

TE Verg Bescheid 2011/9/29 VKS-9102/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.09.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs1

WVRG 2007 §33

WVRG 2007 §35 Abs4 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitee und Z49

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs2

BVergG 2006 §49 Abs2

BVergG 2006 §54 Abs6 sowie

AVG §71

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 49 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 49 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 54 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 54 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 54 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 54 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Leistungen im Zusammenhang mit einem Patientendatenmanagementsystem (PDMS) für das Allgemeine Krankenhaus der Stadt Wien, durch die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch schwartz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Wien möge den Antrag der Antragstellerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung eines Antrages auf Nichtigerklärung sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf die "Zuschlagsentscheidung" in Form der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung, die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006 und die sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006, nämlich die Antragstellerin nicht zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, bewilligen, wird abgewiesen. Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Wien möge den Antrag der Antragstellerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung eines Antrages auf Nichtigerklärung sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf die "Zuschlagsentscheidung" in Form der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung, die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 und die sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006, nämlich die Antragstellerin nicht zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, bewilligen, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die Anträge der Vergabekontrollsenat Wien möge betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin zur Vergabe eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP mit der *** GmbH

1. a)Litera a

feststellen dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 und die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, rechtswidrig war;

1. b)Litera b

im Anschluss an die Feststellung den Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der *** GmbH über den Abschluss eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP für absolut nichtig erklären, werden zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die Anträge, der Vergabekontrollsenat Wien möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin zur Vergabe eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP mit der *** GmbH

1. a)Litera a

die gesondert anfechtbare "Zuschlagsentscheidung" der Auftraggeberin vom 4.8.2011 in Form einer freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung über die beabsichtigte Vergabe eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP für nichtig erklären;

1. b)Litera b

für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Nichtigerklärungsantrages die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für die Vergabe eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006 für nichtig erklären; für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Nichtigerklärungsantrages die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für die Vergabe eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 für nichtig erklären;

1. c)Litera c

für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Nichtigerklärungsantrages die sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006, nämlich die Antragstellerin nicht zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, für nichtig erklären, für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Nichtigerklärungsantrages die sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006, nämlich die Antragstellerin nicht zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, für nichtig erklären,

werden zurückgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung womit der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe eines auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrages für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien bei sonstiger Exekution untersagt werden möge, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen, falls der Vergabekontrollsenat Wien diesem Antrag nicht statt geben sollte, hilfsweise der Antragsgegnerin den Zuschlag über die ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen, untersagt werden möge, wird zurückgewiesen.

1. 5.Ziffer 5

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: § 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 1, 33, 35 Abs. 4 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a sublit. ee und Z 49, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 30 Abs. 2, 49 Abs. 2, 54 Abs. 6 BVergG 2006 sowie § 71 AVG. Rechtsgrundlagen: Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und

2, 13, 18, 19, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz eins, 33, 35, Absatz 4, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e und Ziffer 49, 3, Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 30, Absatz 2, 49, Absatz 2, 54, Absatz 6, BVergG 2006 sowie Paragraph 71, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund - Allgemeines Krankenhaus (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich betreffend einen auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrag für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP mit bloß einem Unternehmer, nämlich der *** GmbH. Nach Abschluss der Verhandlungen mit diesem Unternehmer hat die Antragsgegnerin am 2.8.2011 unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars eine freiwillige ex-ante Bekanntmachung an das Supplement zum Amtsblatt der EU übermittelt. Diese freiwillige ex-ante - Bekanntmachung wurde am 4.8.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU unter der Zahl 2011/S148-245981 veröffentlicht.

Mit dem am 31.8.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag bekämpft die Antragstellerin mit dem Vorbringen, aus der zitierten Bekanntmachung ergebe sich, dass die Antragsgegnerin dem Dienstleistungsauftrag bereits an *** vergeben habe, die Zuschlagserteilung. Sie begehrt daher zunächst die Feststellung, dass die Durchführung dieses Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht rechtswidrig war und im Anschluss an die Feststellung die Nichtigerklärung des Vertrages. Für den Fall, dass der angerufene Senat zum Ergebnis gelangen sollte, dass der Auftrag an *** noch nicht vergeben worden ist, stellt die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung eines Antrages auf Nichtigerklärung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Gleichzeitig stellt sie den Antrag, die Zuschlagsentscheidung in Form der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung für nichtig zu erklären, hilfsweise die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für nichtig zu erklären bzw. als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, für nichtig zu erklären. Unter Hinweis auf das voran gegangene Verfahren zu VKS - 14399/10 begründet die Antragstellerin ihre Begehren damit, dass Rechtfertigungsgründe für das von der Antragsgegnerin gewählte Verhandlungsverfahren nicht vorliegen würden. Weder seien die in der Bekanntmachung angeführten technischen Gründe noch ein behauptetes Ausschließlichkeitsrecht geeignet, die gewählte Vorgangsweise der Antragsgegnerin zu rechtfertigen. Auch habe die Antragsgegnerin gegen ihre Begründungspflicht verstoßen, da es sich bei der Beschaffung von ICIP und den damit zusammenhängenden Service- und Wartungsleistungen um einen öffentlichen Auftrag im Oberschwellenbereich handle, für den keine Ausnahme im Sinne des § 30 Abs. 2 BVergG 2006 geltend gemacht werden könne. Es habe die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen. Sollte jedoch der Wartungsvertrag noch nicht vergeben worden sein, stelle die freiwillige ex ante - Transparenzbekanntmachung eine Zuschlagsentscheidung dar, die wegen jener Rechtswidrigkeiten, die im Feststellungsantrag geltend gemacht werden, für nichtig zu erklären wäre. Mit dem am 31.8.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag bekämpft die Antragstellerin mit dem Vorbringen, aus der zitierten Bekanntmachung ergebe sich, dass die Antragsgegnerin dem Dienstleistungsauftrag bereits an *** vergeben habe, die Zuschlagserteilung. Sie begehrt daher zunächst die Feststellung, dass die Durchführung dieses Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht rechtswidrig war und im Anschluss an die Feststellung die Nichtigerklärung des Vertrages. Für den Fall, dass der angerufene Senat zum Ergebnis gelangen sollte, dass der Auftrag an *** noch nicht vergeben worden ist, stellt die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einbringung eines Antrages auf Nichtigerklärung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Gleichzeitig stellt sie den Antrag, die Zuschlagsentscheidung in Form der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung für nichtig zu erklären, hilfsweise die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für nichtig zu erklären bzw. als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, für nichtig zu erklären. Unter Hinweis auf das voran gegangene Verfahren zu VKS - 14399/10 begründet die Antragstellerin ihre Begehren damit, dass Rechtfertigungsgründe für das von der Antragsgegnerin gewählte Verhandlungsverfahren nicht vorliegen würden. Weder seien die in der

