

TE Verg Bescheid 2011/2/8 N/0010-BVA/09/2011-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.02.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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
-
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
-
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 idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "AP 114 - Vertragsmanagement NEU" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28. Jänner 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 31. Jänner 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "AP 114

- Vertragsmanagement NEU" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28. Jänner 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 31. Jänner 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem zweiten Eventualantrag, "dass der Auftraggeberin untersagt wird, im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "AP 114 - Vertragsmanagement NEU", den Zuschlag zu erteilen.

Die übrigen Anträge werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die A***, ursprünglich vertreten durch Y***, nunmehr vertreten durch Z*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 28. Jänner 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 31. Jänner 2011, einen Eventualantrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie weitere Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (der Auftraggeberin aufzutragen, die Antragstellerin weiterhin am Vergabeverfahren zu beteiligen und das Angebot der Mitbieterin auszuscheiden bzw der Auftraggeberin zu untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen). Weiters stellte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 28. Jänner 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE die Dienstleistung "Vertragsmanagement NEU - AP 114", die die elektronische Auftragsverwaltung, die Schriftstückverwaltung, die Finanzplanung und den Zahlungsverkehr mit inkludierter Umstellung der bestehenden Vertragsverwaltung umfasse, ausgeschrieben habe.

Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Angebotsöffnung sei am 29. November 2010 erfolgt. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 Erläuterungen zu den Anlagen A 07/02, A 08/02 und A 09/02 abgegeben. Die Antragstellerin habe in den erwähnten Erläuterungen bereits darauf hingewiesen, dass der Mitarbeiterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Voraussetzungen fehlen würden, um ein vergleichbares, den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes und vollständiges Angebot, abzugeben.

Mit Schreiben vom 21. Jänner 2011 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden. Die Auftraggeberin beabsichtige, der B*** den Auftrag zu einer Angebotssumme von Euro XXXX exkl USt zu erteilen. Die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sei mit dem höheren Gesamtpreis begründet worden. Mit Schreiben vom 21. Jänner 2011 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden. Die Auftraggeberin beabsichtige, der B*** den Auftrag zu einer Angebotssumme von Euro römisch 40 exkl USt zu erteilen. Die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sei mit dem höheren Gesamtpreis begründet worden.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Übersendung der umfangreichen Angebotsunterlagen dargelegt. Aufgrund der Beteiligung am Vergabeverfahren seien bereits Kosten in beträchtlicher Höhe entstanden. Bei Nichterhalt des Auftrages würde der Antragstellerin darüber hinaus ein Schaden durch den entgangenen Deckungsbeitrag in Höhe von zumindest 5% der Angebotssumme entstehen. Auch seien bereits Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung angefallen. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG beschnitten. Die Antragstellerin werde insbesondere in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung der Angebote, auf Herstellung der Vergleichbarkeit von Angeboten, auf Gleichbehandlung der Bieter sowie im Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen

Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG beschnitten. Die Antragstellerin werde insbesondere in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung der Angebote, auf Herstellung der Vergleichbarkeit von Angeboten, auf Gleichbehandlung der Bieter sowie im Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

1. 1.Ziffer eins

Mangelnde rechtskonforme Prüfung der Angebote - mangelnde Vertretungsbefugnis:

Laut Protokoll vom 29. November 2010 vertrete Herr M*** die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Eine Zeichnungsberechtigung des Herrn M*** für die B*** bestehe jedoch nach Kenntnis der Antragstellerin nicht. Auch sei er im Protokoll vom 29. November 2010 nicht als Subunternehmer angeführt.

1. 2.Ziffer 2

Unvollständiges und ausschreibungswidriges Angebot:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die Anlage A 03 nicht mit dem Angebot abgegeben. Laut Ausschreibung seien die Subunternehmer anzuführen. Falls ein Mitbieter nicht alle Leistungen selbst erbringen könne, habe er hierfür Subunternehmer zu nennen.

1. 3.Ziffer 3

Mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote und unvollständiges Angebot:

Pkt. 1.1 der Leistungsbeschreibung enthalte eine Aufstellung der bestehenden Systeme bei der Auftraggeberin. Diese seien:

- -Strichaufzählung
R***,
- -Strichaufzählung
S***,
- -Strichaufzählung
T***,

Diese bestehenden MS- Access Systeme, Schriftstückverwaltung, Zahlungsverkehr und Vertragsverwaltung sollten durch den gegenständlichen Auftrag ersetzt werden.

