

TE Verg Bescheid 2011/8/16 N/0079-BVA/05/2011-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.08.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §43 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

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

AVG 1991 §32

AVG 1991 §33

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 § 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

- [illegible]

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" der Auftraggeber Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper GmbH, Theaterservice GmbH, alle pA A-1010 Wien, Goethegasse 1 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idgF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" der Auftraggeber Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper GmbH, Theaterservice GmbH, alle pA A-1010 Wien, Goethegasse 1 wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antragsbegehren vom 9. August 2011 der A***, vertreten durch

X*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

„Das BVA möge

1. 1. Ziffer eins
den Auftraggebern mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, das Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" fortzusetzen;
2. 2. Ziffer 2
in eventu den Auftraggebern mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, im Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" die sieben besten Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen;
3. 3. Ziffer 3
in eventu den Auftraggebern mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, im Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" den Zuschlag zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als den Auftraggebern Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper GmbH, Theaterservice GmbH, alle pA A-1010 Wien, Goethegasse 1 im Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" für die Dauer des zu N/0079-BVA/05/2011 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die sieben besten Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen.

Das sich darüber hinausgehende Antragsbegehren wird abgewiesen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 9. August 2011 (elektronisch an das Bundesvergabeamt am 9. August 2011 übermittelt und eingelangt im Bundesvergabeamt am 10. August 2011 zu Beginn der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes) beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, die Nichtigerklärung der ihr am 2. August

2011 im Vergabeverfahren "Prüfung des Jahresabschlusses der Bundestheatergesellschaften" der Bundestheater-Holding GmbH, Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper GmbH, Theaterservice GmbH, alle pA A-1010 Wien, Goethegasse 1 (im Weiteren: Auftraggeber) bekanntgegebene Nichtzulassung zur Teilnahme. Ergänzt wurde dieser Antrag um einen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben wurde und auf Ersatz der im Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren. Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt wären. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei unbedingt erforderlich, da dem Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme keine aufschiebende Wirkung zukomme. Die Antragstellerin sei zur Angebotsabgabe einzuladen. Es sei aufgrund der nunmehr angefochtenen Auftraggeberentscheidung jedoch davon auszugehen, dass die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werde und dass der Zuschlag an einen der sieben besten Bewerber erteilt werde. Der Antragstellerin wäre damit eine reelle Chance auf den Zuschlag genommen. Die bisher im Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen und die Kosten der Rechtsvertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wären frustriert. Die Auftraggeber, vertreten durch Y***, übermittelten am 12. August 2011 eine Stellungnahme, in welchem angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben wurden. Die Auftraggeber sprechen sich darin nicht grundsätzlich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin sei die beantragte Maßnahme der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens jedoch nicht zwingend erforderlich. Diesfalls wären die Auftraggeber auch gehindert, Entscheidungen zu treffen, die die Sphäre der Antragstellerin nicht nachteilig berühren würden. Selbst die Antragstellerin würde offensichtlich durch die Stellung von Eventualanträgen nicht daran glauben, dass es sich bei der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme handeln würde. Die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens sei als überschießend abzulehnen. Den Interessen der Antragstellerin wäre - wie von ihr im ersten Eventualantrag auch beantragt - durch die Untersagung der Einladung der sieben besten Bewerber zur Angebotsabgabe hinreichend Rechnung getragen. Auf der Grundlage des einleitenden Schriftsatzes der Antragstellerin vom 9. August 2011 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 5) und der Stellungnahme der Auftraggeber vom 12. August 2011 (OZ 6) wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 16. Juni 2011 haben die Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Leistungsgegenstand ist die Prüfung des Jahresabschlusses sowie des Konzernabschlusses zum 31. August 2012 und zum 31. August 2013 der Bundestheater-Holding GmbH und die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. August 2012 und zum 31. August 2013 ihrer Tochtergesellschaften, das sind die Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH, Theaterservice GmbH, sowie ART FOR ART Kreativwerkstätten GmbH und prüferische Durchsicht des Abschlusses der ART FOR ART Bukarest S.R.L., darüber hinaus die Gebarungsprüfung aller Gesellschaften zum 31. August 2013 samt einer Option auf Verlängerung um die Prüfung des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses zum 31. August 2014.

Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich durchgeführt.

Zwischenzeitig wurden die eingereichten Teilnahmeanträge geöffnet, geprüft und anhand der in den Teilnahmeantragsunterlagen festgelegten Auswahlkriterien bewertet. In diesen Teilnahmeunterlagen wird auf Seite 8 unter Punkt 3.2 "Eignungs- und Auswahlverfahren" bzw. auf Seite 11 unter Punkt 5 "Auswahlkriterien" und auf Seite 15 unter Punkt

5.3 "Gewichtung der Auswahlkriterien" hingewiesen, dass die Teilnahmeanträge gemäß den gewichteten Auswahlkriterien beurteilt und die besten

7 Bewerber in der zweiten Stufe des Verfahrens zur Abgabe eines Angebotes eingeladen werden. Mit Schreiben vom 29. Juli 2011 (offensichtlich übermittelt auf brieflichem Weg) wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass "deren Bewerbung ausgeschieden werden musste". Die Teilnahmeanträge wären gemäß den gewichteten Auswahlkriterien beurteilt worden. Die Antragstellerin habe 60% von 100% erreicht. Im Vergleich dazu habe der beste Bewerber 81% von 100% erreicht. Mit Schreiben vom 5. August 2011 hat die Antragstellerin um Aufklärung ersucht, ob es sich bei der Auftraggebermitteilung im Schreiben vom 29. Juli 2011 um die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 oder um eine Ausscheidensentscheidung im Sinne des § 129 BVergG