Bekanntmachung angeführten technischen Gründe noch ein behauptetes Ausschließlichkeitsrecht geeignet, die gewählte Vorgangsweise der Antragsgegnerin zu rechtfertigen. Auch habe die Antragsgegnerin gegen ihre Begründungspflicht verstoßen, da es sich bei der Beschaffung von ICIP und den damit zusammenhängenden Service- und Wartungsleistungen um einen öffentlichen Auftrag im Oberschwellenbereich handle, für den keine Ausnahme im Sinne des Paragraph 30, Absatz 2, BVergG 2006 geltend gemacht werden könne. Es habe die Auftraggeberin ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen. Sollte jedoch der Wartungsvertrag noch nicht vergeben worden sein, stelle die freiwillige ex ante - Transparenzbekanntmachung eine Zuschlagsentscheidung dar, die wegen jener Rechtswidrigkeiten, die im Feststellungsantrag geltend gemacht werden, für nichtig zu erklären wäre.

Zur Rechtzeitigkeit ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, aus mehreren Gründen "könne sie davon ausgehen, dass bereits vor der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt am 4.8.2011 der Zuschlag an *** erteilt wurde und der Auftrag bereits ausgeführt wird". Die Bekanntmachung vom 4.8.2011 sei daher als Bekanntmachung über vergebene Aufträge zu verstehen und zu behandeln. Die Bestimmung des § 35 Abs. 4 WVRG 2007 sei nicht anzuwenden, sondern § 36 Abs. 2 WVRG 2007. Danach wären Feststellungsanträge gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 binnen 30 Tagen ab dem Tag der Bekanntgabe an die europäische Kommission gemäß § 54 Abs. 6 BVergG 2006 einzubringen, wenn es sich bei der Antragstellerin nicht um eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin handelt. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung im europäischen Amtsblatt sei am 4.8.2011 erfolgt, die Frist für den Feststellungsantrag endet daher am 5.9.2011, weshalb die Antragstellung rechtzeitig erfolgt sei. Zur Rechtzeitigkeit ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, aus mehreren Gründen "könne sie davon ausgehen, dass bereits vor der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt am 4.8.2011 der Zuschlag an *** erteilt wurde und der Auftrag bereits ausgeführt wird". Die Bekanntmachung vom 4.8.2011 sei daher als Bekanntmachung über vergebene Aufträge zu verstehen und zu behandeln. Die Bestimmung des Paragraph 35, Absatz 4, WVRG 2007 sei nicht anzuwenden, sondern Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2007. Danach wären Feststellungsanträge gemäß Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 binnen 30 Tagen ab dem Tag der Bekanntgabe an die europäische Kommission gemäß Paragraph 54, Absatz 6, BVergG 2006 einzubringen, wenn es sich bei der Antragstellerin nicht um eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin handelt. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung im europäischen Amtsblatt sei am 4.8.2011 erfolgt, die Frist für den Feststellungsantrag endet daher am 5.9.2011, weshalb die Antragstellung rechtzeitig erfolgt sei.