Im Abgabeexemplar werde im Leistungsverzeichnis Folgendes gefordert:

1. 1.Ziffer eins

01 01030 Kostensoftware

1. 2.Ziffer 2

01 01040 Kostenlizenz A

10 Mitarbeiter, die den verschiedenen Anwendungen über Schreibrechte verfügen zusätzlich die Kosten für 10 weitere Mitarbeiter (Lizenz)

1. 3.Ziffer 3

01 01050 Kostenlizenz B

100 Mitarbeiter müssen "Lese Rechte" haben via Zugriff über das Portal ebenso 10 weitere Mitarbeiter mit Lesezugriff

Hiezu werden Lizenzen seitens

U***

V***

W***

benötigt.

Die Antragstellerin habe dies bei der Preisbildung berücksichtigt, da sie über die benötigten Lizenzen verfüge und diese liefern könne. Es könne mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über diese Lizenzen verfüge, sondern diese bei der Antragstellerin erwerben müsste. Auch Herr M*** sei nicht

berechtigt, die geforderten Lizenzen zu kaufen oder zu liefern. Die Antragstellerin sei jedoch seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht als Subunternehmerin oder Lizenzgeberin genannt worden. Damit sei offensichtlich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin von den zwingenden Ausschreibungsbedingungen abgewichen sei und somit ein unvollständiges und ein mit einem unbehebbarer Mangel behaftetes Angebot gelegt habe. Ein derartiges Angebot wäre jedoch zwingend auszuschneiden gewesen. Verbesserungen seien nicht zulässig. Die Ausschreibungsbedingungen würden es nicht zulassen, dass Bieter völlig unterschiedliche Varianten und Preise in ihren Angeboten bilden würden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht vergleichbar. Eine Vergleichbarkeit müsse jedoch sichergestellt sein und sei eine solche unabdingbare Voraussetzung einer vergaberechtskonformen Bestbieterermittlung.

1. 4.Ziffer 4

Verstoß gegen das Gebot der Bietergleichbehandlung:

Die Antragstellerin habe innerhalb der Stillhaltefrist versucht, Klarheit in Bezug auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herbeizuführen, insbesondere zur Frage der Verfügbarkeit der Lizenzen. Wichtige Informationen seien der Antragstellerin jedoch nicht zur Verfügung gestellt worden. Somit sei nicht gewährleistet, dass sämtlichen Bietern gleiche Informationen zur Verfügung gestellt würden und sei damit das Gebot der Gleichbehandlung verletzt worden.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass das gesamte Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Im gegenständlichen Fall würden die Interessen der Antragstellerin auf Beseitigung der Vergabeverstöße bei weitem allfällige nachteiligen Folgen für die Auftraggeberin überwiegen. Besondere Interessen der Auftraggeberin an der Nichterlassung der einstweiligen Verfügung seien nicht ersichtlich. Auch besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung sprechen könnten, seien nicht gegeben.

Mit Schriftsatz vom 3. Februar 2011 brachte der Auftraggeber, vertreten durch X***, vor, dass sowohl der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden seien. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin am 21. Jänner 2011 zugemittelt worden. Der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien von der Antragstellerin am 28. Jänner 2011 um 14.59 Uhr abgesendet worden. Die - im Internet bekannt gemachten - Amtsstunden des BVA würden an Freitagen jedoch um 12.00 Uhr enden. Der Antrag sei daher, wie auch aus der Eingangsstampiglie des BVA hervorgehe, am 31. Jänner 2011 eingelangt. Es handle sich gegenständlich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien bei Verfahren im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen. Gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG seien Nachprüfungsanträge, die nicht innerhalb der in § 321 leg. cit. genannten Fristen gestellt würden, unzulässig. Gleiches gelte für Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen gemäß § 328 Abs 3 BVergG. Bei den genannten Antragsfristen handle es sich um verfahrensrechtliche Fristen iSd § 32 AVG. Vor der AVG-Novelle, BGBl I Nr. 5/2008, habe der zweite Satz des § 13 Abs 5 AVG normiert, dass schriftliche Anbringen, die außerhalb der Amtsstunden binnen offener Frist in einer technischen Form eingebracht würden, die die Feststellung des Zeitpunktes des Einlangens ermögliche, als rechtzeitig eingebracht gelten würden. In der geltenden Fassung dieser Bestimmung sei diese Einlangensfiktion nicht mehr enthalten. Es bleibe daher bei der Grundregel, dass außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Anbringen erst an jenem Tag als eingelangt gelten würden, an dem die Behörde wieder Amtsstunden hätte. Dies sei somit der 31. Jänner 2011. Mit Schriftsatz vom 3. Februar 2011 brachte der Auftraggeber, vertreten durch X***, vor, dass sowohl der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden seien. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin am 21. Jänner 2011 zugemittelt worden. Der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien von der Antragstellerin am 28. Jänner 2011 um 14.59 Uhr abgesendet worden. Die - im Internet bekannt gemachten - Amtsstunden des BVA würden an Freitagen jedoch um 12.00 Uhr enden. Der Antrag sei daher, wie auch aus der Eingangsstampiglie des BVA hervorgehe, am 31. Jänner 2011 eingelangt. Es handle sich gegenständlich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien bei Verfahren im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen. Gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG seien Nachprüfungsanträge, die nicht innerhalb der in Paragraph 321, leg. cit. genannten Fristen gestellt würden, unzulässig. Gleiches gelte für Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen

gemäß Paragraph 328, Absatz 3, BVergG. Bei den genannten Antragsfristen handle es sich um verfahrensrechtliche Fristen iSd Paragraph 32, AVG. Vor der AVG-Novelle, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008,, habe der zweite Satz des Paragraph 13, Absatz 5, AVG normiert, dass schriftliche Anbringen, die außerhalb der Amtsstunden binnen offener Frist in einer technischen Form eingebracht würden, die die Feststellung des Zeitpunktes des Einlangens ermögliche, als rechtzeitig eingebracht gelten würden. In der geltenden Fassung dieser Bestimmung sei diese Einlangensfiktion nicht mehr enthalten. Es bleibe daher bei der Grundregel, dass außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Anbringen erst an jenem Tag als eingelangt gelten würden, an dem die Behörde wieder Amtsstunden hätte. Dies sei somit der 31. Jänner 2011.

Die EB der RV zu § 13 Abs 5 AVG würden davon sprechen, dass die Behörde ihre mangelnde Bereitschaft zur Entgegennahme elektronischer Anbringen außerhalb der Amtsstunden durch entsprechende Erklärung mit der Wirkung zum Ausdruck bringen könne, dass elektronische Anbringen auch dann, wenn sie an sich bereits in ihren elektronischen Verfügungsbereich gelangt seien, erst zu einem späteren Zeitpunkt (mit Wiederbeginn der Amtsstunden) als eingebracht (und eingelangt) gelten würden. Dies sei hier der Fall, werde doch auf der Homepage des BVA Folgendes festgehalten: Die EB der Regierungsvorlage zu Paragraph 13, Absatz 5, AVG würden davon sprechen, dass die Behörde ihre mangelnde Bereitschaft zur Entgegennahme elektronischer Anbringen außerhalb der Amtsstunden durch entsprechende Erklärung mit der Wirkung zum Ausdruck bringen könne, dass elektronische Anbringen auch dann, wenn sie an sich bereits in ihren elektronischen Verfügungsbereich gelangt seien, erst zu einem späteren Zeitpunkt (mit Wiederbeginn der Amtsstunden) als eingebracht (und eingelangt) gelten würden. Dies sei hier der Fall, werde doch auf der Homepage des BVA Folgendes festgehalten:

Um ein ordnungsgemäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während den Amtsstunden an die oben genannte E-Mailadresse des BVA zu richten. Sollten Sie Ihr Anbringen außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamten eingebracht haben, gilt dieses Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag (Mo bis Do 7-15 Uhr und Fr 7-12 Uhr) als eingelangt und wird ab diesem Zeitpunkt behandelt werden.

