

TE Verg Bescheid 2010/8/16 N/0064-BVA/08/2010-EV18

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.08.2010

Norm

BVergG 2006 §313

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren "Flugrettung", bekannt gemacht im EU Amtsblatt am 22.7.2010 unter 2010, S140- 216000; GZ beim Auftraggeber BMI-EE 1460/0001-I/6/2010, der Auftraggeberin Republik Österreich (= Bund) über den vom Antragsteller C*** F*** gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher es der Republik Österreich, Bund, Bundesministerin für Inneres bei sonstiger Exekution untersagt ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamts über den [...] Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber bis 6 Wochen ab Erlassung dieser einstweiligen Verfügung, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Flugrettung" zu erteilen, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren "Flugrettung", bekannt gemacht im EU Amtsblatt am 22.7.2010 unter 2010, S140- 216000; GZ beim Auftraggeber BMI-EE 1460/0001-I/6/2010, der Auftraggeberin Republik Österreich (= Bund) über den vom Antragsteller C*** F*** gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher es der Republik Österreich, Bund, Bundesministerin für Inneres bei sonstiger Exekution untersagt ist, bis zur

rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamts über den [...] Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber bis 6 Wochen ab Erlassung dieser einstweiligen Verfügung, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Flugrettung" zu erteilen, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Auftraggeberin Republik Österreich (= Bund) ist es hiermit für die Dauer des gegenständlichen beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0064-BVA/08/2010 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren Ausschreibung "Flugrettung", bekannt gemacht im EU Amtsblatt am 22.7.2010 unter 2010, S140-216000; GZ beim Auftraggeber BMI-EE 1460/0001-I/6/2010, zu erteilen. Dieses Verbot endet aber jedenfalls mit Ablauf des 27.9.2010.

Dem in zeitlicher Hinsicht gestellten relativen Mehrbegehren auf Erlassung der einstweiligen Verfügung "... bis zur rechtskräftigen Entscheidung des

Bundesvergabeamts..." wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlagen: § 345 Abs 14 Z1 und Z 2 iVm §§ 313, 328 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006/BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraph 345, Absatz 14, Z1 und Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraphen 313, 328 und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensengang und Sachverhalt

Die im Nachprüfungsantrag bezeichnete Auftraggeberin "Republik Österreich" führt über eine vergebende Stelle im Ressortbereich "Bundesministerin für Inneres" aktuell das im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren durch. Mit dieser Vergabe sollen offenbar künftig Hubschrauber - Flugrettungsdienstleistungen bzw die Leistungsbereitschaft dazu (iS einer rahmenvertraglichen Gestaltung) gesichert werden, wobei die Vergabe die Bundesländer Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Steiermark und Kärnten betrifft; und in einem Konnex mit fünf Vereinbarungen des Bunds gemäß Art 15a B-VG mit den gerade genannten fünf Bundesländern stehen dürfte. Die im Nachprüfungsantrag bezeichnete Auftraggeberin "Republik Österreich" führt über eine vergebende Stelle im Ressortbereich "Bundesministerin für Inneres" aktuell das im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren durch. Mit dieser Vergabe sollen offenbar künftig Hubschrauber - Flugrettungsdienstleistungen bzw die Leistungsbereitschaft dazu (iS einer rahmenvertraglichen Gestaltung) gesichert werden, wobei die Vergabe die Bundesländer Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Steiermark und Kärnten betrifft; und in einem Konnex mit fünf Vereinbarungen des Bunds gemäß Artikel 15 a, B-VG mit den gerade genannten fünf Bundesländern stehen dürfte.