Die Antragstellerin sei an der Erlangung der ausgeschriebenen Leistungen interessiert. Dieses Interesse ergebe sich einerseits daraus, dass die Lieferung von PDMS und deren Wartung einer ihrer wesentlichen Geschäftszweige sei und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge der Auftragsvergabe ein Schaden bereits entstanden wäre bzw. zu entstehen drohe. Dieser Schaden durch Entgang eines angemessenen Gewinns, der bisher aufgewendeten Kosten der Rechtsverfolgung sowie des Verlustes eines für sie wichtigen Referenzprojektes wird im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2006, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Für den Fall, dass der Vergabekontrollsenat zum Ergebnis kommen sollte, dass der Auftrag noch nicht vergeben worden ist, begehrt die Antragstellerin im Zusammenhang mit dem von ihr gestellten Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung zur Sicherung ihrer Rechtsposition die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Für den Fall, dass der Auftrag nicht bereits vor Bekanntmachung an die EU vom 4.8.2011 vergeben worden ist und die Antragstellerin damit die 10-tägige Anfechtungsfrist des § 35 Abs. 4 WVRG 2007 nicht eingehalten hat, begehrt sie ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Sie begründet diesen Antrag damit, dass die Auftraggeberin vor der Einleitung des Vergabeverfahrens keine Bekanntmachung veröffentlicht oder sonst die Publizität dieses Verfahrens hergestellt habe. Insbesondere sei die Antragstellerin nicht zu einer Beteiligung an diesem Verfahren eingeladen worden. Darüber hinaus habe sich die Antragsgegnerin zur nachträglichen Bekanntmachung der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eines Formulars bedient, welches zwar den Titel "freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung" trage, jedoch gleichzeitig zwingend die Angaben zum Wirtschaftsteilhaber fordere, an welchen der Auftrag vergeben worden ist. Die Wortformulierung "ex-ante" sei nicht geläufig und "erlaube einem nicht fachkundigen Leserkreis - welcher ebenfalls Adressat einer Transparenzbekanntmachung im EU-Amtsblatt sei - keinen Rückschluss auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung in einem Vergabeverfahren (zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung bzw. nach Zuschlagserteilung)". Die

Antragstellerin habe daher berechtigt von der verkürzten 30-tägigen Anfechtungsfrist ab Bekanntgabe eines vergebenen Auftrages ausgehen können. Darüber hinaus würden sich die beiden Standardformulare "freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung" und "Bekanntmachung über vergebene Aufträge" lediglich durch ihre Überschriften unterscheiden und würden im Übrigen keinen Rückschluss darauf zulassen, ob einerseits die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll oder andererseits ein Auftrag der in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben wurde, bekannt gegeben wird. "Die Antragstellerin trifft am Versäumnis einer allein durch die fachbegriffliche Überschrift des ex-ante Transparenzbekanntmachungsformulars ausgelöste verkürzte Frist keine Schuld. Die unterlassene Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung, die unterlassene Einladung und die unmissverständliche Formulierung im Bekanntmachungstext (Name und Anschrift des Wirtschaftsteilnehmers an den der Auftrag vergeben wurde) sind daher als unvorhergesehenes bzw. unabwendbares Ereignis zu sehen". Der Antrag auf Wiedereinsetzung werde binnen der zweiwöchigen Frist ab Wegfall des Hindernisses, nämlich "ab Kenntnis der Bedeutung des verwendeten Formulars und nach Aufklärung durch den Rechtsvertreter" gestellt. Unter einem hat die Antragstellerin die versäumte Prozesshandlung mit Einbringung eines Nichtigerklärungsantrages sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nachgeholt. Für den Fall, dass der Auftrag nicht bereits vor Bekanntmachung an die EU vom 4.8.2011 vergeben worden ist und die Antragstellerin damit die 10-tägige Anfechtungsfrist des Paragraph 35, Absatz 4, WVRG 2007 nicht eingehalten hat, begehrt sie ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Sie begründet diesen Antrag damit, dass die Auftraggeberin vor der Einleitung des Vergabeverfahrens keine Bekanntmachung veröffentlicht oder sonst die Publizität dieses Verfahrens hergestellt habe. Insbesondere sei die Antragstellerin nicht zu einer Beteiligung an diesem Verfahren eingeladen worden. Darüber hinaus habe sich die Antragsgegnerin zur nachträglichen Bekanntmachung der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eines Formulars bedient, welches zwar den Titel "freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung" trage, jedoch gleichzeitig zwingend die Angaben zum Wirtschaftsteilhaber fordert, an welchen der Auftrag vergeben worden ist. Die Wortformulierung "ex-ante" sei nicht geläufig und "erlaube einem nicht fachkundigen Leserkreis - welcher ebenfalls Adressat einer Transparenzbekanntmachung im EU-Amtsblatt sei - keinen Rückschluss auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung in einem Vergabeverfahren (zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung bzw. nach Zuschlagserteilung)". Die Antragstellerin habe daher berechtigt von der verkürzten 30-tägigen Anfechtungsfrist ab Bekanntgabe eines vergebenen Auftrages ausgehen können. Darüber hinaus würden sich die beiden Standardformulare "freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung" und "Bekanntmachung über vergebene Aufträge" lediglich durch ihre Überschriften unterscheiden und würden im Übrigen keinen Rückschluss darauf zulassen, ob einerseits die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll oder andererseits ein Auftrag der in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben wurde, bekannt gegeben wird. "Die Antragstellerin trifft am Versäumnis einer allein durch die fachbegriffliche Überschrift des ex-ante Transparenzbekanntmachungsformulars ausgelöste verkürzte Frist keine Schuld. Die unterlassene Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung, die unterlassene Einladung und die unmissverständliche Formulierung im Bekanntmachungstext (Name und Anschrift des Wirtschaftsteilnehmers an den der Auftrag vergeben wurde) sind daher als unvorhergesehenes bzw. unabwendbares Ereignis zu sehen". Der Antrag auf Wiedereinsetzung werde binnen der zweiwöchigen Frist ab Wegfall des Hindernisses, nämlich "ab Kenntnis der Bedeutung des verwendeten Formulars und nach Aufklärung durch den Rechtsvertreter" gestellt. Unter einem hat die Antragstellerin die versäumte Prozesshandlung mit Einbringung eines Nichtigerklärungsantrages sowie eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nachgeholt.

