outsourcing von IT-Dienstleistungen", BBG GZ 3692.01371, der Auftraggeberin Österreich Werbung, Margarethenstraße 1, 1040 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestrasse 9b, 1020 Wien, vertreten durch die X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 7.12.2011 "das Bundesvergabeamt möge dem Verein Österreich Werbung, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, mittels einstweiliger Verfügung in dem - als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführten - Vergabeverfahren "Outsourcing von IT-Dienstleistungen (GZ 3692.01371)" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages an die in der Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011 als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegebene B*** untersagen" gemäß § 328 BVergG 2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Outsourcing von IT-Dienstleistungen", BBG GZ 3692.01371, der Auftraggeberin Österreich Werbung, Margarethenstraße 1, 1040 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestrasse 9b, 1020 Wien, vertreten durch die X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 7.12.2011 "das Bundesvergabeamt möge dem Verein Österreich Werbung, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, mittels einstweiliger Verfügung in dem - als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführten - Vergabeverfahren "Outsourcing von IT-Dienstleistungen (GZ 3692.01371)" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages an die in der Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011 als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegebene B*** untersagen" gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages an die in der Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011 als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegebene B*** für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 7.12.2011, beim BVA am gleichen Tag eingelangt, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der vorliegende Nachprüfungsantrag gegen die ihr am 28.11.2011 per Telefax von der BBG namens der Auftraggeberin übermittelte, mit 28.11.2011 datierte Zuschlagsentscheidung richte. Diese Festlegung sei gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG 2006 gesondert anfechtbar; und sie sei rechtswidrig. Sie habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, durch Stellung eines Teilnahmeantrags, Legung eines Angebots, Teilnahme an Verhandlungsrunden sowie Legung eines LAFO dargetan. Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der vorliegende Nachprüfungsantrag gegen die ihr am 28.11.2011 per Telefax von der BBG namens der Auftraggeberin übermittelte, mit 28.11.2011 datierte Zuschlagsentscheidung richte. Diese Festlegung sei gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 gesondert anfechtbar; und sie sei rechtswidrig. Sie habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, durch Stellung eines Teilnahmeantrags, Legung eines Angebots, Teilnahme an Verhandlungsrunden sowie Legung eines LAFO dargetan.

Aus der angefochtenen Entscheidung sowie aus den ihr übermittelten Bewertungsbögen der einzelnen Jurymitglieder gehe eindeutig hervor, dass im Rahmen der Bewertung andere als in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene Bewertungskriterien herangezogen worden seien. Besonders deutlich werde das beim Subkriterium "Qualitative Übererfüllung der benannten Service-Experten (Gewicht 10%)", wo langjährige qualifizierte Mitarbeiter, die tagtäglich mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befasst seien, geradezu vernichtend schlecht bewertet würden. Dies zB deshalb, weil ihnen Zertifizierungen fehlen sollen, obwohl gar keine Zertifizierungen gefordert worden seien. Da im Rahmen der Bewertung falsche Bewertungsparameter herangezogen worden seien, erweise sich die Bestbietermittlung als vergaberechtswidrig und falsch.

Nachdem die erste Zuschlagsentscheidung vom 28.9.2011 mit Bescheid des BVA vom 18.11.2011, N/0102-BVA/13/2011-21, für nichtig erklärt worden sei, sei nunmehr in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011 die Begründung der Jurymitglieder nicht exakt übernommen worden. So sei bei der Begründung der Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Fragezeichen der Jurymitglieder weggelassen und dadurch die Begründung teilweise in ihr Gegenteil verkehrt worden. Damit würden aber formal gesehen in der Zuschlagsentscheidung falsche Begründungen gegeben. In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung sei eine Vielzahl von Schwärzungen vorgenommen worden, die es der Antragstellerin verunmöglicht hätten, die Begründung nachzuvollziehen.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass aufgrund der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zu befürchten sei, dass die Auftraggeberin bzw die vergebende Stelle unmittelbar davor stehe, den Zuschlag nach Ablauf der Stillhaltefrist an B*** zu erteilen. Durch diese Zuschlagserteilung würde ihr eine reelle Chance auf den Zuschlag genommen; die ihr bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren sowie die Kosten des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens (insbesondere Rechtsvertretungskosten und Pauschalgebühren) wären frustriert.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 12.12.2011 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Österreich Werbung sei, welche durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert wie folgt: Einmalkosten € 100.000,--, Folgekosten € 300.000,-- p. a. und Optionen € 100.000,-- p.a. Dieser Dienstleistungsauftrag solle in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Rahmenvertrages über die Erbringung von IT-Dienstleistungen vergeben werden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei am 28.11.2011 erfolgt.

Zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Auftraggeberin aus, dass ein besonderes Interesse der Auftraggeberin im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen an der Fortführung des Verfahrens nicht bestehe. Aus advokatorischer Vorsicht werde jedoch der Antrag auf Zurückin eventu Abweisung des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Österreich Werbung hat zur Beschaffung ""Outsourcing von IT-Dienstleistungen", interne BBG GZ 3692.01371, einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Rahmenvertrages mit einem geschätzten Auftragswert wie folgt: Einmalkosten € 100.000,--, Folgekosten € 300.000,-- p.a. und Optionen € 100.000,-- p.a., ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 28.09.2011 eine (erste) Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen. Diese erste Zuschlagsentscheidung ist mit Bescheid des BVA vom 18.11.2011, N/0102-BVA/13/2011-21, für nichtig erklärt worden. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 28.11.2011 eine (zweite) Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 12.12.2011; Akt des BVA N/0102-BVA/13/2011)

1. 3.Ziffer 3

Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVerfG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVerfG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVerfG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVerfG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVerfG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVerfG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 BVerfG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der Zuschlagsentscheidung am 28.11.2011 Kenntnis erlangt (siehe auch Punkt 3.7 des Schreibens der Antragstellerin vom 7.12.2011). Der Nachprüfungsantrag ist am 7.12.2011 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVerfG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der Zuschlagsentscheidung am 28.11.2011 Kenntnis erlangt (siehe auch Punkt 3.7 des Schreibens der Antragstellerin vom 7.12.2011). Der Nachprüfungsantrag ist am 7.12.2011 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVerfG 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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. 3 BVergG 2006 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 2006 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.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, das Bundesvergabeamt "möge dem Verein Österreich Werbung, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, mittels einstweiliger Verfügung in dem - als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführten - Vergabeverfahren "Outsourcing von IT-Dienstleistungen (GZ 3692.01371)" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages an die in der Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011 als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegebene B*** untersagen".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 28.11.2011 die Vergabe an die B*** beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgebracht, dass ein besonderes Interesse der Auftraggeberin im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen an der Fortführung des Verfahrens nicht bestehe.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben.

Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at