Der anwaltlich vertretene Antragsteller stellte am 6.8.2010 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und begehrte diesbezüglich am 6.8.2010 insbesondere weiters die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV). Zur Stützung seiner Begehren argumentierte der Antragsteller mit einem für den Bund - als dem unzweifelhaft hinter der Auftraggeberbezeichnung "Republik Österreich" stehenden öffentlichen Auftraggeber iSd §§ 3 Abs 1 Z 1 und 291 Abs 2 BVergG 2006 - laut Ausschreibung unentgeltlich angestrebten - Dienstleistungsauftrag und verneinte insb das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession. Die behauptete und im Nachprüfungsantrag kritisierte "Unentgeltlichkeit" zu Gunsten des Bunds bezieht sich dabei - aus der verfahrenseinleitenden Eingabe objektiv ersichtlich - darauf, dass der Bund laut Ausschreibungsunterlage selbst keine Zahlungen an den künftigen Dienstleistungserbringer leisten möchte, sondern sich der Dienstleistungserbringer durch Zahlungen Dritter finanzieren soll, wobei allerdings in den fünf im Nachprüfungsantrag bezogenen Art 15a - Vereinbarungen jeweils in deren § 6 etwas über die Kostentragung durch den Bund samt in Aussicht genommenen (Co- bzw Re-) Finanzierungsmaßnahmen geregelt wird. Evident im eV - Verfahren ist hinsichtlich der Nachprüfungsantragstellung, dass künftig mangels Bekämpfung der streitigen Ausschreibung das Argument der Bestandfestigkeit der streitigen Ausschreibung gemäß § 321 BVergG 2006 dräuen könnte, auch sofern tatsächlich ein Dienstleistungsauftrag zu konstatieren wäre. Der anwaltlich vertretene Antragsteller stellte am 6.8.2010 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und begehrte diesbezüglich am 6.8.2010 insbesondere weiters die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV). Zur Stützung seiner Begehren argumentierte der Antragsteller mit einem für den Bund - als dem unzweifelhaft hinter der Auftraggeberbezeichnung "Republik Österreich" stehenden öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer eins und 291 Absatz 2, BVergG

2006 - laut Ausschreibung unentgeltlich angestrebten - Dienstleistungsauftrag und verneinte insb das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession. Die behauptete und im Nachprüfungsantrag kritisierte "Unentgeltlichkeit" zu Gunsten des Bunds bezieht sich dabei - aus der verfahrenseinleitenden Eingabe objektiv ersichtlich - darauf, dass der Bund laut Ausschreibungsunterlage selbst keine Zahlungen an den künftigen Dienstleistungserbringer leisten möchte, sondern sich der Dienstleistungserbringer durch Zahlungen Dritter finanzieren soll, wobei allerdings in den fünf im Nachprüfungsantrag bezogenen Artikel 15 a, - Vereinbarungen jeweils in deren Paragraph 6, etwas über die Kostentragung durch den Bund samt in Aussicht genommenen (Co- bzw Re-) Finanzierungsmaßnahmen geregelt wird. Evident im eV - Verfahren ist hinsichtlich der Nachprüfungsantragstellung, dass künftig mangels Bekämpfung der streitigen Ausschreibung das Argument der Bestandfestigkeit der streitigen Ausschreibung gemäß Paragraph 321, BVergG 2006 dräuen könnte, auch sofern tatsächlich ein Dienstleistungsauftrag zu konstatieren wäre.

Der gleichsam anwaltlich vertretene Bund, der gemäß § 328 Abs 5 und 6 BVergG 2006 vom eV - Begehren verständigt wurde, argumentiert in seiner (ersten) Stellungnahme zum eV - Begehren insbesondere mit dem Vorliegen einer Dienstleistungskonzession. Der gleichsam anwaltlich vertretene Bund, der gemäß Paragraph 328, Absatz 5 und 6 BVergG 2006 vom eV - Begehren verständigt wurde, argumentiert in seiner (ersten) Stellungnahme zum eV - Begehren insbesondere mit dem Vorliegen einer Dienstleistungskonzession.

Da zumindest auf Basis der aktuellen einfachgesetzlichen Rechtslage des § 11 BVergG 2006 der Bundesgesetzgeber offenbar gemäß Art 14b B-VG materiellrechtliche Regelungen über Dienstleistungskonzessionen trifft; jedoch insoweit der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß den §§ 291ff BVergG 2006 gleichzeitig keine Anwendung finden soll, stellte sich für das BVA vor diesem geschilderten einfachgesetzlichen Hintergrund bereits im Provisorialverfahren die - auch im Nachprüfungsverfahren - zentrale Frage der Zuständigkeit zur Vergabenachprüfung. Da zumindest auf Basis der aktuellen einfachgesetzlichen Rechtslage des Paragraph 11, BVergG 2006 der Bundesgesetzgeber offenbar gemäß Artikel 14 b, B-VG materiellrechtliche Regelungen über Dienstleistungskonzessionen trifft; jedoch insoweit der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß den Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 gleichzeitig keine Anwendung finden soll, stellte sich für das BVA vor diesem geschilderten einfachgesetzlichen Hintergrund bereits im Provisorialverfahren die - auch im Nachprüfungsverfahren - zentrale Frage der Zuständigkeit zur Vergabenachprüfung.