Eine Verständigung der Antragsgegnerin sei erfolgt, die erforderlichen Pauschalgebühren seien entrichtet worden.

In ihrer Stellungnahme vom 7.9.2011 hat die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht, es treffe zu, dass sie nach Beendigung des Verfahrens VKS - 14399/10 ihr Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit bloß einem Bieter fortgesetzt habe. Unter Beachtung der Vorgaben im Bescheid des Vergabekontrollsenates habe die Antragsgegnerin sodann, nach Einholung eines Rechtsgutachtens, am 2.8.2011 unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars eine freiwillige ex ante - Bekanntmachung an das Supplement zum Amtsblatt der EU versendet. Ein Zuschlag sei bisher nicht erfolgt, und werde auch vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens nicht vorgenommen. Am 4.8.2011 sei die freiwillige ex ante - Bekanntmachung im Amtsblatt der EU erfolgt. Unter Hinweis darauf, dass der Nachprüfungsantrag erst am 31.8.2011 eingelangt ist, führt die Antragsgegnerin zunächst aus, dass die Anfechtung der ex ante bekannt gemachten Zuschlagsentscheidung verfristet ist. Die Frist beginne "mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung" zu laufen, weshalb auf den 4.8.2011

abzustellen sei. Der Feststellungsantrag sei daher unzulässig.

Dem Wiedereinsetzungsantrag der Antragstellerin (soweit er nicht überhaupt verspätet sei) sei mangels Vorliegens eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses nicht statt zu geben. Damit wäre sowohl der Nichtigkeitsantrag als auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als verspätet und unzulässig zurückzuweisen.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsätzen vom 15.9. und 19.9.2011 repliziert und weiterhin die Ansicht vertreten, dass der Auftrag von der Antragsgegnerin an *** bereits längst erteilt worden sei und sich dieser in seiner Abwicklungsphase befinde. Bei der EU-weiten Bekanntmachung handle es sich damit um eine ex post - Bekanntmachung im Sinne des § 54 Abs. 2 BVergG 2006, weshalb die 30 Tage Frist zu Erstellung der Feststellungsbegehren eingehalten worden sei. Zur Stützung ihres Feststellungsbegehrens bringt die Antragstellerin weiterhin vor (Schriftsatz vom 19.9.2011), dass die von der Antragsgegnerin behaupteten Gründe für das von ihr gewählte Vergabeverfahren nicht vorlägen. Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsätzen vom 15.9. und 19.9.2011 repliziert und weiterhin die Ansicht vertreten, dass der Auftrag von der Antragsgegnerin an *** bereits längst erteilt worden sei und sich dieser in seiner Abwicklungsphase befinde. Bei der EU-weiten Bekanntmachung handle es sich damit um eine ex post - Bekanntmachung im Sinne des Paragraph 54, Absatz 2, BVergG 2006, weshalb die 30 Tage Frist zu Erstellung der Feststellungsbegehren eingehalten worden sei. Zur Stützung ihres Feststellungsbegehrens bringt die Antragstellerin weiterhin vor (Schriftsatz vom 19.9.2011), dass die von der Antragsgegnerin behaupteten Gründe für das von ihr gewählte Vergabeverfahren nicht vorlägen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Auftraggeberin, Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmer zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich betreffend einen auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrag für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP durch. Dazu hat die Antragsgegnerin über die Modalitäten dieses Beschaffungsvorganges mit ihrem bisherigen Vertragspartner *** Verhandlungen geführt. Bei der Auftraggeberin, Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmer zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich betreffend einen auf drei Jahre befristeten Wartungsvertrag für das bestehende Care View - PDMS samt major release upgrade auf das Nachfolgesystem ICIP durch. Dazu hat die Antragsgegnerin über die Modalitäten dieses Beschaffungsvorganges mit ihrem bisherigen Vertragspartner *** Verhandlungen geführt.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragstellerin bereits am 28.12.2010 bezüglich dieses Beschaffungsvorganges einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung die Vergabe eines PDMS inklusive Service- und Wartungsleistungen durchzuführen gestellt hat. Diesem zu VKS - 14399/10 protokollierten Antrag wurde mit Bescheid vom 15.2.2011 Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung für nichtig erklärt. Maßgeblich für diese Entscheidung war, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hatte die Voraussetzungen des von ihr gewählten Vergabeverfahrens entsprechend zu prüfen und in den Vergabeakten entsprechend nachvollziehbar zu begründen. Dem zu Folge hat der Senat das vorangegangene Verfahren als grob mangelhaft befunden und die angefochtene Entscheidung aufgehoben. Im Übrigen kann auf die Begründung des beiden Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Im fortgesetzten Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin eine entsprechende Prüfung der Voraussetzungen für das von ihr gewählte Verhandlungsverfahren vorgenommen und detailliert dokumentiert. Nach Einholung eines Rechtsgutachtens hat sich die Antragsgegnerin entschlossen, den Zuschlag ihrem Verhandlungspartner nicht sofort zu erteilen, sondern die beabsichtigte Zuschlagserteilung gemäß § 49 Abs. 2 BVergG 2006 europaweit bekannt zu