handle. Mit Schreiben vom 8. August 2011 wurde dem Rechtsvertreter der Antragstellerin mitgeteilt, dass es sich beim Schreiben vom 29. Juli 2011 um eine "Nichtzulassung zur Teilnahme" im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG handle. Gleichzeitig wurden die Bewertungsunterlagen des Teilnahmeantrages der Antragstellerin zur Verfügung gestellt und hingewiesen, dass mit den erreichten 60% die Antragstellerin nicht zu den 7 bestqualifizierten Bewerbern zu zählen sei. Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro XXX (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich eines Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag bzw. einer dazugehörigen einstweiligen Verfügung im Unterschwellenbereich gemäß § 1 Gebührenverordnung, BGBl. II Nr. 2010/72) entrichtet. 7 Bewerber in der zweiten Stufe des Verfahrens zur Abgabe eines Angebotes eingeladen werden. Mit Schreiben vom 29. Juli 2011 (offensichtlich übermittelt auf brieflichem Weg) wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass "deren Bewerbung ausgeschieden werden musste". Die Teilnahmeanträge wären gemäß den gewichteten Auswahlkriterien beurteilt worden. Die Antragstellerin habe 60% von 100% erreicht. Im Vergleich dazu habe der beste Bewerber 81% von 100% erreicht. Mit Schreiben vom 5. August 2011 hat die Antragstellerin um Aufklärung ersucht, ob es sich bei der Auftraggebermitteilung im Schreiben vom 29. Juli 2011 um die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 oder um eine Ausscheidensentscheidung im Sinne des Paragraph 129, BVergG handle. Mit Schreiben vom 8. August 2011 wurde dem Rechtsvertreter der Antragstellerin mitgeteilt, dass es sich beim Schreiben vom 29. Juli 2011 um eine "Nichtzulassung zur Teilnahme" im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG handle. Gleichzeitig wurden die Bewertungsunterlagen des Teilnahmeantrages der Antragstellerin zur Verfügung gestellt und hingewiesen, dass mit den erreichten 60% die Antragstellerin nicht zu den 7 bestqualifizierten Bewerbern zu zählen sei. Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro römisch 30 (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich eines Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag bzw. einer dazugehörigen einstweiligen Verfügung im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph eins, Gebührenverordnung, BGBl. römisch zwei Nr. 2010/72) 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 von der Antragstellerin dem Nachprüfungsantrag beigelegten Kopien von Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es liegen diesbezüglich keine Widersprüchlichkeiten vor.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Auf Seite drei des Nachprüfungsantrages wird dargelegt, dass mit dem Bundesgesetz über die Neuorganisation der Bundestheater (BGBl. I 136/2001 idF BGBl. I 111/2010; "BTOG") der Bundesminister für Unterricht, Kunst und Kultur ermächtigt wurde, die Bundestheater-Holding GmbH und deren Tochtergesellschaften Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH und Theaterservice GmbH zu errichten. Die Bundestheater-Holding GmbH steht zu 100% im Eigentum des Bundes und wurde mit Eintragung in das Firmenbuch Eigentümerin aller eben genannten Tochtergesellschaften. Die Übertragung von Geschäftsanteilen an den Gesellschaften ist unzulässig. Es dürfen nur bis zu 49% der Geschäftsanteile der Theaterservice GmbH an Dritte weitergegeben werden. Durch diese Eigentumsverhältnisse und dem gesetzlich vorgeschriebenen kulturpolitischen Auftrag (§ 2 BTOG) wird klargestellt, dass es sich bei den Auftraggeberinnen um öffentliche Einrichtungen des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG handelt. Diesem Vorbringen wird von den Auftraggebern nicht widersprochen. Die Prüfung der Ausführungen zur Auftraggebereigenschaft lässt auch den zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden zum Schluss kommen, dass hinsichtlich der Auftraggeber des Vergabeverfahrens die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Z 2 lit. a - c BVergG erfüllt sind und es sich bei den Auftraggebern um öffentliche Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG handelt und somit sowohl im Vergabeverfahren als auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG zur Anwendung gelangen. Der von den Auftraggebern geschätzte und dem Bundesvergabeamt bekannt gegebene Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG; es liegt ein Vergabeverfahren vor, das dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist. Die verfahrensrelevante Auftraggeberentscheidung bezüglich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme wurde der Antragstellerin auf brieflichem Weg mit Schreiben vom 29. Juli 2011 mitgeteilt. Wann dieses Schreiben an die Antragstellerin abgesendet wurde, konnte bislang mangels Vorlage der Original-Verfahrensunterlagen bzw. mangels Vorliegens des Briefkuverts mit dem sich darauf befindlichen

