

TE Verg Bescheid 2011/1/7 20110107

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.01.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Rechnungsprüfer - Akt. Nr. 047 A/2010/0008" des Auftraggebers Österreichische Nationalbank AG, Otto Wagner Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Rechnungsprüfer - Akt. Nr. 047 A/2010/0008" des Auftraggebers Österreichische Nationalbank AG, Otto Wagner Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, das gegenständliche Vergabeverfahren fortzusetzen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt.

Begründung

Die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragsteller), stellte mit Schriftsatz vom 30.12.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.1.2011, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Weiters wurde ein Eventualantrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, mit der dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt werden solle. Mit gleichem Schriftsatz wurden ein Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 20.12.2010, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, sowie Anträge auf Auferlegung der entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an den Auftraggeber gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 30.12.2010 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Die Österreichische Nationalbank AG habe mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 5.8.2010 ein nicht offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwelkenbereich betreffend "Rechnungsprüfer" eingeleitet. Als vergebende Stelle sei in den Teilnahmeunterlagen sowie in den Ausschreibungsunterlagen die Österreichische Nationalbank, Abteilung ETS/Einkaufsmanagement, angegeben.

Als Termin für die Angebotsabgabe sei der 16.11.2010 festgelegt worden.

Der Antragsteller habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und binnen offener Frist einen Teilnahmeantrag abgegeben. Der Antragsteller sei vom Auftraggeber als geeignet qualifiziert und zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. In der Folge habe der Antragsteller ein fristgerechtes und ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Mit E-Mail vom 23.11.2010 habe der Auftraggeber den Antragsteller zur Aufklärung seines Angebotes aufgefordert: "Wir ersuchen Sie um Erklärung bis spätestens Montag, 29.11.2010, wie Ihr Angebot mit § 271a UGB im Einklang stehen soll". Mit E-Mail vom 23.11.2010 habe der Auftraggeber den Antragsteller zur Aufklärung seines Angebotes aufgefordert: "Wir ersuchen Sie um Erklärung bis spätestens Montag, 29.11.2010, wie Ihr Angebot mit Paragraph 271 a, UGB im Einklang stehen soll".

Mit Schreiben vom 29.11.2010 habe der Antragsteller ausführlich und umfassend dargelegt, dass sein Angebot § 271a UGB entspreche. Mit Schreiben vom 29.11.2010 habe der Antragsteller ausführlich und umfassend dargelegt, dass sein Angebot Paragraph 271 a, UGB entspreche.

Mit Telefax vom 20.12.2010 habe der Auftraggeber dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG iVm § 271a UGB ausgeschieden werde: "Leider musste dieses [Angebot] gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG iVm § 271a UGB ausgeschieden werden, da Sie [Herr B***] in Ihrem Angebot ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben werden". Mit Telefax vom 20.12.2010 habe der Auftraggeber dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in Verbindung mit Paragraph 271 a, UGB ausgeschieden werde: "Leider musste dieses [Angebot] gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in Verbindung mit Paragraph 271 a, UGB ausgeschieden werden, da Sie [Herr B***] in Ihrem Angebot ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben werden".

Die Ausscheidensentscheidung sei knapp formuliert und enthalte insbesondere keine Begründung, warum der Auftraggeber das ausführliche Aufklärungsschreiben des Antragstellers nicht positiv berücksichtigt habe. Dem Antragsteller sei auch keine Niederschrift über die Angebotsprüfung übermittelt worden und diese somit nicht offengelegt worden.

Mit Schreiben an den Auftraggeber vom 22.12.2010 habe der Antragsteller ausgeführt, dass sein Angebot mit keinem Ausscheidensgrund behaftet sei.

Der Antragsteller sei eine international anerkannte Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, die im Zuge ihrer Tätigkeit neben den internationalen Märkten auch den österreichischen Markt bearbeite. Der gegenständliche Auftrag stelle für ihn in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer

Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss ergebe sich unzweifelhaft bereits aus der Legung eines Angebotes in diesem Vergabeverfahren.

Würde der Antragsteller den Zuschlag nicht erhalten, würde ihm der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen, wobei von einer Gewinnspanne von rund 30% des Auftragswertes pro Geschäftsjahr auszugehen sei. Weiters drohe dem Antragsteller ein Schaden aus den diesfalls frustrierten Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von rund Euro 7.800,-- . Weiters seien dem Antragsteller für die Rechtsvertretung bisher Kosten in Höhe von Euro 4.500,-- (exkl. USt) erwachsen.