machen. Dazu hat sie am 2.8.2011 unter Verwendung des EU-Standardformulars Nr. 15 ihre Zuschlagsentscheidung an das Amtsblatt der EU abgesendet. Dieses Formblatt ist mit "freiwillige ex ante - Transparenzbekanntmachung" überschrieben und wurde am 4.8.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht. In der Veröffentlichung werden Namen und Anschriften der Auftraggeberin, der Auftragsgegenstand, die Verfahrensart, Name und Anschrift der Zuschlagsempfängerin und der endgültige Gesamtauftragswert genannt. Im Abschnitt V: Auftragsvergabe, in dem Name und Anschrift des Wirtschaftsteilnehmers angeführt sind, an den der Auftrag "vergeben wurde" fehlt in der Bekanntmachung in der Zeile "Tag der Auftragsvergabe" ein Datum. Im fortgesetzten Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin eine entsprechende Prüfung der Voraussetzungen für das von ihr gewählte Verhandlungsverfahren vorgenommen und detailliert dokumentiert. Nach Einholung eines Rechtsgutachtens hat sich die Antragsgegnerin entschlossen, den Zuschlag ihrem Verhandlungspartner nicht sofort zu erteilen, sondern die beabsichtigte Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 49, Absatz 2, BVergG 2006 europaweit bekannt zu machen. Dazu hat sie am 2.8.2011 unter Verwendung des EU-Standardformulars Nr. 15 ihre Zuschlagsentscheidung an das Amtsblatt der EU abgesendet. Dieses Formblatt ist mit "freiwillige ex ante - Transparenzbekanntmachung" überschrieben und wurde am 4.8.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht. In der Veröffentlichung werden Namen und Anschriften der Auftraggeberin, der Auftragsgegenstand, die Verfahrensart, Name und Anschrift der Zuschlagsempfängerin und der endgültige Gesamtauftragswert genannt. Im Abschnitt V: Auftragsvergabe, in dem Name und Anschrift des Wirtschaftsteilnehmers angeführt sind, an den der Auftrag "vergeben wurde" fehlt in der Bekanntmachung in der Zeile "Tag der Auftragsvergabe" ein Datum.

Ab 4.8.2011 stand die öffentlich erfolgte ex ante - Bekanntmachung zur allgemeinen Einsicht zur Verfügung.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten steht fest, dass der Auftrag bisher nicht vergeben worden ist, wozu die Antragsgegnerin erklärt hat, auch nicht zu beabsichtigen den Auftrag vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu vergeben.

Obwohl im Antrag auf Wiedereinsetzung nicht ausdrücklich angeführt wird, wann die Antragstellerin Kenntnis von dieser EU-weiten Bekanntmachung erlangt hat, kann angenommen werden dass dies um den 17.8.2011 erfolgte. Die Antragstellerin beruft sich nämlich zum Beweis für ihr Vorbringen zum Wiedereinsetzungsantrag auf ein E-Mail ihres Geschäftsführers vom 17.8.2011 an ihre Rechtsvertretung, das folgenden Wortlaut hat:

"In der Anlage eine Veröffentlichung des AKH über die freie Vergabe eines Serviceauftrages an ***. Ich denke damit haben Sie sich wieder ein Stück Luft verschafft. Im Moment denke ich noch über die Sache nach und werde mich nach meinem Urlaub in der nächsten Woche bei Ihnen melden. Grüße von der Ostsee....".

Der Nachprüfungsantrag ist am 31.8.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates Wien eingelangt.

Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vornehmlich aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten. Danach ist als eindeutig erwiesen anzusehen, dass - entgegen der Behauptung der Antragstellerin - der Beschaffungsvorgang noch nicht abgeschlossen ist, insbesondere dass der Dienstleistungsvertrag bisher nicht vergeben worden ist. Eindeutig ist aus den Vergabeakten auch - entsprechend dem Vorbringen der Antragsgegnerin - als erwiesen anzunehmen, dass sie mit der mit dem Standardformular 15 erfolgten Bekanntmachung eine "freiwillige ex ante - Transparenzbekanntmachung" über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung vorgenommen hat, die ab 4.8.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht worden ist. Ab diesem Zeitpunkt ist der Inhalt der Bekanntmachung allgemein zugänglich gewesen. Wenn auch im Vorbringen der Antragstellerin, insbesondere im Abschnitt über den von ihr gestellten Wiedereinsetzungsantrag, das Datum, ab wann sie von dieser Bekanntmachung Kenntnis erlangt haben soll, nicht ausdrücklich angeführt wird, ist aus der als Beilage 4 zum einleitenden Schriftsatz angeschlossenen Kopie des E-Mail Verkehrs abzuleiten, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin spätestens am 17.8.2011 Kenntnis erlangt und seine Rechtsvertretung verständigt hat.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie beabsichtigt die partielle Erneuerung des seit 1992 bei ihr bestehenden PDMS, wobei eine Umstellung auf das Nachfolgesystem ICIP durch den bisherigen Vertragspartner *** in Form eines major release