Versendedatums noch nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Sowohl die Auftraggeber als auch die Antragstellerin gehen offensichtlich davon aus, dass die relevante Auftraggeberinformation an die Antragstellerin am 29. Juli 2011 versandt wurde und bei der Antragstellerin am 2. August 2011 eingelangt ist. Ob diese Annahme richtig ist, wird im weiteren Verfahren zu ermitteln sein. Für die Entscheidung im gegenständlichen Provisorialverfahren geht auch der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende zumindest vorläufig davon aus, dass die verfahrensrelevante Auftraggeberentscheidung bezüglich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme an die Antragstellerin auf brieflichem Weg am 29. Juli 2011 abgesendet wurde. Ob diese relevante Auftraggebermitteilung auch elektronisch oder mittels Telefax an die Antragstellerin übermittelt wurde, lässt sich zum derzeitigen Verfahrensstand nicht mit Sicherheit ausschließen. Ebenfalls nicht bekannt sind die Begleitumstände der brieflichen Übermittlung der relevanten Auftraggeberentscheidung. Insbesondere ist derzeit nicht erkennbar, warum - in Hinblick auf § 43 Abs. 1 BVergG - die Bewerberinformation auf brieflichem Weg vorgenommen wurde. § 43 Abs. 1 BVergG spricht diesbezüglich vom Primat der Informationsübermittlung auf elektronischem Weg oder mit Telefax. Eine briefliche Übermittlung ist - sofern die Auftraggeber nichts anderes festgelegt haben - nur in begründeten Ausnahmefällen auch brieflich möglich. Im Schreiben vom 29. Juli 2011 wird mitgeteilt, dass "die Bewerbung ausgeschieden werden musste." Diese Formulierung veranlasste auch die Antragstellerin nachzufragen, ob es sich dabei um die Mitteilung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme oder um eine Ausscheidensentscheidung im Sinne von § 129 BVergG handelt. Diesbezüglich muss man sich die Frage stellen, ob bereits die Mitteilung vom 29. Juli 2011 den Beginn der Anfechtungsfrist für die Anfechtung der gesondert anfechtbaren Entscheidung betreffend die Nicht-Zulassung zur Teilnahme ausgelöst hat, oder erst die Mitteilung des Schreibens vom 8. August 2011, in welchem von den Auftraggebern bestätigt wird, dass es sich beim Schreiben vom 29. Juli 2011 um eine "Nichtzulassung zur Teilnahme im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG" gehandelt habe. Auf Seite drei des Nachprüfungsantrages wird dargelegt, dass mit dem Bundesgesetz über die Neuorganisation der Bundestheater Bundesgesetzblatt Teil eins, 136 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 111 aus 2010,; "BTOG") der Bundesminister für Unterricht, Kunst und Kultur ermächtigt wurde, die Bundestheater-Holding GmbH und deren Tochtergesellschaften Burgtheater GmbH, Wiener Staatsoper GmbH, Volksoper Wien GmbH und Theaterservice GmbH zu errichten. Die Bundestheater-Holding GmbH steht zu 100% im Eigentum des Bundes und wurde mit Eintragung in das Firmenbuch Eigentümerin aller eben genannten Tochtergesellschaften. Die Übertragung von Geschäftsanteilen an den Gesellschaften ist unzulässig. Es dürfen nur bis zu 49% der Geschäftsanteile der Theaterservice GmbH an Dritte weitergegeben werden. Durch diese Eigentumsverhältnisse und dem gesetzlich vorgeschriebenen kulturpolitischen Auftrag (Paragraph 2, BTOG) wird klargestellt, dass es sich bei den Auftraggeberinnen um öffentliche Einrichtungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt. Diesem Vorbringen wird von den Auftraggebern nicht widersprochen. Die Prüfung der Ausführungen zur Auftraggebereigenschaft lässt auch den zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden zum Schluss kommen, dass hinsichtlich der Auftraggeber des Vergabeverfahrens die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, - c BVergG erfüllt sind und es sich bei den Auftraggebern um öffentliche Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt und somit sowohl im Vergabeverfahren als auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG zur Anwendung gelangen. Der von den Auftraggebern geschätzte und dem Bundesvergabeamt bekannt gegebene Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG; es liegt ein Vergabeverfahren vor, das dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist. Die verfahrensrelevante Auftraggeberentscheidung bezüglich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme wurde der Antragstellerin auf brieflichem Weg mit Schreiben vom 29. Juli 2011 mitgeteilt. Wann dieses Schreiben an die Antragstellerin abgesendet wurde, konnte bislang mangels Vorlage der Original-Verfahrensunterlagen bzw. mangels Vorliegens des Briefkuverts mit dem sich darauf befindlichen Versendedatums noch nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Sowohl die Auftraggeber als auch die Antragstellerin gehen offensichtlich davon aus, dass die relevante Auftraggeberinformation an die Antragstellerin am 29. Juli 2011 versandt wurde und bei der Antragstellerin am 2. August 2011 eingelangt ist. Ob diese Annahme richtig ist, wird im weiteren Verfahren zu ermitteln sein. Für die Entscheidung im gegenständlichen Provisorialverfahren geht auch der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende zumindest vorläufig davon aus, dass die verfahrensrelevante Auftraggeberentscheidung bezüglich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme an die Antragstellerin auf brieflichem Weg am 29. Juli 2011 abgesendet wurde. Ob diese relevante Auftraggebermitteilung auch elektronisch oder mittels Telefax an die Antragstellerin übermittelt wurde, lässt sich zum derzeitigen Verfahrensstand nicht mit Sicherheit ausschließen. Ebenfalls nicht bekannt sind die Begleitumstände der brieflichen Übermittlung der relevanten Auftraggeberentscheidung.