Der Antragsteller erachte sich durch die Ausscheidensentscheidung im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Der Auftraggeber behaupte die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des Antragstellers aufgrund eines Ausschlussgrundes des § 271a UGB. Der Auftraggeber behaupte die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des Antragstellers aufgrund eines Ausschlussgrundes des Paragraph 271 a, UGB.

Gemäß Punkt III.1.4 der Bekanntmachung seien für die Auftragsausführung keine "sonstigen besonderen Bedingungen" vorgesehen. In den Teilnahme- bzw. Ausschreibungsunterlagen werde auch kein relevantes (Eignungs-, Auswahl- bzw. Zuschlags-) Kriterium betreffend § 271a UGB festgelegt. Daher sei es verwunderlich, dass ein - vom Antragsteller nicht begangener - Verstoß gegen § 271a UGB die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes begründen sollte. Gemäß Punkt römisch drei.1.4 der Bekanntmachung seien für die Auftragsausführung keine "sonstigen besonderen Bedingungen" vorgesehen. In den Teilnahme- bzw. Ausschreibungsunterlagen werde auch kein relevantes (Eignungs-, Auswahl- bzw. Zuschlags-) Kriterium betreffend Paragraph 271 a, UGB festgelegt. Daher sei es verwunderlich, dass ein - vom Antragsteller nicht begangener - Verstoß gegen Paragraph 271 a, UGB die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes begründen sollte.

Zum Vorliegen der Eignung des Antragstellers:

Der Antragsteller habe alle vom Auftraggeber bekanntgegebenen Ausschreibungsbedingungen eingehalten. Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidung unrichtigerweise mit einem Ausschlussgrund iSd § 271a UGB. Die Frage der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß § 271a UGB stelle jedoch grundsätzlich eine Frage der Eignung iSd § 68ff BVergG dar. Der Antragsteller habe alle vom Auftraggeber bekanntgegebenen Ausschreibungsbedingungen eingehalten. Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidung unrichtigerweise mit einem Ausschlussgrund iSd Paragraph 271 a, UGB. Die Frage der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß Paragraph 271 a, UGB stelle jedoch grundsätzlich eine Frage der Eignung iSd Paragraph 68 f, f, BVergG dar.

Die Eignungskriterien seien in Punkt 2.7 der Teilnahmeunterlagen geregelt. Gemäß Punkt 2.7.3 sei als Nachweis der Befugnis die Registrierung bei der Kammer der Wirtschaftstreuhandler festgelegt worden. Der Auftraggeber habe somit kein Eignungskriterium betreffend § 271a UGB vorgesehen. Die Eignungskriterien seien in Punkt 2.7 der Teilnahmeunterlagen geregelt. Gemäß Punkt 2.7.3 sei als Nachweis der Befugnis die Registrierung bei der Kammer der Wirtschaftstreuhandler festgelegt worden. Der Auftraggeber habe somit kein Eignungskriterium betreffend Paragraph 271 a, UGB vorgesehen.

Der Antragsteller erfülle alle festgelegten Eignungskriterien. Der Auftraggeber selbst habe den Antragsteller als geeignet qualifiziert und zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Der Auftraggeber behaupte in der Ausscheidensentscheidung, dass im Angebot Herr B*** "ohne Einschränkung als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben wurde". Diese Behauptung treffe nicht zu:

Gemäß Punkt II.3 der Bekanntmachung sei die maßgebliche Vertragslaufzeit mit dem Zeitraum zwischen 1.9.2011 und 31.8.2012 festgelegt. Gemäß Punkt römisch zwei.3 der Bekanntmachung sei die maßgebliche Vertragslaufzeit mit dem Zeitraum zwischen 1.9.2011 und 31.8.2012 festgelegt.

Gemäß Punkt 1.5.1 der Ausschreibungsunterlagen werde der Leistungszeitraum mit dem Geschäftsjahr 2011 angegeben: "Die Leistung ist vorerst für ein Jahr zu erbringen".

Der maßgebliche und definitive Leistungszeitraum liege demnach zwischen 1.9.2011 und 31.8.2012.