upgrade, stationsweise über zwei bis drei Jahre, geplant ist. In der Zwischenzeit abgebaute Hardware soll als Reperaturreserve für das bisher bestehende System verwendet werden und die Patientendaten sollen bei laufendem Betrieb übernommen werden. Bei diesem Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem einzigen Unternehmer erfolgen soll. Das Vergabeverfahren ist durch Zuschlagserteilung bisher noch nicht abgeschlossen, weshalb der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig ist. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie beabsichtigt die partielle Erneuerung des seit 1992 bei ihr bestehenden PDMS, wobei eine Umstellung auf das Nachfolgesystem ICIP durch den bisherigen Vertragspartner *** in Form eines major release upgrade, stationsweise über zwei bis drei Jahre, geplant ist. In der Zwischenzeit abgebaute Hardware soll als Reperaturreserve für das bisher bestehende System verwendet werden und die Patientendaten sollen bei laufendem Betrieb übernommen werden. Bei diesem Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem einzigen Unternehmer erfolgen soll. Das Vergabeverfahren ist durch Zuschlagserteilung bisher noch nicht abgeschlossen, weshalb der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig ist.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der eine Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträge wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten des Beschaffungsvorganges der Antragsgegnerin sowohl in ihrem Feststellungsantrag als auch in ihrem Nichtigerklärungsantrag ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Soweit es ihren Antrag auf Nichtigerklärung betrifft, richtet sich dieser auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der eine Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträge wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten des Beschaffungsvorganges der Antragsgegnerin sowohl in ihrem Feststellungsantrag als auch in ihrem Nichtigerklärungsantrag ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Soweit es ihren Antrag auf Nichtigerklärung betrifft, richtet sich dieser auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007.

Sowohl das Feststellungsbegehren als auch der Antrag auf Nichtigerklärung und der damit verbundene Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind nicht berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass eine Zuschlagserteilung bisher nicht erfolgt ist. Die Antragsgegnerin hat nach der Aufhebungsentscheidung des Senates vom 15.2.2011 ihr Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter im Sinne des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 fortgesetzt. Nach Vorliegen eines entsprechenden Verhandlungsergebnisses hat die Antragsgegnerin - nach Einholung eines Rechtsgutachtens - sich entschlossen, eine freiwillige, EU-weite "ex ante - Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung" nach § 49 Abs. 2 BVergG 2006 vorzunehmen. Diese ex ante - Bekanntmachung ist am 4.8.2011 im Amtsblatt der EU erschienen und war damit ab diesem Zeitpunkt frei verfügbar. Für die Bekanntmachung hatte sich die Antragsgegnerin des Standardformulars 15 zu bedienen, dem Auftraggeber, zukünftiger Auftragnehmer, Auftragswert u.s.w. zu entnehmen ist. Auszugehen ist davon, dass eine Zuschlagserteilung bisher nicht erfolgt ist. Die Antragsgegnerin hat nach der Aufhebungsentscheidung des Senates vom 15.2.2011 ihr Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter im Sinne

des Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 fortgesetzt. Nach Vorliegen eines entsprechenden Verhandlungsergebnisses hat die Antragsgegnerin - nach Einholung eines Rechtsgutachtens - sich entschlossen, eine freiwillige, EU-weite "ex ante - Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung" nach Paragraph 49, Absatz 2, BVergG 2006 vorzunehmen. Diese ex ante - Bekanntmachung ist am 4.8.2011 im Amtsblatt der EU erschienen und war damit ab diesem Zeitpunkt frei verfügbar. Für die Bekanntmachung hatte sich die Antragsgegnerin des Standardformulars 15 zu bedienen, dem Auftraggeber, zukünftiger Auftragnehmer, Auftragswert u.s.w. zu entnehmen ist.

Nach § 49 Abs. 2 BVergG 2006 kann ein Auftraggeber dann, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde, der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekannt geben, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Damit handelt es sich um eine Zuschlagsentscheidung im Sinne des § 2 Z 49 BVergG 2006, die ein gesondert anfechtbar Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a BVergG 2006 darstellt. Die Bedeutung einer freiwilligen ex ante Bekanntmachung liegt darin, dass die kundgemachte Zuschlagsentscheidung innerhalb der 10 Tagesfrist des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 angefochten werden muss. Die Anfechtungsfrist beginnt "mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung". Die erstmalige Verfügbarkeit der Bekanntmachung war mit 4.8.2011 gegeben, weshalb die 10-tägige Stillhalte- aber auch Anfechtungsfrist unter Berücksichtigung von Sonn- und Feiertagen spätestens am 16.8.2011, 24 Uhr abgelaufen ist. Der Nachprüfungsantrag ist am 31.8.2011 eingelangt. Nach Paragraph 49, Absatz 2, BVergG 2006 kann ein Auftraggeber dann, wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde, der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekannt geben, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Damit handelt es sich um eine Zuschlagsentscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG 2006, die ein gesondert anfechtbar Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 darstellt. Die Bedeutung einer freiwilligen ex ante Bekanntmachung liegt darin, dass die kundgemachte Zuschlagsentscheidung innerhalb der 10 Tagesfrist des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 angefochten werden muss. Die Anfechtungsfrist beginnt "mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung". Die erstmalige Verfügbarkeit der Bekanntmachung war mit 4.8.2011 gegeben, weshalb die 10-tägige Stillhalte- aber auch Anfechtungsfrist unter Berücksichtigung von Sonn- und Feiertagen spätestens am 16.8.2011, 24 Uhr abgelaufen ist. Der Nachprüfungsantrag ist am 31.8.2011 eingelangt.

