

TE Verg Bescheid 2011/7/20 N/0070-BVA/12/2011-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.07.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 15. Juli 2011 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 15. Juli 2011 wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge,

"das BVA möge

1. 1.Ziffer eins

dem AMS Österreich mittels einstweiliger Verfügung in dem als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführten Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie die Zuschlagserteilung untersagen;

1. 2.Ziffer 2

in eventu dem AMS mittels einstweiliger Verfügung in dem als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführten Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen, die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie die Zuschlagserteilung untersagen"

werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 328 Abs 1 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 15. Juli 2011 die im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigserklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Unmittelbar nach Zustellung des Bescheids des BVA vom 6. 7.2011, N/0038- BVA/12/2011-42, habe der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müsse. Dies aus zwei Gründen:

1. 1.Ziffer eins

Das Angebot gehe entgegen Punkt 8.2.3.4. des Leistungsvertrages davon aus, dass das Transitionsprojekt für den Fall, dass keine Mitarbeiter des bisherigen Dienstleisters auf die Antragstellerin übergehen, nicht fristgerecht (binnen 12 Monaten) durchgeführt werden könne.

2. 2.Ziffer 2

Das Schreiben der Antragstellerin an Herrn B*** verstoße gegen Punkt 1.1. der Ausschreibungsunterlagen, da es sich dabei um den Versuch handeln würde, diesen dazu zu bewegen, das Ausscheiden des Angebotes eines anderen Bieters zu bewirken bzw. innerhalb des AMS eine Zuschlagserteilung zu diesen Bieter zu verhindern.

Zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers brachte die Antragstellerin zunächst vor, dass nach den Informationen schon das Zweitangebot von C*** nicht ausschreibungskonform gewesen sei; C*** hätte daher gar nicht mehr zur Legung eines letztgültigen Angebotes aufgefordert werden dürfen. Zur vermeintlichen Nichtdurchführbarkeit der Transition führte die Antragstellerin aus, dass das BVA bereits im Bescheid vom 2.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58 klargestellt habe, dass das Transitionskonzept im Letztangebot nicht als ausschreibungswidrig zu beurteilen sei. Angesichts dieser eindeutigen und rechtskräftigen Aussagen des BVA, sei es vollkommen unverständlich, warum der Auftraggeber denselben Sachverhalt - noch dazu in Abweichung zu den eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 6. Oktober 2010 - plötzlich anders beurteile. Zur vermeintlich unzulässigen Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat verwies die Antragstellerin zunächst auf Punkt 1.1. der letztgültigen Ausschreibungsunterlage, wonach ausschließlich die "direkte Kontaktaufnahme" untersagt sei. Der Antragstellerin habe aber nicht direkt mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates Kontakt aufgenommen. Vielmehr sei das Anliegen der Antragstellerin durch den Rechtsvertreter mit E-Mail vom 29. Juli 2010 an die vergebende Stelle herangetragen worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass zum Schutz der Rechte der Antragstellerin die Erlassung unbedingt erforderlich sei. Da die angefochtene Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin am 7. Juli 2011 per Telefax bekanntgegeben worden sei, sei zu befürchten, dass der Auftraggeber unmittelbar davor stehe, eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der - neben der Antragstellerin - einzigen im Verfahren verbliebenen Bieterin (C***) bekanntzugeben bzw. dieser direkt den Zuschlag zu erteilen. Dem Interesse der Antragstellerin an der begehrten einstweiligen Verfügung stünden auch keine berücksichtigungswürdigen öffentlichen Interessen bzw. Interessen des AMS auf unverzügliche Fortführung des Vergabeverfahrens entgegen.