Unter Berücksichtigung der Rsp des EuGH (- siehe zB Rs C-300/07 -) richtete das BVA am 12.8.2010 zur Klärung dieser Zuständigkeitsfrage folgende Anfrage an die Verfahrensparteien:

Das BVA richtet nunmehr folgende Fragestellungen an die Adressaten dieser Note zwecks Vorbereitung der Provisorialentscheidung gemäß §§ 328ff BVergG 2006 und fordert zur Beantwortung bis Montag, 16.8.2010, 08.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt auf: Das BVA richtet nunmehr folgende Fragestellungen an die Adressaten dieser Note zwecks Vorbereitung der Provisorialentscheidung gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 und fordert zur Beantwortung bis Montag, 16.8.2010, 08.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt auf:

1. 1.Ziffer eins

Gemäß Seite 5/20 der Ausschreibung, Teil I, soll der Auftragnehmer den Betrieb der Flugrettung mit geeigneten Rettungshubschraubern samt Besatzung (Pilot/Notarzt/...) sicherstellen müssen. Gemäß Seite 5/20 der Ausschreibung, Teil römisch eins, soll der Auftragnehmer den Betrieb der Flugrettung mit geeigneten Rettungshubschraubern samt Besatzung (Pilot/Notarzt/...) sicherstellen müssen.

Gemäß § 4 Z 3 der Gliedstaatsverträge betreffend die Flugrettung mit den Ländern Salzburg, Tirol und Oberösterreich hat der Bund insb beim BMI beamtete Hubschrauberpiloten zur Verfügung zu stellen. Gemäß Paragraph 4, Ziffer 3, der Gliedstaatsverträge betreffend die Flugrettung mit den Ländern Salzburg, Tirol und Oberösterreich hat der Bund insb beim BMI beamtete Hubschrauberpiloten zur Verfügung zu stellen.

Gemäß § 6 Abs 1 der Gliedstaatsverträge mit allen fünf betroffenen Bundesländern sind die Kosten der Hubschrauber- und Pilotenbeistellung jeweils grundsätzlich vom Bund aufzubringen. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, der Gliedstaatsverträge mit allen fünf betroffenen Bundesländern sind die Kosten der Hubschrauber- und Pilotenbeistellung jeweils grundsätzlich vom Bund aufzubringen.

Rücksichtlich der Interpretationsvorgaben für die streitige Ausschreibung: Wird daher insb rücksichtlich der gerade aufgezeigten Themen mit den streitgegenständlichen Vergabeunterlagen nachmalig tatsächlich ein Vertrag angestrebt, mit dem der Bund seine Verpflichtungen aus den dem Nachprüfungsantrag textmäßig beigelegten fünf Art 15a B-VG - Verträgen erfüllen soll? Rücksichtlich der Interpretationsvorgaben für die streitige Ausschreibung: Wird daher insb

rücksichtlich der gerade aufgezeigten Themen mit den streitgegenständlichen Vergabeunterlagen nachmalig tatsächlich ein Vertrag angestrebt, mit dem der Bund seine Verpflichtungen aus den dem Nachprüfungsantrag textmäßig beigelegten fünf Artikel 15 a, B-VG - Verträgen erfüllen soll?

1. 2.Ziffer 2

Der EuGH hat sich in der Rs C-300/07 (= zB ZVB 2010/9) insb ab den Rdnri 67ff mit der Abgrenzung zwischen einer Rahmenvereinbarung einerseits und einer Dienstleistungskonzession andererseits auseinandergesetzt.