Dass bei diesem Sachverhalt der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die vorliegenden ex ante Bekanntmachung einer Zuschlagsentscheidung verspätet gestellt wurde, hat die Antragstellerin offenbar erkannt und deshalb einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Anfechtungsfrist gestellt. Vorweg war daher über den Wiedereinsetzungsantrag zu entscheiden.

Nach § 71 Abs. 1 AVG ist eine Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft. Unabhängig davon, dass die Antragstellerin in der Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrages selbst nicht ausdrücklich anführt, wann sie Kenntnis von der ex ante - Bekanntmachung erlangt hat (aus der angeschlossenen Beilage 4 ist anzunehmen, dass dies spätestens am 17.8.2011 erfolgte), führt sie nicht aus, worin das für sie "unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignis" liegen soll. Im Wesentlichen begründet sie die Versäumung der Anfechtungsfrist, gemeint offenbar die verspätete Verständigung ihrer Rechtsvertretung, im Wesentlichen mit Rechtsunkenntnis, insbesondere mit der Unkenntnis der Bedeutung der Wortfolge "ex ante". Zurecht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass der Begriff "ex ante" im Bereich des Vergaberechtes zumindest ab der "neuen" Rechtsmittel - RL 2007/66/EG hinreichend bekannt ist und seine Bedeutung auch den einschlägigen Auftragnehmerkreisen, die sich an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen, bekannt sein sollte. Unabhängig davon stellt nach ständiger Rechtsprechung des VwGH eine mangelnde Rechtskenntnis oder ein Rechtsirrtum grundsätzlich keinen Wiedereinsetzungsgrund dar. Rechtsunkenntnis kann daher weder als unvorhergesehenes noch als unabwendbares Ereignis angesehen werden, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen könnte (vgl. Hengstschläger - Leeb, AVG, RZ 35f zu § 71 und die dort zahlreich zitierte Judikatur). Weiters ist gegenständlich zu berücksichtigen, dass es auch an der weiteren Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung fehlt, wonach die Partei kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens an der Versäumung der Frist trifft. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der Antragstellerin insbesondere im Hinblick auf das vorangegangene Verfahren zu VKS - 14399/10 hinreichend die Absicht der

Antragsgegnerin bekannt sein musste, den gegenständlichen Beschaffungsvorgang im Rahmen des von ihr gewählten Verfahrens durchzuführen. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Antragstellerin durch entsprechende Beobachtung der europaweiten Publikationsmedien den weiteren Fortgang des Verfahrens kontrolliert hätte. Nach der Darstellung der Antragstellerin kann lediglich davon ausgegangen werden, dass sie die am 4.8.2011 erfolgte Bekanntmachung erst am 17.8.2011 zur Kenntnis erlangt hat. Warum und aus welchen Gründen sie gehindert war, von dieser Bekanntmachung zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis zu erlangen, wird im einleitenden Schriftsatz nicht ausgeführt. Dass die Antragsgegnerin das Verhandlungsverfahren nicht bekannt gemacht hat und die Antragstellerin nicht zur Teilnahme aufgefordert hat, liegt in der Natur des von ihr gewählten Vergabeverfahrens. Nach Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist eine Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft. Unabhängig davon, dass die Antragstellerin in der Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrages selbst nicht ausdrücklich anführt, wann sie Kenntnis von der ex ante - Bekanntmachung erlangt hat (aus der angeschlossenen Beilage 4 ist anzunehmen, dass dies spätestens am 17.8.2011 erfolgte), führt sie nicht aus, worin das für sie "unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignis" liegen soll. Im Wesentlichen begründet sie die Versäumung der Anfechtungsfrist, gemeint offenbar die verspätete Verständigung ihrer Rechtsvertretung, im Wesentlichen mit Rechtsunkenntnis, insbesondere mit der Unkenntnis der Bedeutung der Wortfolge "ex ante". Zurecht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass der Begriff "ex ante" im Bereich des Vergaberechtes zumindest ab der "neuen" Rechtsmittel - RL 2007/66/EG hinreichend bekannt ist und seine Bedeutung auch den einschlägigen Auftragnehmern, die sich an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen, bekannt sein sollte. Unabhängig davon stellt nach ständiger Rechtsprechung des VfGH eine mangelnde Rechtskenntnis oder ein Rechtsirrtum grundsätzlich keinen Wiedereinsetzungsgrund dar. Rechtsunkenntnis kann daher weder als unvorhergesehenes noch als unabwendbares Ereignis angesehen werden, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen könnte (vergleiche Hengstschläger - Leeb, AVG, RZ 35f zu Paragraph 71 und die dort zahlreich zitierte Judikatur). Weiters ist gegenständlich zu berücksichtigen, dass es auch an der weiteren Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung fehlt, wonach die Partei kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens an der Versäumung der Frist trifft. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass der Antragstellerin insbesondere im Hinblick auf das vorangegangene Verfahren zu VKS - 14399/10 hinreichend die Absicht der Antragsgegnerin bekannt sein musste, den gegenständlichen Beschaffungsvorgang im Rahmen des von ihr gewählten Verfahrens durchzuführen. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Antragstellerin durch entsprechende Beobachtung der europaweiten Publikationsmedien den weiteren Fortgang des Verfahrens kontrolliert hätte. Nach der Darstellung der Antragstellerin kann lediglich davon ausgegangen werden, dass sie die am 4.8.2011 erfolgte Bekanntmachung erst am 17.8.2011 zur Kenntnis erlangt hat. Warum und aus welchen Gründen sie gehindert war, von dieser Bekanntmachung zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis zu erlangen, wird im einleitenden Schriftsatz nicht ausgeführt. Dass die Antragsgegnerin das Verhandlungsverfahren nicht bekannt gemacht hat und die Antragstellerin nicht zur Teilnahme aufgefordert hat, liegt in der Natur des von ihr gewählten Vergabeverfahrens.