Im Widerspruch zum festgelegten Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 berufe sich der Auftraggeber in der Ausscheidensentscheidung auf den Zeitraum betreffend die Geschäftsjahre 2011-2015. Der Auftraggeber habe der Angebotsprüfung somit offenbar einen über den festgelegten Leistungszeitraum des Geschäftsjahres 2011 hinausgehenden Zeitraum zu Grunde gelegt und verstoße damit gegen seine Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Zum Vorliegen der Berechtigung des Wirtschaftsprüfers des Antragstellers im maßgeblichen Leistungszeitraum (Geschäftsjahr 2011):

Der Auftraggeber bringe in der Ausscheidenserklärung zum Ausdruck, dass B*** gemäß § 271a UGB als Abschlussprüfer ausgeschlossen sei. Dies sei jedoch unzutreffend. Der Auftraggeber bringe in der Ausscheidenserklärung zum Ausdruck, dass B*** gemäß Paragraph 271 a, UGB als Abschlussprüfer ausgeschlossen sei. Dies sei jedoch unzutreffend.

Gemäß § 271a Abs. 1 Z 4 UGB sei ein Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer einer Gesellschaft ausgeschlossen, wenn er einen Bestätigungsvermerk gemäß § 274 UGB über die Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft bereits in fünf Fällen gezeichnet habe. Dies gelte nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre. Gemäß Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB sei ein Wirtschaftsprüfer als Abschlussprüfer einer Gesellschaft ausgeschlossen, wenn er einen Bestätigungsvermerk gemäß Paragraph 274, UGB über die Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft bereits in fünf Fällen gezeichnet habe. Dies gelte nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre.

Im konkreten Fall sei auf Basis der Ausschreibungsunterlagen in Punkt 5.2 des Angebotes des Antragstellers B*** als testierender Wirtschaftsprüfer angegeben worden.

Im Zusammenhang mit einer früheren Ausschreibung des Auftraggebers habe B*** den Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Jahresabschlusses des Auftraggebers in den Geschäftsjahren 2006-2009 (das heißt vier Mal) als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter gezeichnet. Hinsichtlich des Bestätigungsvermerkes betreffend das Geschäftsjahr 2010 werde C*** die Funktionen als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter ausüben. Folglich werde B*** im auftragsgegenständlichen Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 keinen Ausschlussgrund iSd § 271a UGB verwirklichen. Im Zusammenhang mit einer früheren Ausschreibung des Auftraggebers habe B*** den Bestätigungsvermerk über die Prüfung des Jahresabschlusses des Auftraggebers in den Geschäftsjahren 2006-2009 (das heißt vier Mal) als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter gezeichnet. Hinsichtlich des Bestätigungsvermerkes betreffend das Geschäftsjahr 2010 werde C*** die Funktionen als verantwortlicher Abschlussprüfer und Prüfungsleiter ausüben. Folglich werde B*** im auftragsgegenständlichen Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 keinen Ausschlussgrund iSd Paragraph 271 a, UGB verwirklichen.

Zur korrekten Angabe eines (einzigen) Wirtschaftsprüfers für das definitive Geschäftsjahr 2011 im Angebot des Antragstellers:

Der Auftraggeber behaupte in der Ausscheidensentscheidung, dass im Angebot des Antragstellers, B*** "ohne Einschränkung" als testierender Wirtschaftsprüfer für die Jahresabschlüsse 2011-2015 angegeben worden sei.

Damit impliziere der Auftraggeber unrichtigerweise, dass der im Angebot des Antragstellers angeführte Wirtschaftsprüfer sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 heranzuziehen wäre.

Ferner impliziere der Auftraggeber damit, dass im Angebot (mehrere) Wirtschaftsprüfer genannt werden könnten.

Dies widerspreche jedoch den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Die Ausschreibungsunterlagen würden an keiner Stelle eine Festlegung enthalten, wonach der anzugebende testierende Wirtschaftsprüfer sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 heranzuziehen wäre. Vielmehr werde lediglich das Geschäftsjahr 2011 als maßgeblicher und definitiver Leistungszeitraum gemäß Punkt II.3 der Bekanntmachung und gemäß Punkt 1.5.1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt. Die Ausschreibungsunterlagen würden an keiner Stelle eine Festlegung enthalten, wonach der anzugebende testierende Wirtschaftsprüfer sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 heranzuziehen wäre. Vielmehr werde lediglich das Geschäftsjahr 2011 als maßgeblicher und definitiver Leistungszeitraum gemäß Punkt römisch zwei.3 der Bekanntmachung und gemäß Punkt 1.5.1 der

Ausschreibungsunterlagen festgelegt.