Mit Schriftsatz vom 19. Juli 2011 erstattete der Auftraggeber zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Dieses befinde sich in der Phase der Angebotsprüfung. Die erste Zuschlagsentscheidung sei mit Bescheid des BVA für nichtig erklärt worden; eine neue sei bis dato noch nicht bekanntgegeben worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, dass im Antrag nicht dargelegt worden sei, inwieweit die Interessen der Antragstellerin durch die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung beeinträchtigt werden könnten. Der Antrag sei daher bereits wegen Nichtvorliegens der in § 329 Abs 2 Z 4 BVergG definierten Antragsvoraussetzung abzuweisen. Durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen. Solange das gegenständliche Nachprüfungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei, habe der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung auch der Antragstellerin bekanntzugeben, da die Antragstellerin bis zur Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren als "im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" iSd § 131 Abs 1 BVergG zu qualifizieren sei. Eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung "an der Antragstellerin vorbei" sei nicht zulässig. Damit sei auch die von der Antragstellerin beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung mangels drohender Schädigung ihrer Interessen gegenstandslos. Im Folgenden (aus Gründen der Vorsicht) führte der Auftraggeber aus, dass der Erlassung der einstweiligen Verfügung

auch wesentliche Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit entgegenstünden. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, dass im Antrag nicht dargelegt worden sei, inwieweit die Interessen der Antragstellerin durch die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung beeinträchtigt werden könnten. Der Antrag sei daher bereits wegen Nichtvorliegens der in Paragraph 329, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG definierten Antragsvoraussetzung abzuweisen. Durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen. Solange das gegenständliche Nachprüfungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei, habe der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung auch der Antragstellerin bekanntzugeben, da die Antragstellerin bis zur Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren als "im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" iSd Paragraph 131, Absatz eins, BVergG zu qualifizieren sei. Eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung "an der Antragstellerin vorbei" sei nicht zulässig. Damit sei auch die von der Antragstellerin beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung mangels drohender Schädigung ihrer Interessen gegenstandslos. Im Folgenden (aus Gründen der Vorsicht) führte der Auftraggeber aus, dass der Erlassung der einstweiligen Verfügung auch wesentliche Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit entgegenstünden.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages.

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich. Dieses ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert um ein vielfaches, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG handelt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich. Dieses ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert um ein vielfaches, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die

Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Soweit das Begehren der Antragstellerin darauf gerichtet ist, dem Auftraggeber die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie die Erteilung des Zuschlages zu untersagen, ist festzuhalten, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren noch im Stadium der Prüfung der Angebote befindet und demzufolge noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist. Somit droht aber der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu schon BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6 sowie jüngst BVA 4.7.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6). Aber auch die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erweist sich nicht als nötige Maßnahme iSd § 328 Abs 1 BVergG. Dies aus nachfolgenden Erwägungen: Soweit das Begehren der Antragstellerin darauf gerichtet ist, dem Auftraggeber die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie die Erteilung des Zuschlages zu untersagen, ist festzuhalten, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren noch im Stadium der Prüfung der Angebote befindet und demzufolge noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist. Somit droht aber der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu schon BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6 sowie jüngst BVA 4.7.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6). Aber auch die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erweist sich nicht als nötige Maßnahme iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Die erläuternden Bemerkungen 2009 weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (RV 327 BlgNR 24. GP 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR 22. GP 140). Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit gemäß § 131 Abs 1 erster Satz BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015- BVA/12/2010-EV14). Der Antragstellerin stünde danach immer noch die Möglichkeit offen, einen Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung einzubringen. Eine (direkte) Zuschlagserteilung an C*** verstieße jedenfalls gegen § 132 Abs 1 erster Satz BVergG, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf. Die erläuternden Bemerkungen 2009 weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Regierungsvorlage 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 140). Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit gemäß Paragraph 131, Absatz eins, erster Satz BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015- BVA/12/2010-EV14). Der Antragstellerin stünde danach immer noch die Möglichkeit offen, einen Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung einzubringen. Eine (direkte) Zuschlagserteilung an C*** verstieße jedenfalls gegen Paragraph 132, Absatz eins, erster Satz BVergG, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf.

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015- BVA/12/2010-EV14 und BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; in diesem Sinne auch BVA 26.5.2009, N/0054-

BVA/12/2009-EV12).Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14 und BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; in diesem Sinne auch BVA 26.5.2009, N/0054-BVA/12/2009-EV12).

Schlagworte

drohender Schaden, Ausscheiden eines Angebotes, Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung, Zuschlag: absolute Nichtigkeit;

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