Vorliegend hätte daher die Antragstellerin ab Veröffentlichung der freiwilligen EUweiten ex ante - Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung ab 4.8.2011 von der Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangen können. Ab diesem Zeitpunkt hat die 10-tägige Anfechtungsfrist des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 zu laufen begonnen, weshalb der am 31.8.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag verspätet ist. Vorliegend hätte daher die Antragstellerin ab Veröffentlichung der freiwilligen EUweiten ex ante - Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung ab 4.8.2011 von der Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangen können. Ab diesem Zeitpunkt hat die 10-tägige Anfechtungsfrist des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 zu laufen begonnen, weshalb der am 31.8.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag verspätet ist.

Da somit Voraussetzungen, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen könnten, nicht vorliegen, war der Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet abzuweisen (Spruch Pkt. 1).

Da eine Zuschlagserteilung bisher nicht erfolgt ist, geht der nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 gestellte Feststellungsantrag ins Leere. Dazu kommt, dass im Hinblick auf die erfolgte freiwillige ex ante - Bekanntmachung nach § 35 Abs. 4 WVRG 2007 ein derartiger Feststellungsantrag dann unzulässig ist, wenn der Auftraggeber eine ex ante Bekanntmachung "bekannt gemacht hat und der Zuschlag nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 10 Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist". Da der Zuschlag bisher nicht erteilt worden ist,

war das Feststellungsbegehren als unzulässig zurückzuweisen (Spruch Pkt. 2) Da eine Zuschlagserteilung bisher nicht erfolgt ist, geht der nach Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 gestellte Feststellungsantrag ins Leere. Dazu kommt, dass im Hinblick auf die erfolgte freiwillige ex ante - Bekanntmachung nach Paragraph 35, Absatz 4, WVRG 2007 ein derartiger Feststellungsantrag dann unzulässig ist, wenn der Auftraggeber eine ex ante Bekanntmachung "bekannt gemacht hat und der Zuschlag nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 10 Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist". Da der Zuschlag bisher nicht erteilt worden ist, war das Feststellungsbegehren als unzulässig zurückzuweisen (Spruch Pkt. 2)

Im Hinblick darauf, dass dem Wiedereinsetzungsantrag nicht statt zu geben war, ist sowohl der Antrag auf Nichtigerklärung als auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verspätet. Nach § 24 Abs. 1 WVRG 2007 ist ein Antrag auf Nichtigerklärung auch einer ex ante bekannt gemachten Zuschlagsentscheidung binnen 10 Tagen, gerechnet von der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung, einzubringen. Da die ex ante Bekanntmachung unstrittig am 4.8.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt gemacht wurde, hat die 10-tägige Anfechtungsfrist unter Berücksichtigung von Sonn- und Feiertagen spätestens am 16.8.2011, 24 Uhr, geendet. Somit erweist sich der am 31.8.2011 eingebrachte Nichtigerklärungsantrag als verspätet, weshalb er gemäß § 23 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 als unzulässig zurück zu weisen war. Damit ist auch die Grundlage für die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung weggefallen, weshalb auch dieser Antrag zurück zu weisen war (Spruch Pkt. 3 und 4). Im Hinblick darauf, dass dem Wiedereinsetzungsantrag nicht statt zu geben war, ist sowohl der Antrag auf Nichtigerklärung als auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verspätet. Nach Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 ist ein Antrag auf Nichtigerklärung auch einer ex ante bekannt gemachten Zuschlagsentscheidung binnen 10 Tagen, gerechnet von der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung, einzubringen. Da die ex ante Bekanntmachung unstrittig am 4.8.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt gemacht wurde, hat die 10-tägige Anfechtungsfrist unter Berücksichtigung von Sonn- und Feiertagen spätestens am 16.8.2011, 24 Uhr, geendet. Somit erweist sich der am 31.8.2011 eingebrachte Nichtigerklärungsantrag als verspätet, weshalb er gemäß Paragraph 23, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 als unzulässig zurück zu weisen war. Damit ist auch die Grundlage für die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung weggefallen, weshalb auch dieser Antrag zurück zu weisen war (Spruch Pkt. 3 und 4).

Die Kostenentscheidung begründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung begründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Schlagworte

Antrag auf Nichtigerklärung verspätet; Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages; Mangelnde Rechtskenntnis oder Rechtsirrtum kein Wiedereinsetzungsgrund; Ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2012

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