Die vereinzelt gebliebenen Entscheidungen des BVA, die unter Bezugnahme auf diesen Hinweis hervorheben würden, dass zwischen Einbringen und Einlangen zu unterscheiden sei, über das Einbringen keine Aussage gemacht und lediglich hinsichtlich des Einlangens eine Festlegung getroffen werde, würden übersehen, dass die EB die Unterscheidung zwischen Einbringen und Einlangen gerade nicht treffe. Eingebracht seien Anbringen faktisch immer bereits dann, wenn sie in den Verfügungsbereich der Behörde gelangen würden, mögen sie innerhalb oder außerhalb der Amtsstunden einlangen. Deshalb schränke § 13 Abs 5 1. Satz AVG die Verpflichtung der Behörde zur Entgegennahme schriftlicher Anbringen auf die Zeit der Amtsstunden ein. Wenn die Behörde, wie es das BVA getan habe, darauf verweise, dass Eingaben fristgerecht nur innerhalb der Amtsstunden eingebracht werden könnten, dann mache es eben von der Möglichkeit des § 13 Abs 5 1. Satz leg. cit. Gebrauch, keine Anbringen außerhalb der Amtsstunden - fristwährend - entgegen zu nehmen. Folglich seien die Anträge als verspätet zurückzuweisen. Die vereinzelt gebliebenen Entscheidungen des BVA, die unter Bezugnahme auf diesen Hinweis hervorheben würden, dass zwischen Einbringen und Einlangen zu unterscheiden sei, über das Einbringen keine Aussage gemacht und lediglich hinsichtlich des Einlangens eine Festlegung getroffen werde, würden übersehen, dass die EB die Unterscheidung zwischen Einbringen und Einlangen gerade nicht treffe. Eingebracht seien Anbringen faktisch immer bereits dann, wenn sie in den Verfügungsbereich der Behörde gelangen würden, mögen sie innerhalb oder außerhalb der Amtsstunden einlangen. Deshalb schränke Paragraph 13, Absatz 5, 1. Satz AVG die Verpflichtung der Behörde zur Entgegennahme schriftlicher Anbringen auf die Zeit der Amtsstunden ein. Wenn die Behörde, wie es das BVA getan habe, darauf verweise, dass Eingaben fristgerecht nur innerhalb der Amtsstunden eingebracht werden könnten, dann mache es eben von der Möglichkeit des Paragraph 13, Absatz 5, 1. Satz leg. cit. Gebrauch, keine Anbringen außerhalb der Amtsstunden - fristwährend - entgegen zu nehmen. Folglich seien die Anträge als verspätet zurückzuweisen.

Die in erster Linie begehrte Maßnahme der Antragstellerin, sie weiterhin am Vergabeverfahren zu beteiligen bzw. das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden, sei keine notwendige Maßnahme iSd § 328 Abs 1 BVergG. Zur Hintanhaltung des behaupteten Schadens infolge einer drohenden Zuschlagserteilung genüge die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung. Darüber hinausgehende Verfügungen würden nicht dem Grundsatz entsprechen, dass nur die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu treffen sei. Im Übrigen wäre auch die Anordnung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom Auftraggeber und nicht

vom BVA zu treffen. Die im ersten Eventualantrag begehrte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens sei in der konkreten Fallkonstellation eine überschießende Maßnahme. Der Auftraggeberin wäre dadurch die Möglichkeit genommen, etwa die angefochtene Zuschlagsentscheidung zurückzunehmen. Die in erster Linie begehrte Maßnahme der Antragstellerin, sie weiterhin am Vergabeverfahren zu beteiligen bzw. das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden, sei keine notwendige Maßnahme iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG. Zur Hintanhaltung des behaupteten Schadens infolge einer drohenden Zuschlagserteilung genüge die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung. Darüber hinausgehende Verfügungen würden nicht dem Grundsatz entsprechen, dass nur die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu treffen sei. Im Übrigen wäre auch die Anordnung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom Auftraggeber und nicht vom BVA zu treffen. Die im ersten Eventualantrag begehrte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens sei in der konkreten Fallkonstellation eine überschießende Maßnahme. Der Auftraggeberin wäre dadurch die Möglichkeit genommen, etwa die angefochtene Zuschlagsentscheidung zurückzunehmen.

Von einer inhaltlichen Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sah der Auftraggeber ab.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Auftrag wurde am 10.11.2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger sowie am 9.11.2010 in der Tiroler Tageszeitung und am 6.11.2010 im Amtsblatt der EG (2010/S 216-331494) bekannt gemacht.

Es handelt sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 72000000) im Unterschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert exkl. USt. beträgt Euro XXXX (Angaben des Auftraggebers). Es handelt sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 72000000) im Unterschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert exkl. USt. beträgt Euro römisch 40 (Angaben des Auftraggebers).

Auftraggeber ist die Galleria di Base del Brennero Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck.

