

TE Verg Bescheid 2010/7/30 N/0059-BVA/04/2010-26

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.07.2010

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §316 Abs2 Z1

BVergG 2006 §329 Abs5

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
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 die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35- 43, 1200 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 12.7.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35- 43, 1200 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 12.7.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die uns mit E-Mail vom 02.07.2010 bekannt gegebene Entscheidung für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Begründung

Nach erfolgtem Widerruf wurde die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S 239-318276 am 9.12.2008 veröffentlicht. Der als Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 qualifizierte Auftrag sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 19.1.2009 fixiert.

Die A*** (in der Folge Antragsteller) stellte einen Teilnahmeantrag. Am 23.2.2009 wurde dem Antragsteller vom Auftraggeber mitgeteilt, dass er zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen werde. Dabei wurde die Möglichkeit eingeräumt, den Ist-Stand bzw. den derzeitigen "Leistungsbezug" des Auftraggebers näher kennen zu lernen.

Nach Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen legte der Antragsteller fristgerecht am 22.6.2009 ein Angebot. Nach Durchführung der ersten Verhandlungsrunde, der Präsentation des ersten Teilkonzeptes sowie der Möglichkeit der Vorortbesichtigung legte der Antragsteller fristgerecht am 19.11.2009 ein weiteres Angebot. Nach Durchführung einer zweiten Verhandlungsrunde wurde nach neuerlicher Möglichkeit zur Besichtigung des Datenraums zur Legung des "Last and Best Offers" bis zum 11.5.2010 aufgefordert.

In den Ausschreibungsunterlagen zum "Last and Best Offer" war unter den Punkten 1.5. (Verfahrensablauf) bzw 1.6 (Voraussichtlicher Terminplan) Nachfolgendes ausgeführt:

"1.5 Verfahrensablauf

.....

Der geplante, weitere Ablauf des Verhandlungsverfahrens stellt

sich - wie folgt - dar:

a. Die Öffnung der Letztangebote erfolgt nach Ablauf der Angebotsfrist und wird kommissionell durchgeführt.

.....

1. e.Litera e

Der Auftraggeber wird die auf Grundlage dieser Ausschreibungsunterlagen gelegten Letztangebote gemäß den festgelegten Zuschlagskriterien bewerten und dem Bieter mit dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erteilen.

2. f.Litera f

Der Auftraggeber behält sich vor, mit dem bestgereihten Bieter vor der Zuschlagserteilung noch Exklusivverhandlungen zu führen. Sollten diese Verhandlungen nicht erfolgreich abgeschlossen werden, behält sich der Auftraggeber vor, entweder Exklusivverhandlungen mit den anderen Bietern (Bieter mit dem zweitbestgereihten Angebot, Bieter mit dem drittbestgereihten Angebot etc) zu führen oder nochmals mit allen oder einzelnen verbliebenen Bietern gleichzeitig zu verhandeln.

3. g.Litera g

Der Auftraggeber gibt bekannt, dass an den vorliegenden Ausschreibungsbedingungen während des Verhandlungsverfahrens Änderungen vorgenommen werden können, da insbesondere auch die definierten MUSS-Kriterien gemäß Leistungsbeschreibung und zugehörigen SLA aufgrund von Verhandlungsergebnissen in jede Richtung geändert werden können (§ 105 Abs 5 BVergG). Der Auftraggeber gibt bekannt, dass an den vorliegenden Ausschreibungsbedingungen während des Verhandlungsverfahrens Änderungen vorgenommen werden können, da insbesondere auch die definierten MUSS-Kriterien gemäß Leistungsbeschreibung und zugehörigen SLA aufgrund von Verhandlungsergebnissen in jede Richtung geändert werden können (Paragraph 105, Absatz 5, BVergG).

1.6 Voraussichtlicher Terminplan

Der weitere, zeitliche Ablauf des Verfahrens stellt sich - wie folgt - dar:

.....

.KW 21 (vorauss. 27.5.2010) Präsentation der (Teil-)Konzepte

06, 3. Stufe, durch die Bieter (der

genaue Ort

und Termin wird den Bietern mit gesonderten Schreiben

bekanntgegeben).

. KW 24-max.KW 29 Vorbehalt des Auftraggebers:

allfällige Exklusivverhandlungen mit dem

Bestbieter

.KW 29 Bekanntgabe der

Zuschlagsentscheidung"

Der Antragsteller legte ein "Last and Best Offer". Auch die B*** sowie die C*** legten Angebote.

Der Auftraggeber übermittelte dem Antragsteller am 2.7.2010 nachstehendes E-Mail

"Sehr geehrter Herr Kögler!

In der im Betreff genannten Angelegenheit teilen wir mit, dass bis 20.07.2010 für Sie als Bieter kein Handlungsbedarf besteht. Wir ersuchen um Kenntnisnahme und werden uns ab dem 20.07.2010 mit weiteren Informationen zum Verlauf des Vergabeverfahrens bei Ihnen melden.

...."