Insb vor dem Hintergrund der Ausführungen des EuGH in C-300/07:

Wäre es für den Betreiber der Hubschrauberrettungsflüge bei einer Leistungserbringung gemäß der gegenständlichen Ausschreibung absehbar, wieviel an Entgelten er iSd der Ausführungen des EuGH in C-300/07, Rdnr 74, (iVm EuGH C-220/05) von dritter Seite erwartbar per anno risikolos bzw risikoarm einbringlich machen kann, wie eben vergleichend der Orthopädieschuhmacher (ausWäre es für den Betreiber der Hubschrauberrettungsflüge bei einer Leistungserbringung gemäß der gegenständlichen Ausschreibung absehbar, wieviel an Entgelten er iSd der Ausführungen des EuGH in C-300/07, Rdnr 74, in Verbindung mit EuGH C- 220/05) von dritter Seite erwartbar per anno risikolos bzw risikoarm einbringlich machen kann, wie eben vergleichend der Orthopädieschuhmacher (aus EuGH C-300/07) den jährlichen Patientenanfall und damit den jährlichen Umsatz gleichfalls abschätzen konnte?

1. 3.Ziffer 3

Wie wurde in den letzten Jahren und mit welchen Finanzierungsbeiträgen welcher Rechtsträger die Flugrettung in den hier streitgegenständlichen fünf Bundesländern finanziert? Wie geschieht dies aktuell? (Um eine diesbezüglich übersichtliche Tabellendarstellung wird ersucht!)

1. 4.Ziffer 4

Auf der Seite 5/20 des Teils 1 der streitgegenständlichen Ausschreibung ist festgeschrieben, dass der nachmalige Auftragnehmer kein Entgelt vom Bund für die Durchführung der Hubschrauberrettungsdienstleistungen erhalten soll. Insb wenn der Bund gemäß § 6 der fünf oben bereits erwähnten Gliedstaatsverträge offenbar grundsätzlich Kostenträger hinsichtlich seiner ihm nach diesen Art 15a - B-VG - Gliedstaatsverträgen zukommenden Aufgaben sein soll, ist gegenständlich gemäß §§ 878 und/oder 879 ABGB von der Teilnichtigkeit eines künftigen Vertrags laut den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen im Punkte der fehlenden Entgeltspflicht mit der Rechtsfolge der Entgeltlichkeit gemäß § 1152 ABGB auszugehen, wenn ein Vertragspartner evident kostenintensive Leistungen samt allfällig kostenintensiver Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft garantieren soll; oder erscheint dies auf Basis der - rechtlich für den Auftragnehmer als abgesichert - absehbaren Zuzahlungen dritter Rechtsträger an den Auftragnehmer nicht so? Auf der Seite 5/20 des Teils 1 der streitgegenständlichen Ausschreibung ist festgeschrieben, dass der nachmalige Auftragnehmer kein Entgelt vom Bund für die Durchführung der Hubschrauberrettungsdienstleistungen erhalten soll. Insb wenn der Bund gemäß Paragraph 6, der fünf oben bereits erwähnten Gliedstaatsverträge offenbar grundsätzlich Kostenträger hinsichtlich seiner ihm nach diesen Artikel 15 a, - B-VG - Gliedstaatsverträgen zukommenden Aufgaben sein soll, ist gegenständlich gemäß Paragraphen 878, und/oder 879 ABGB von der Teilnichtigkeit eines künftigen Vertrags laut den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen im Punkte der fehlenden Entgeltspflicht mit der Rechtsfolge der Entgeltlichkeit gemäß Paragraph 1152, ABGB auszugehen, wenn ein Vertragspartner evident kostenintensive Leistungen samt allfällig kostenintensiver Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft garantieren soll; oder erscheint dies auf Basis der - rechtlich für den Auftragnehmer als abgesichert - absehbaren Zuzahlungen dritter Rechtsträger an den Auftragnehmer nicht so?

1. 5.Ziffer 5

Rücksichtlich der denkbaren Nichterlassung der eV: Wird gegenständlich durch den abzuschließen geplanten Vertrag ein wesentlicher Teil des gesamtösterreichischen Hubschrauberrettungsdienstleistungsmarkts zeitlich unbefristet dem Wettbewerb der an dieser Dienstleistungserbringung potentiell interessierten Verkehrskreise entzogen; welche sachlichen, angemessenen und verhältnismäßigen Gründe bestehen für eine derartige allfällige Zielsetzung bzw für ein allfällig zumindest faktisches derartiges Ergebnis der Ausschaltung des Wettbewerbs?