Insbesondere ist derzeit nicht erkennbar, warum - in Hinblick auf Paragraph 43, Absatz eins, BVergG - die Bewerberinformation auf brieflichem Weg vorgenommen wurde. Paragraph 43, Absatz eins, BVergG spricht diesbezüglich vom Primat der Informationsübermittlung auf elektronischem Weg oder mit Telefax. Eine briefliche Übermittlung ist - sofern die Auftraggeber nichts anderes festgelegt haben - nur in begründeten Ausnahmefällen auch brieflich möglich. Im Schreiben vom 29. Juli 2011 wird mitgeteilt, dass "die Bewerbung ausgeschieden werden musste." Diese Formulierung veranlasste auch die Antragstellerin nachzufragen, ob es sich dabei um die Mitteilung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme oder um eine Ausscheidensentscheidung im Sinne von Paragraph 129, BVergG handelt. Diesbezüglich muss man sich die Frage stellen, ob bereits die Mitteilung vom 29. Juli 2011 den Beginn der Anfechtungsfrist für die Anfechtung der gesondert anfechtbaren Entscheidung betreffend die Nicht-Zulassung zur Teilnahme ausgelöst hat, oder erst die Mitteilung des Schreibens vom 8. August 2011, in welchem von den Auftraggebern bestätigt wird, dass es sich beim Schreiben vom 29. Juli 2011 um eine "Nichtzulassung zur Teilnahme im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sulit dd BVergG" gehandelt habe.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 9. August 2011 zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 9. August 2011 zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht.

Dazu wird in § 321 Abs. 1 BVergG festgehalten, dass 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 sind, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Ergänzend wird in § 321 Abs. 2 BVergG geregelt, dass bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich sich die Frist - außer im Fall der Anfechtung einer gemäß den §§ 55 Abs. 5 oder 219 Abs. 5 freiwillig bekannt gemachten Entscheidung - auf sieben Tage verkürzt. Hinsichtlich der Entscheidung im gegenständlichen Provisorialverfahren wird von der Annahme ausgegangen, dass die Entscheidung bezüglich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme nicht auf elektronischem Weg oder mittels Telefax der Antragstellerin bekannt gegeben wurde. Sohin kommt hinsichtlich der Anfechtungsfrist dieser Auftraggeberentscheidung die Zehntagesfrist des ersten Halbsatzes des § 321 Abs. 1 BVergG nicht zur Anwendung. Die Übermittlung der Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme erfolgte auf brieflichem Weg. Somit stellt sich die Frage ob der zweite Teilsatz des § 321 Abs. 1 BVergG, der eine Fünfzehntagesfrist vorsieht oder § 321 Abs. 2 BVergG, der eine Siebentagesfrist vorsieht, zur Anwendung gelangen. Dazu wird in Paragraph 321, Absatz eins, BVergG festgehalten, dass 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 sind, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Ergänzend wird in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG geregelt, dass bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich sich die Frist - außer im Fall der Anfechtung einer gemäß den Paragraphen 55, Absatz 5, oder 219 Absatz 5, freiwillig bekannt gemachten Entscheidung - auf sieben Tage verkürzt. Hinsichtlich der Entscheidung im gegenständlichen Provisorialverfahren wird von der Annahme ausgegangen, dass die Entscheidung bezüglich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme nicht auf elektronischem Weg oder mittels Telefax der Antragstellerin bekannt gegeben wurde. Sohin kommt hinsichtlich der Anfechtungsfrist dieser Auftraggeberentscheidung die Zehntagesfrist des ersten Halbsatzes des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG nicht zur Anwendung. Die Übermittlung der Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme erfolgte auf brieflichem Weg. Somit stellt sich die Frage ob der zweite Teilsatz des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG, der eine Fünfzehntagesfrist vorsieht oder Paragraph 321, Absatz 2, BVergG, der eine Siebentagesfrist vorsieht, zur Anwendung gelangen.