Zum Ersuchen des Rechtsvertreters des Antragstellers um Klarstellung des Inhaltes der E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 führte der Auftraggeber im Antwortschreiben vom 8.7.2010 aus, dass es sich dabei um keine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Bundesvergabegesetzes handle. Eine solche Entscheidung werde in der 29. Kalenderwoche bekanntgegeben. Damit werde dem Antragsteller ermöglicht, den Bewertungs- und Prüfvorgang zu überprüfen. Eingeforderte Informationen und Protokolle würden ab diesem Zeitpunkt zur Einsicht zur Verfügung stehen bzw. übermittelt werden.

Im Antwortschreiben auf ein neuerliches Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung verwies der Auftraggeber am 12.7.2010 auf die Ausschreibungsunterlagen (Punkt 1.5. und 1.6.). Die Information vom 2.7.2010 stelle keine Ausscheidensentscheidung dar. Davon abgesehen verwies der Auftraggeber auf das in § 105 Abs 6 BVergG 2006 normierte Geheimhaltungsgebot. Im Antwortschreiben auf ein neuerliches Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung verwies der Auftraggeber am 12.7.2010 auf die Ausschreibungsunterlagen (Punkt 1.5. und 1.6.). Die Information vom 2.7.2010 stelle keine Ausscheidensentscheidung dar. Davon abgesehen verwies der Auftraggeber auf das in Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2006 normierte Geheimhaltungsgebot.

Mit Schriftsatz vom 12.7.2010 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren beim Bundesvergabeamt ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Diesem wurde mit Bescheid vom 19.7.2010, N/0059-BVA/04/2010- EV7, stattgegeben und die beantragte Fortsetzung des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23.8.2010, untersagt. Weiters wurden mit dem zitierten Schriftsatz die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG beantragt. Mit Schriftsatz vom 12.7.2010 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren beim Bundesvergabeamt ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Diesem wurde mit Bescheid vom 19.7.2010, N/0059-BVA/04/2010- EV7, stattgegeben und die beantragte Fortsetzung des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23.8.2010, untersagt. Weiters wurden mit dem zitierten Schriftsatz die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG beantragt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass im Zusammenhalt mit den Bestimmungen in der Fassung der letztgültigen Ausschreibungsunterlagen des Pkt. 1.5 (Verfahrensablauf) kein Zweifel daran bestehe, dass die E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase iSv § 2 Z 16 lit. a sub. lit. ee BVergG 2006 zu werten sei. Diese sei als Bekanntgabe der Auswahl des voraussichtlichen Bestbieters, mit dem Einzelverhandlungen aufgenommen werden würden, zu verstehen. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass im Zusammenhalt mit den Bestimmungen in der Fassung der letztgültigen Ausschreibungsunterlagen des Pkt. 1.5 (Verfahrensablauf) kein Zweifel daran bestehe, dass die E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub. lit. ee BVergG 2006 zu werten sei. Diese sei als Bekanntgabe der Auswahl des voraussichtlichen Bestbieters, mit dem Einzelverhandlungen aufgenommen werden würden, zu verstehen.

Der Auftraggeber wähle anhand der Zuschlagskriterien den Bestbieter - führe somit ein short listing durch -, um mit dem bestgereihten Bieter exklusiv zu verhandeln. Bis zum Abschluss dieser Exklusivverhandlungen befinde sich das Vergabeverfahren in der Verhandlungsphase. Gemäß § 105 Abs. 2 BVergG 2006 müsse jedoch der Auftraggeber aus Transparenzgründen einen Bieter, dessen Angebot nicht weiter berücksichtigt werden sollte, unverzüglich von dieser Entscheidung verständigen. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung werde davon ausgegangen, dass das "short listing" eine gesondert anfechtbare Entscheidung sei. Der Auftraggeber habe bereits eine Bestbieterermittlung anhand des "Last and Best Offer" vorgenommen, um mit dem Bestbieter in Exklusivverhandlungen einzutreten. Der Auftraggeber wähle anhand der Zuschlagskriterien den Bestbieter - führe somit ein short listing durch -, um mit dem bestgereihten Bieter exklusiv zu verhandeln. Bis zum Abschluss dieser Exklusivverhandlungen befinde sich das Vergabeverfahren in der Verhandlungsphase. Gemäß Paragraph 105, Absatz 2, BVergG 2006 müsse jedoch der Auftraggeber aus Transparenzgründen einen Bieter, dessen Angebot nicht weiter berücksichtigt werden sollte, unverzüglich von dieser Entscheidung verständigen. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung werde davon ausgegangen, dass das "short listing" eine gesondert anfechtbare Entscheidung sei. Der Auftraggeber habe bereits eine Bestbieterermittlung anhand des "Last and Best Offer" vorgenommen, um mit dem Bestbieter in Exklusivverhandlungen einzutreten.