1. 6.Ziffer 6

Wie ist derzeit - hinsichtlich der Schutzgüter Leib & Leben & Gesundheit von Menschen - die Flugrettung in den

betroffenen Bundesländern sichergestellt?

1. 7.Ziffer 7

Der Bund spricht laut der mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegten Vergabebekanntmachung geflissentlich (auch) von einem Dienstleistungsauftrag. Auf Seite 14/20 des Teils I der Ausschreibung formuliert der Bund betreffend einen "neuen Gesamtpreis". Der Bund spricht laut der mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegten Vergabebekanntmachung geflissentlich (auch) von einem Dienstleistungsauftrag. Auf Seite 14/20 des Teils römisch eins der Ausschreibung formuliert der Bund betreffend einen "neuen Gesamtpreis".

Auf Seite 16/20 des Teils I der Ausschreibung formuliert der Bund einen Ausscheidensgrund wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises. Hat sich daher der Bund aus der Summe der für ihn gegenständlich zurechenbar abgegebenen Erklärungen zumindest im Zweifel die Eröffnung eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs über die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen - im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags gemäß § 6 BVergG 2006 - über die §§ 863, 914 und 915 ABGB - zurechnen zu lassen? Auf Seite 16/20 des Teils römisch eins der Ausschreibung formuliert der Bund einen Ausscheidensgrund wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises. Hat sich daher der Bund aus der Summe der für ihn gegenständlich zurechenbar abgegebenen Erklärungen zumindest im Zweifel die Eröffnung eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs über die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen - im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags gemäß Paragraph 6, BVergG 2006 - über die Paragraphen 863, 914 und 915 ABGB - zurechnen zu lassen?

1. 8.Ziffer 8

Zur Vermeidung einer denkbaren, allerdings zu vermeidenden Überraschungsentscheidung iSv Art 6 MRK: Inwieweit könnten insbesondere die weiter oben bereits bezogenen Art 15a - B-VG - Vereinbarungen und insb die darin teilweise vorgesehenen Personalbeistellungen insb von beamteten Piloten durch das BMI; bzw zB die darin mitunter vorgesehen Beistellungen von Flugrettungsärzten durch die Länder dazu führen, dass gegenständlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt bzw insb über die §§ 878 und 879 ABGB der Auftragnehmer letztlich als eigenen Leistungsschwerpunkt insbesondere die betriebsbereiten Rettungshubschrauber beizustellen hat, womit in rechtlicher Hinsicht der Lieferauftragsanteil gemäß §§ 5 und 9 BVergG 2006 (iS einer entgeltlichen Gebrauchs- und Verfügbarkeitsüberlassung der Rettungsfluggeräte) überwiegen könnte? Zur Vermeidung einer denkbaren, allerdings zu vermeidenden Überraschungsentscheidung iSv Artikel 6, MRK: Inwieweit könnten insbesondere die weiter oben bereits bezogenen Artikel 15 a, - B-VG - Vereinbarungen und insb die darin teilweise vorgesehenen Personalbeistellungen insb von beamteten Piloten durch das BMI; bzw zB die darin mitunter vorgesehen Beistellungen von Flugrettungsärzten durch die Länder dazu führen, dass gegenständlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt bzw insb über die Paragraphen 878 und 879 ABGB der Auftragnehmer letztlich als eigenen Leistungsschwerpunkt insbesondere die betriebsbereiten Rettungshubschrauber beizustellen hat, womit in rechtlicher Hinsicht der Lieferauftragsanteil gemäß Paragraphen 5 und 9 BVergG 2006 (iS einer entgeltlichen Gebrauchs- und Verfügbarkeitsüberlassung der Rettungsfluggeräte) überwiegen könnte?

Es wird unter nochmaligem Hinweis auf § 313 BVergG 2006 um kurze und prägnante Fragenbeantwortung samt entsprechender Bescheinigung; allenfalls unter exaktem Verweis auf bisherige Verfahrenseingaben und exakt bezeichnete Teile der Vergabeunterlagen ersucht. Es wird unter nochmaligem Hinweis auf Paragraph 313, BVergG 2006 um kurze und prägnante Fragenbeantwortung samt entsprechender Bescheinigung; allenfalls unter exaktem Verweis auf bisherige Verfahrenseingaben und exakt bezeichnete Teile der Vergabeunterlagen ersucht.