Folglich habe der Antragsteller in Punkt 5.2 seines Angebotes B*** als testierenden Wirtschaftsprüfer für den definitiven Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 angegeben.

In den Ausschreibungsunterlagen sei an keiner Stelle vorgesehen, dass im Angebot mehrere Personen als testierende Wirtschaftsprüfer angegeben werden dürften. Im Gegenteil: Der Wirtschaftsprüfer werde in den Ausschreibungsunterlagen in der Singularform erwähnt, z.B. Zuschlagskriterium "Referenzen des zukünftig testierenden Wirtschaftsprüfers" gemäß Punkt 2.8.3 der Ausschreibungsunterlagen, Tabelle "Name des testierenden Wirtschaftsprüfers" gemäß Punkt 5.2 der Ausschreibungsunterlagen.

Ebenfalls ergebe sich aus dem Bewertungsmechanismus betreffend die Zuschlagskriterien, dass im Angebot nur der Wirtschaftsprüfer für das definitive Geschäftsjahr 2011 anzugeben sei. Im Falle der Nennung mehrerer Personen als Wirtschaftsprüfer wäre der Auftraggeber zu einer ausschreibungskonformen Angebotsbewertung gar nicht im Stande.

Folglich würde die objektive Auslegung der Ausschreibungsunterlagen gebieten, dass im Angebot nur ein (einziger) Wirtschaftsprüfer für das definitive Geschäftsjahr 2011 anzugeben sei.

In den Ausschreibungsunterlagen werde an keiner Stelle festgelegt, dass sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 ein und dieselbe Person als Wirtschaftsprüfer heranzuziehen wäre. Das Erfordernis ein und desselben Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 stünde im Widerspruch mit dem fundamentalen Wettbewerbsgrundsatz iSd § 19 Abs. 1 BVergG. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bieters würde unsachlich eingeschränkt, falls der Bieter von der Person des Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 abhängig wäre. Der Bieter wäre an der Auftragsausführung etwa bereits dann gehindert, wenn der im Angebot genannte Wirtschaftsprüfer sterben oder seine Tätigkeit in der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch Kündigung beenden würde. In den Ausschreibungsunterlagen werde an keiner Stelle festgelegt, dass sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 ein und dieselbe Person als Wirtschaftsprüfer heranzuziehen wäre. Das Erfordernis ein und desselben Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 stünde im Widerspruch mit dem fundamentalen Wettbewerbsgrundsatz iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bieters würde unsachlich eingeschränkt, falls der Bieter von der Person des Wirtschaftsprüfers für die Geschäftsjahre 2011-2015 abhängig wäre. Der Bieter wäre an der Auftragsausführung etwa bereits dann gehindert, wenn der im Angebot genannte Wirtschaftsprüfer sterben oder seine Tätigkeit in der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch Kündigung beenden würde.

Ebenso spreche das Institut des Ersatzprüfers in Punkt 4.5 der Teilnahmeunterlagen dafür, dass der im Angebot genannte Wirtschaftsprüfer durchaus verhindert sein könne: "[...] im Fall der Verhinderung des für das jeweilige Geschäftsjahr gewählten Rechnungsprüfers hat der Ersatzprüfer die Prüfungstätigkeit auszuüben".

Der Verhinderungsfall betreffend den Wirtschaftsprüfer werde daher gerade nicht als Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 gewertet. Der Verhinderungsfall betreffend den Wirtschaftsprüfer werde daher gerade nicht als Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gewertet.

Der Antragsteller habe die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert aus der Sicht eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt damit so ausgelegt, dass sich die Angabe des testierenden Wirtschaftsprüfers (lediglich) auf das definitive Geschäftsjahr 2011 beziehe.

Zur Ungewissheit der Optionsausübung durch den Auftraggeber in den Geschäftsjahren 2012-2015:

Der Auftraggeber übersehe, dass die Optionsausübung in den Geschäftsjahren 2012-2015 keineswegs sicher sei. In Punkt 1.5.2 der Ausschreibungsunterlagen spreche der Auftraggeber selbst von einer bloß optionalen Verlängerungsmöglichkeit. Laut Ausschreibungsunterlagen hänge die Optionsausübung überdies von den geplanten gesetzlichen Änderungen ab (insbesondere UGB und NBG).