Die Angebotsöffnung fand am 29.11.2010 statt. Es wurden insgesamt zwei Angebote gelegt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies einen Angebotspreis in Höhe von Euro XXXX exkl USt auf. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug Euro XXXX exkl USt. Die Angebotsöffnung fand am 29.11.2010 statt. Es wurden insgesamt zwei Angebote gelegt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies einen Angebotspreis in Höhe von Euro römisch 40 exkl USt auf. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug Euro römisch 40 exkl USt.

Die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B***, wurde den Bietern per E-Mail am 21.1.2011 übermittelt. Mit Schriftsatz vom 28.1.2011, beim BVA eingelangt am 31.1.2011, beantragte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und stellte Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Keines der Angebote wurde ausgeschieden. Eine Widerrufsentscheidung wurde nicht bekannt gegeben, das Verfahren wurde nicht widerrufen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber ist die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Europäische Gesellschaft, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage der Auftraggebereigenschaft nicht abschließend geklärt werden. Die Klärung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Es wird - unvorgreiflich allfälliger anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - zunächst von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen.

Der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden am Freitag den 28.1.2011,

14.59 Uhr, per E-Mail beim BVA eingebracht. Die Amtsstunden des BVA enden an Freitagen um 12.00 Uhr (siehe auch Amtsblatt der Wr. Zeitung vom 31.3.2007 sowie Homepage des BVA unter www.bva.gv.at). Am darauf folgenden Montag den 31.1.2011 wurden die Anträge als beim BVA eingelangt protokolliert (siehe Antrag OZ 1). Die Frage der Rechtzeitigkeit der Anträge wird Gegenstand der Beurteilung des entscheidungszuständigen Senates im Zuge des

Hauptverfahrens sein. Zugunsten der rechtsschutzsuchenden Antragstellerin wird im Provisorialverfahren vorläufig davon ausgegangen, dass die Anträge rechtzeitig eingebracht wurden und das BVA zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig ist.

Es handelt sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei Euro XXXX ohne USt. Es handelt sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei Euro römisch 40 ohne USt.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. 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.

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 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 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wurde. Nach Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wurde.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag an die B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und diese in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine Zuschlagserteilung verhindert und eine spätere allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag an die B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und diese in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine Zuschlagserteilung verhindert und eine spätere allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes drohen würden.

Hiezu ist festzuhalten, dass der drohende Schaden lediglich glaubhaft zu machen ist. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz entsprechenden Art und Weise getan. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass der gegenständliche Auftrag für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellt. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 18.11.2008, N/0145- BVA/09/2008-EV14; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 uva).

Der Auftraggeber beantragte die Zurück- bzw Abweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung aufgrund Verfristung. Im Rahmen des Provisorialverfahrens geht die Behörde - wie bereits oben dargelegt - zunächst davon aus, dass die Anträge rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 BVergG gestellt wurden. Der Auftraggeber beantragte die Zurück- bzw Abweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung aufgrund Verfristung. Im Rahmen des Provisorialverfahrens geht die Behörde - wie bereits oben dargelegt - zunächst davon aus, dass die Anträge rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG gestellt wurden.

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs wurde vom Auftraggeber weder behauptet noch ist eine solche zu erkennen. Ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, wurde weder vorgebracht noch ist dem Senatsvorsitzenden ein solches erkennbar.

Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung soll dazu dienen, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungswerber sicher zu stellen.

Im gegebenen Zusammenhang ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen

Rechtschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigserklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Im gegebenen Zusammenhang ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigserklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und, daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Ein Auftrag seitens des BVA an den Auftraggeber, die Antragstellerin weiterhin am Vergabeverfahren zu beteiligen bzw. das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden - wie von der Antragstellerin begehrt - kommt nicht in Betracht. Es ist vielmehr allein Aufgabe des Auftraggebers, das Vergabeverfahren zu führen und bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen Angebote auszuschneiden.

Der erste Eventualantrag auf Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens ist als überschießend zu werten, da infolge einer Stattgabe dieses Antrages die Handlungsfreiheit des Auftraggebers übermäßig beschnitten wäre. Es wäre auch nicht im Interesse der Antragstellerin, dem Auftraggeber die Möglichkeit etwa der Rücknahme der bekämpften Entscheidung oder einer allfälligen Widerrufserklärung zu nehmen.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist - in der vorliegenden Konstellation - die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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