Wien, am 12.8.2010

Der Vorsitzende des Senats 8

Mag Reinhard Grasböck

Der Bund, dem bereits am 6.8.2010 die Regelung des § 313 BVergG 2006 ausdrücklich vorgehalten worden war, ersuchte insoweit mit einem am 13.8.2010 nach Amtsstundenende per e-mail eingebrachten Schriftsatz um Fristerstreckung hinsichtlich dieser aufgeworfenen Fragestellungen, da insoweit Akkordierungsbedarf mit den Ländern und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger bestünde; und willigte in dieser Eingabe unter Aufrechterhaltung seiner Position des Vorliegens eines Dienstleistungskonzessionssachverhalts bei dieser Vergabe sachorientiert unter ausdrücklichem Hinweis auf rein verfahrensökonomische Gründe in die Erlassung der begehrten Provisorialmaßnahme ein - Eingabe lfd Nr 15 des Verwaltungsakts. Der Bund, dem bereits am 6.8.2010 die Regelung

des Paragraph 313, BVergG 2006 ausdrücklich vorgehalten worden war, ersuchte insoweit mit einem am 13.8.2010 nach Amtsstundenende per e-mail eingebrachten Schriftsatz um Fristerstreckung hinsichtlich dieser aufgeworfenen Fragestellungen, da insoweit Akkordierungsbedarf mit den Ländern und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger bestünde; und willigte in dieser Eingabe unter Aufrechterhaltung seiner Position des Vorliegens eines Dienstleistungskonzessionssachverhalts bei dieser Vergabe sachorientiert unter ausdrücklichem Hinweis auf rein verfahrensökonomische Gründe in die Erlassung der begehrten Provisorialmaßnahme ein - Eingabe lfd Nr 15 des Verwaltungsakts.

Bislang stehen auch keine Tatsachen fest, die zwingend zu einer Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens N/0064-BVA/08/2010 (erheblich) über den Sechswochenzeitraum des § 326 BVergG 2006 hinaus führen würden. Bislang stehen auch keine Tatsachen fest, die zwingend zu einer Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens N/0064-BVA/08/2010 (erheblich) über den Sechswochenzeitraum des Paragraph 326, BVergG 2006 hinaus führen würden.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0064- BVA/08/2010; bzw aus notorischen Tatsachen; soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0064- BVA/08/2010; bzw aus notorischen Tatsachen; soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

3.1.1. Der Bund, der im rechtsgeschäftlichen Verkehr notorisch häufig auch als "Republik Österreich" benannt wird, ist ein dem Bundesvergabeamt (= BVA) vergabekontrollunterworfener öffentlicher Auftraggeber iSd §§ 3 Abs 1 Z 1 und 291 Abs 2 BVergG 2006. 3.1.2. Der Bundesgesetzgeber hat mit § 345 Abs 14 Z 1 und Z 2 BVergG 2006 idF der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG - Novelle gemäß Bundesgesetz BGBl I 2010/15 angeordnet, dass nach dem 4.3.2010 eingeleitete Vergabeverfahren materiellrechtlich gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 zu beurteilen sind und die nach dem 4.3.2010 eingeleiteten Nachprüfungs- und eV-Verfahren gemäß den teilweise neu gefassten Rechtsschutzregeln der §§ 291ff BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 durchzuführen sind. 3.1.1. Der Bund, der im rechtsgeschäftlichen Verkehr notorisch häufig auch als "Republik Österreich" benannt wird, ist ein dem Bundesvergabeamt (= BVA) vergabekontrollunterworfener öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer eins und 291 Absatz 2, BVergG 2006. 3.1.2. Der Bundesgesetzgeber hat mit Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins und Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG - Novelle gemäß Bundesgesetz BGBl römisch eins 2010/15 angeordnet, dass nach dem 4.3.2010 eingeleitete Vergabeverfahren materiellrechtlich gemäß dem BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 zu beurteilen sind und die nach dem 4.3.2010 eingeleiteten Nachprüfungs- und eV-Verfahren gemäß den teilweise neu gefassten Rechtsschutzregeln der Paragraphen 291 f, f, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 durchzuführen sind.