Daher sei ungewiss, ob der Auftraggeber den optionalen Leistungsteil betreffend die Geschäftsjahre 2012-2015 überhaupt in Anspruch nehmen werde. Vielmehr sei lediglich der Leistungszeitraum betreffend das Geschäftsjahr 2011 definitiv und somit relevant.

Die Angebote seien folglich im Hinblick auf das definitive Geschäftsjahr 2011 zu prüfen und zu bewerten. Durch Heranziehung eines - durch den Antragsteller nicht verwirklichten - Ausscheidensgrundes betreffend die optionalen

Geschäftsjahre 2012-2015 verstoße der Auftraggeber gegen die Vergabegrundsätze iSd § 19 Abs 1 BVergG. Die Angebote seien folglich im Hinblick auf das definitive Geschäftsjahr 2011 zu prüfen und zu bewerten. Durch Heranziehung eines - durch den Antragsteller nicht verwirklichten - Ausscheidensgrundes betreffend die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 verstoße der Auftraggeber gegen die Vergabegrundsätze iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG.

Das Angebot des Antragstellers sei sowohl für das definitive Geschäftsjahr 2011 als auch für die optionalen Geschäftsjahre 2012-2015 ausschreibungskonform.

Zur unrichtigen Auslegung der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß § 271a UGB durch den Auftraggeber: Zur unrichtigen Auslegung der Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers gemäß Paragraph 271 a, UGB durch den Auftraggeber:

Nach den Gesetzesmaterialien beziehe sich § 271a Abs. 1 UGB nur auf natürliche Personen (ErläutRV 467 BlgNR 23 GP 24). Dies bedeute, dass der Ausschlussgrund gerade nicht die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als juristische Person betreffe. Der Ausschlussgrund des § 271a Abs. 1 Z 4 UGB könne sich nur auf den Wirtschaftsprüfer als natürliche Person und nicht auf den Antragsteller als juristische Person beziehen. Nach den Gesetzesmaterialien beziehe sich Paragraph 271 a, Absatz eins, UGB nur auf natürliche Personen (ErläutRV 467 BlgNR 23 Gesetzgebungsperiode 24). Dies bedeute, dass der Ausschlussgrund gerade nicht die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als juristische Person betreffe. Der Ausschlussgrund des Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB könne sich nur auf den Wirtschaftsprüfer als natürliche Person und nicht auf den Antragsteller als juristische Person beziehen.

Zur gesetzlichen Zulässigkeit des Wechsels des Wirtschaftsprüfers:

Ein allfälliger Wechsel des Wirtschaftsprüfers in den optionalen Geschäftsjahren 2012-2015 sei gesetzlich zulässig.

In § 271a Abs. 1 Z 4 UGB werde ausdrücklich die Möglichkeit der Unterbrechung der Prüfungstätigkeit eines ausgeschlossenen Wirtschaftsprüfers zugelassen: "[Die Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers] gilt nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre". In Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB werde ausdrücklich die Möglichkeit der Unterbrechung der Prüfungstätigkeit eines ausgeschlossenen Wirtschaftsprüfers zugelassen: "[Die Ausgeschlossenheit des Wirtschaftsprüfers] gilt nicht nach einer Unterbrechung der Prüfungstätigkeit für zumindest zwei aufeinanderfolgende Geschäftsjahre".

Die Gesetzesmaterialien würden die Ausnahme von der Ausgeschlossenheit als "interne Rotation" bzw. "personenbezogene Rotation" bezeichnen. Dies bedeute, dass durch den persönlichen Wechsel des Wirtschaftsprüfers die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft weiterhin ihre Prüfungstätigkeit ausüben dürfe.

Nach der Literatur bestehe der Ausschluss iSd § 271a Abs. 1 Z 4 UGB ebenfalls nur hinsichtlich der Person des Wirtschaftsprüfers, sodass ein anderer Wirtschaftsprüfer derselben Prüfungsgesellschaft den Bestätigungsvermerk unterzeichnen könne. Nach der Literatur bestehe der Ausschluss iSd Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB ebenfalls nur hinsichtlich der Person des Wirtschaftsprüfers, sodass ein anderer Wirtschaftsprüfer derselben Prüfungsgesellschaft den Bestätigungsvermerk unterzeichnen könne.