Diese Frage ist für die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages von entscheidender Bedeutung, da im ersten Fall von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages auszugehen ist und im anderen Fall allenfalls die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages zu verneinen wäre. Nicht in Abrede gestellt werden kann, dass es für den Fristenlauf unerheblich ist, wann die verfahrensrelevante Auftraggeberentscheidung bei der Antragstellerin eingelangt ist. Diesbezüglich wird nämlich im zweiten Satz des § 321 Abs. 1 BVergG unmissverständlich dargelegt, dass die Frist mit der Absendung der Entscheidung beginnt. Zudem handelt es sich bei der Frist des § 321 BVergG nicht um eine materiell rechtliche sondern um eine verfahrensrechtliche Frist, sodass nicht die Bestimmungen des § 56 und 57

BVergG zur Anwendung gelangen, sondern - wie sich bereits aus der Einleitung von Diese Frage ist für die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages von entscheidender Bedeutung, da im ersten Fall von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages auszugehen ist und im anderen Fall allenfalls die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages zu verneinen wäre. Nicht in Abrede gestellt werden kann, dass es für den Fristenlauf unerheblich ist, wann die verfahrensrelevante Auftraggeberentscheidung bei der Antragstellerin eingelangt ist. Diesbezüglich wird nämlich im zweiten Satz des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG unmissverständlich dargelegt, dass die Frist mit der Absendung der Entscheidung beginnt. Zudem handelt es sich bei der Frist des Paragraph 321, BVergG nicht um eine materiell rechtliche sondern um eine verfahrensrechtliche Frist, sodass nicht die Bestimmungen des Paragraph 56 und 57 BVergG zur Anwendung gelangen, sondern - wie sich bereits aus der Einleitung von

§ 56 BVergG ergibt - auf §§ 32 und 33 AVG 1991 abzustellen ist. Im Hauptverfahren wird vom zur Entscheidung berufenen Senat 5 des Bundesvergabeamtes endgültig zu klären sein, ob überhaupt vergaberechtskonform eine Entscheidung hinsichtlich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme von den Auftraggebern getroffen wurde und vergaberechtskonform an die Antragstellerin übermittelt bzw. bekanntgegeben wurde. Diesbezüglich wird auch endgültig zu klären sein, allenfalls wann diese Entscheidung ergangen ist und wann damit die Anfechtungsfrist für ein Nachprüfungsverfahren begonnen hat, wie lange sie dauert und wann sie allenfalls geendet ist. Für das Provisorialverfahren wird vorerst im Sinne der Rechtsschutzfreundlichkeit davon ausgegangen, dass eine vergaberechtskonforme Auftraggeberentscheidung hinsichtlich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme vorliegt, die als gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung von der Antragstellerin rechtzeitig angefochten wurde. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Bei der Nicht-Zulassung zur Teilnahme handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. 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. Paragraph 56, BVergG ergibt - auf Paragraphen 32 und 33 AVG 1991 abzustellen ist. Im Hauptverfahren wird vom zur Entscheidung berufenen Senat 5 des Bundesvergabeamtes endgültig zu klären sein, ob überhaupt vergaberechtskonform eine Entscheidung hinsichtlich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme von den Auftraggebern getroffen wurde und vergaberechtskonform an die Antragstellerin übermittelt bzw. bekanntgegeben wurde. Diesbezüglich wird auch endgültig zu klären sein, allenfalls wann diese Entscheidung ergangen ist und wann damit die Anfechtungsfrist für ein Nachprüfungsverfahren begonnen hat, wie lange sie dauert und wann sie allenfalls geendet ist. Für das Provisorialverfahren wird vorerst im Sinne der Rechtsschutzfreundlichkeit davon ausgegangen, dass eine vergaberechtskonforme Auftraggeberentscheidung hinsichtlich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme vorliegt, die als gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung von der Antragstellerin rechtzeitig angefochten wurde. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Bei der Nicht-Zulassung zur Teilnahme handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. 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 der Auftraggeberin 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 der Auftraggeberin 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.