Zitate des Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) in diesem Bescheid beziehen sich daher auf Basis dieses nach dem 4.3.2010 eingeleiteten Vergabeverfahren grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010 /15. Zitate des Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) in diesem Bescheid beziehen sich daher auf Basis dieses nach dem 4.3.2010 eingeleiteten Vergabeverfahren grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010 /15.

3.1.3. In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung jene Mindestinhalte vorhanden, die § 328 Abs 2 BVergG 2006 für einen eV - Antrag vorschreibt. 3.1.3. In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung jene Mindestinhalte vorhanden, die Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 für einen eV - Antrag vorschreibt.

3.1.4. Es sind bislang auch keine Tatsachen ersichtlich bzw vorgebracht, auf Grund derer dem Antragsteller das Vertragsabschlussinteresse oder aber der drohende Schaden jeweils offensichtlich gemäß §§ 320 Abs 1 iVm 328 Abs 1

BVergG 2006 abgesprochen werden könnte. 3.1.4. Es sind bislang auch keine Tatsachen ersichtlich bzw. vorgebracht, auf Grund derer dem Antragsteller das Vertragsabschlussinteresse oder aber der drohende Schaden jeweils offensichtlich gemäß Paragraphen 320, Absatz eins, in Verbindung mit 328 Absatz eins, BVergG 2006 abgesprochen werden könnte.

3.2 Inhaltliche Beurteilung

Die zentral einschlägigen Gesetzesbestimmungen zum Zweck einer eV im Provisorialverfahren vor dem Bundesvergabeamt lauten:

§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat 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. Paragraph 328, (1) Das Bundesvergabeamt hat 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.

[...]

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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.

[...]

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist 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 Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. [...]

§ 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird. Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVergG 2006 gleichzeitig jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den §§ 328ff BVergG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 dient. Wenn nunmehr Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 gleichzeitig jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigklärung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. Die aktuell drohende Unzulässigkeit eines Nichtigklärungsbegehrens durch Zuschlagserteilung ist ein derartiges Sicherungsinteresse. Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können bis auf eine unten erörterte Ausnahme nicht erkannt werden, zumal die Auftraggeberin keine gegenteiligen Interessen mitteilte, sondern aus verfahrensökonomischen Gründen in die Provisorialmaßnahme einwilligte; Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigklärung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. Die aktuell drohende Unzulässigkeit eines Nichtigklärungsbegehrens durch Zuschlagserteilung ist ein derartiges Sicherungsinteresse. Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können bis auf eine unten erörterte Ausnahme nicht erkannt werden, zumal die Auftraggeberin keine gegenteiligen Interessen mitteilte, sondern aus verfahrensökonomischen Gründen in die Provisorialmaßnahme einwilligte;

und § 112 Abs 4 BVergG 2006 zudem für jeden anderen Bieter grundsätzlich die Zeitverzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren vorhersehbar und damit insoweit als einzukalkulierend normiert. und Paragraph 112, Absatz 4, BVergG 2006 zudem für jeden anderen Bieter grundsätzlich die Zeitverzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren vorhersehbar und damit insoweit als einzukalkulierend normiert.

Das BVA durfte insoweit gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 von Tatsachen ausgehen, die in rechtlicher Hinsicht zumindest vorläufig im Provisorialverfahren die vom Antragsteller behauptete Zuständigkeit des BVA zur meritorischen Ausschreibungskontrolle tragen, womit gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 gleichzeitig das einen Sicherungszweck gemäß §§ 328ff BVergG 2006 - insb hinsichtlich der Frage der inhaltlichen Vergabekontrollzuständigkeit des BVA - begründende zulässige Nichtigklärungsbegehren zu Grunde gelegt werden konnte. Sohin war das - beantragte - Zuschlagsverbot als die im vorliegenden Fall in Betracht kommende, begehrte und auch gelindeste Sicherungsmaßnahme iSv § 329 auszusprechen, um die durch Zuschlagserteilung mitunter drohende Unzulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens des Antragstellers gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 zu verhindern. Das BVA durfte insoweit gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 von Tatsachen ausgehen, die in rechtlicher Hinsicht zumindest vorläufig im Provisorialverfahren die vom Antragsteller behauptete Zuständigkeit des BVA zur meritorischen Ausschreibungskontrolle tragen, womit gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 gleichzeitig das einen Sicherungszweck gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 - insb hinsichtlich der Frage der inhaltlichen Vergabekontrollzuständigkeit des BVA - begründende zulässige Nichtigklärungsbegehren zu Grunde gelegt werden konnte. Sohin war das - beantragte - Zuschlagsverbot als die im vorliegenden Fall in Betracht kommende, begehrte und auch gelindeste Sicherungsmaßnahme iSv Paragraph 329, auszusprechen, um die durch Zuschlagserteilung mitunter drohende Unzulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens des Antragstellers gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zu verhindern.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahmen ist auszuführen, dass bei Beantragung der eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine in zeitlicher Hinsicht korrespondierende Behördenentscheidung nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG 2006 als hinreichend befristet zu bewerten ist - vgl nur BVA 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11 (formell noch) zu § 329 Abs 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86. Zur Dauer der Provisorialmaßnahmen ist auszuführen, dass bei Beantragung der eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine in zeitlicher Hinsicht korrespondierende Behördenentscheidung nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 als hinreichend befristet zu bewerten ist - vergleiche nur BVA 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11 (formell noch) zu Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86.