Im konkreten Fall würde der Antragsteller als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft daher weiterhin zur Auftragsausführung berechtigt sein, falls der Wirtschaftsprüfer B*** in den optionalen Geschäftsjahren vom Ausschlussgrund iSd § 271a Abs. 1 Z 4 UGB betroffen sein sollte. Diesfalls würde C*** als Wirtschaftsprüfer zur Verfügung stehen. Im konkreten Fall würde der Antragsteller als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft daher weiterhin zur Auftragsausführung berechtigt sein, falls der Wirtschaftsprüfer B*** in den optionalen Geschäftsjahren vom Ausschlussgrund iSd Paragraph 271 a, Absatz eins, Ziffer 4, UGB betroffen sein sollte. Diesfalls würde C*** als Wirtschaftsprüfer zur Verfügung stehen.

Das Angebot des Antragstellers sei daher rechtswidriger Weise ausgeschieden worden.

Das Vergabeverfahren sei aufgrund rechtswidriger Zuschlagskriterien zwingend zu widerrufen. Die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien seien ungenau und abstrakt formuliert. Gemäß Punkt 2.8 und Punkt 2.9 der Ausschreibungsunterlagen sei etwa unklar, auf Basis welcher Kriterien und Umstände ein Referenzprojekt die maximale Punktzahl erhalte. Auf Grundlage der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien sei eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich.

Der Antragsteller erhob sein vorstehend wiedergegebenes Begehren auch zum Begehren des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Schriftsatz vom 5.1.2011 gab der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit Euro 300.000,-- (exkl. USt) pro Jahr bekannt (Los 1 und Los 2 je Euro 146.000,-- exkl. USt, Los 3 und Los 4 je Euro 4.000,-- exkl. USt). Da die ausgeschriebenen Rechnungsprüferleistungen aufgrund der ausgeschriebenen Optionen für höchstens fünf Jahre vergeben werden könnten, betrage der größtmögliche Gesamtauftragswert Euro 1,5 Mio. exkl. USt.

Der Auftraggeber unterlasse es, sich gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung auszusprechen. Interessen von Mitbewerbern würden durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht beeinträchtigt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auförmisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Bei der Österreichischen Nationalbank AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der Österreichischen Nationalbank AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (§ 6 BVergG) im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 2 BVergG), der in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 3 BVergG vergeben werden soll. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (Paragraph 6, BVergG) im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG), der in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG vergeben werden soll. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG rechtzeitig. Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 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 leg.cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG rechtzeitig. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des 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, leg.cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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 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 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 § 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist darauf Bedacht zu nehmen, dass aufgrund des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers das Vergabeverfahren ohne weitere Einbeziehung des Antragstellers fortgeführt würde. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller in weiterer Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist darauf Bedacht zu nehmen, dass aufgrund des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers das Vergabeverfahren ohne weitere Einbeziehung des Antragstellers fortgeführt würde. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller in weiterer Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a).

Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a).

Demgegenüber hat sich der Auftraggeber nicht gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechende besondere öffentliche Interessen erkennbar.

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG dar. Würde eine lediglich die Zuschlagserteilung untersagende einstweilige Verfügung iSd Eventualantrages erlassen werden, könnte der Auftraggeber zwischenzeitig - ohne Berücksichtigung des Angebotes des Antragstellers - eine Zuschlagsentscheidung treffen. Gemäß § 131 Abs. 1 BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der Antragsteller, dessen Angebot vom Auftraggeber ausgeschieden wurde, von der getroffenen Zuschlagsentscheidung keine Kenntnis erhalten und in weiterer Folge die Zuschlagsentscheidung nicht mehr bekämpfen könnte. Die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG dar. Würde eine lediglich die Zuschlagserteilung untersagende einstweilige Verfügung iSd Eventualantrages erlassen werden, könnte der Auftraggeber zwischenzeitig - ohne Berücksichtigung des Angebotes des Antragstellers - eine Zuschlagsentscheidung treffen. Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der Antragsteller, dessen Angebot vom Auftraggeber ausgeschieden wurde, von der getroffenen Zuschlagsentscheidung keine Kenntnis erhalten und in weiterer Folge die Zuschlagsentscheidung nicht mehr bekämpfen könnte.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2011

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