Unmissverständlich wurde in den Teilnahmeantragsunterlagen an mehreren Stellen festgehalten, dass nur sieben Bewerber eingeladen werden, ein Angebot zu legen. Offensichtlich haben mehr als sieben Bewerber einen Teilnahmeantrag gestellt und die Auftraggeber haben nach Prüfung und Bewertung bzw. Beurteilung der Teilnahmeanträge festgestellt, dass die Antragstellerin nicht zu den besten sieben Bewerbern gemäß den in der Teilnahmeunterlagen enthaltenen Auswahlkriterien zu zählen ist. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren zumindest teilweise obsiegt. In einem solchen Fall könnte das bedeuten, dass die Entscheidung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme allenfalls zu revidieren wäre.

Nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden ist es gerade bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens von großer Bedeutung im Sinne der Wahrung der in § 19 BVergG enthaltenen Grundsätze des Vergabeverfahrens von Anfang an bei der Realisierung eines Beschaffungsvorhabens mitzuwirken und auch insbesondere unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter für die Erstellung eines Angebotes die gleiche Zeitspanne wie alle anderen Bewerber bzw. Bieter zur Verfügung zu haben. Da diese Voraussetzungen und insbesondere die Wahrung des freien und lauten Wettbewerbes bei einer Einladung von sieben Mitbewerbern zur Legung eines Angebotes zum Nachteil der Antragstellerin gefährdet wären, war der einstweiligen Verfügung in diesem Umfang stattzugeben. Die erlassene einstweilige Verfügung ist zweckmäßig und entspricht auch dem Gebot der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme des § 329 Abs. 3 BVergG. Solange keine Angebote gelegt werden dürfen, ist auch sichergestellt, dass ein Zuschlag nicht erteilt werden kann. Daher war der diesbezügliche Antrag abzuweisen. Nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden ist es gerade bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens von großer Bedeutung im Sinne der Wahrung der in Paragraph 19, BVergG enthaltenen Grundsätze des Vergabeverfahrens von Anfang an bei der Realisierung eines Beschaffungsvorhabens mitzuwirken und auch insbesondere unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter für die Erstellung eines Angebotes die gleiche Zeitspanne wie alle anderen Bewerber bzw. Bieter zur Verfügung zu haben. Da diese Voraussetzungen und insbesondere die Wahrung des freien und lauten Wettbewerbes bei einer Einladung von sieben Mitbewerbern zur Legung eines Angebotes zum Nachteil der Antragstellerin gefährdet wären, war der einstweiligen Verfügung in diesem Umfang stattzugeben. Die erlassene einstweilige Verfügung ist zweckmäßig und entspricht auch dem Gebot der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme des Paragraph 329, Absatz 3, BVergG. Solange keine Angebote gelegt werden dürfen, ist auch sichergestellt, dass ein Zuschlag nicht erteilt werden kann. Daher war der diesbezügliche Antrag abzuweisen.

Der Antrag auf Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens war als überschießend abzuweisen. Ein solches Verbot würde bedeuten, dass nicht einmal zu Gunsten der Antragstellerin die Entscheidung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme nicht zurückgenommen werden könnte.

Die Auftraggeber haben auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen könnte, geltend gemacht. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25. Oktober 2002, Die Auftraggeber haben auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen könnte, geltend gemacht. 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 (vgl. BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, 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 bewerten. 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 2010, 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 bewerten.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung

Zuletzt aktualisiert am

21.09.2011

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