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte erscheint nunmehr aber eine eV auch mit einem über den Sechswochenzeitraum des § 326 BVergG 2006 hinaus festgesetzten absoluten Endigungszeitpunkt aus allgemeinen Grundsätzen heraus zulässig, insb sofern der streitverfangene Auftraggeber in diese begehrte Maßnahme einwilligt. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte erscheint nunmehr aber eine eV auch mit einem über den

Sechswochenzeitraum des Paragraph 326, BVergG 2006 hinaus festgesetzten absoluten Endigungszeitpunkt aus allgemeinen Grundsätzen heraus zulässig, insb sofern der streitverfangene Auftraggeber in diese begehrte Maßnahme einwilligt.

Dass die gegenständliche eV jedoch nicht relativ "bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA" laut dem gestellten Begehren befristet wurde, sondern lediglich "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens", ergibt sich aus dem oben aufgezeigten Sicherungszweck der eV gemäß den §§ 328ff BVergG 2006. Würde nämlich der Nachprüfungsantrag aus irgendwelchen Gründen gemäß § 13 Abs 7 AVG zurückgezogen werden und damit kein zu sicherndes Rechtsgestaltungsbegehren mehr existieren, käme es nie zu einer "rechtskräftigen Entscheidung des BVA", womit eine unverzügliche eV - Aufhebung gemäß § 328 Abs 4 BVergG 2006 erforderlich werden könnte. Eine derart denkmöglich notwendige gesonderte Erlassung eines eigenen Aufhebungsbescheids widerstritte jedoch dem Grundsatz der Verfahrensökonomie und damit einem besonderen öffentlichen Interesse gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 iVm den §§ 39 Abs 2 AVG iVm Art 126b B-VG, sodass insoweit als minus hinsichtlich der relativen Befristung der Sicherungsmaßnahme lediglich die Befristung "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens" anzuordnen war; und korrespondierend dem Sicherungsbegehren teilweise nicht Folge zu geben war. Dass die gegenständliche eV jedoch nicht relativ "bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA" laut dem gestellten Begehren befristet wurde, sondern lediglich "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens", ergibt sich aus dem oben aufgezeigten Sicherungszweck der eV gemäß den Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006. Würde nämlich der Nachprüfungsantrag aus irgendwelchen Gründen gemäß Paragraph 13, Absatz 7, AVG zurückgezogen werden und damit kein zu sicherndes Rechtsgestaltungsbegehren mehr existieren, käme es nie zu einer "rechtskräftigen Entscheidung des BVA", womit eine unverzügliche eV - Aufhebung gemäß Paragraph 328, Absatz 4, BVergG 2006 erforderlich werden könnte. Eine derart denkmöglich notwendige gesonderte Erlassung eines eigenen Aufhebungsbescheids widerstritte jedoch dem Grundsatz der Verfahrensökonomie und damit einem besonderen öffentlichen Interesse gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 in Verbindung mit den Paragraphen 39, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Artikel 126 b, B-VG, sodass insoweit als minus hinsichtlich der relativen Befristung der Sicherungsmaßnahme lediglich die Befristung "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens" anzuordnen war; und korrespondierend dem Sicherungsbegehren teilweise nicht Folge zu geben war.

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

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