Mit der E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 habe der Auftraggeber bewusst eine unklare Situation geschaffen, um das Anfechtungsrisiko zu minimieren. Würde die Mitteilung vom 2.7.2010 unangefochten bleiben, könnte in einem allfälligen gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Vergabekontrollverfahren darauf verwiesen werden, dass das rechtswidrige "short listing" bestandsfest geworden sei. Im Fall der Bekämpfung der genannten Entscheidung vom 2.7.2010 könnte hingegen der Auftraggeber entgegenhalten, dass es sich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung handle, würde aber in einem darauffolgenden, gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsverfahren bereits die Argumente des Antragstellers kennen und entsprechend reagieren können. Der vermeintliche Bestbieter hätte durch Exklusivverhandlungen die Möglichkeit der Nachbesserung seines Angebotes.

Schon daraus ergebe sich eine Bieterdiskriminierung, zumal der aus Exklusivverhandlungen entstehende Vorteil nicht mehr egalisiert werden könne. Das Kalkül des Auftraggebers sei darauf gerichtet, dem Antragsteller den Rechtsschutz zu verkürzen und einen Bieter zu bevorzugen. Die Vorgangsweise des Auftraggebers zwingt den Antragsteller zur rechtsschutzwahrenden Antragstellung. Fraglich sei, ob eine derartige Vorgangsweise des Auftraggebers dem Gebot der Transparenz und eines effektiven Rechtsschutzes genüge. Entgegen der Bestimmung in § 105 Abs. 2 3. Satz BVergG 2006 enthalte die vom Auftraggeber mit der Zuschlagsentscheidung vergleichbare, gesondert anfechtbare Entscheidung nicht die für die Überprüfbarkeit notwendigen Mindestangaben. Vom Auftraggeber wären daher auch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie die Vergabesumme anzugeben gewesen. Abgesehen von der trotz Nachfrage zur Überprüfung des "short listings" erforderlichen fehlenden Informationen sei bereits die gewählte "schwammige" Formulierung in der angefochtenen Entscheidung als "Nichtigkeitsgrund" zu werten. Es liege ein Verstoß sowohl gegen das Transparenzgebot als auch gegen den effektiven Rechtsschutz vor. Der Auftraggeber habe den Bieter "B****" aus mehreren Gründen unzulässiger Weise als Bestbieter ermittelt. Schon daraus ergebe sich eine Bieterdiskriminierung, zumal der aus Exklusivverhandlungen entstehende Vorteil nicht mehr egalisiert werden könne. Das Kalkül des Auftraggebers sei darauf gerichtet, dem Antragsteller den Rechtsschutz zu verkürzen und einen Bieter zu bevorzugen. Die Vorgangsweise des Auftraggebers zwingt den Antragsteller zur rechtsschutzwahrenden Antragstellung. Fraglich sei, ob eine derartige Vorgangsweise des Auftraggebers dem Gebot der Transparenz und eines effektiven

Rechtsschutzes genüge. Entgegen der Bestimmung in Paragraph 105, Absatz 2, 3. Satz BVergG 2006 enthalte die vom Auftraggeber mit der Zuschlagsentscheidung vergleichbare, gesondert anfechtbare Entscheidung nicht die für die Überprüfbarkeit notwendigen Mindestangaben. Vom Auftraggeber wären daher auch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie die Vergabesumme anzugeben gewesen. Abgesehen von der trotz Nachfrage zur Überprüfung des "short listings" erforderlichen fehlenden Informationen sei bereits die gewählte "schwammige" Formulierung in der angefochtenen Entscheidung als "Nichtigkeitsgrund" zu werten. Es liege ein Verstoß sowohl gegen das Transparenzgebot als auch gegen den effektiven Rechtsschutz vor. Der Auftraggeber habe den Bieter "B***" aus mehreren Gründen unzulässiger Weise als Bestbieter ermittelt.

Das Interesse am Vertragsabschluss habe der Antragsteller durch Beteiligung sowohl am "Vorverfahren" als auch am gegenständlichen Verfahren in der 2. Stufe dargetan. Das Interesse am Erhalt des Auftrages zeige der Antragsteller durch die Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Sollte dem Antrag der Antragstellers nicht stattgegeben werden, die bisher angelaufenen Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren frustriert und entgehe die Chance auf Exklusivverhandlungen und auf Zuschlagserteilung.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Bietergleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie auf Gewährung eines freien und lauten Wettbewerbes verletzt. Darüber hinaus sei der Antragsteller in seinen Rechten auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung und Zulassung zu Exklusiv-verhandlungen, auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren, insbesondere durch Bekanntgabe der Gründe für die Auswahl eines anderen Bestbieters bzw. die Nichtberücksichtigung des Angebotes des Antragstellers für Exklusivverhandlungen, auf Ausscheiden des vorgereichten, jedoch ausschreibungswidrigen Angebotes, auf Zuschlagserteilung an den Antragsteller sowie im Recht auf Vertraulichkeit verletzt.

Mit Schriftsatz vom 15.7.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 5 BVergG 2006 nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Weder sei der Antragsteller ausgeschieden, noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen und auch kein Zuschlag erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 15.7.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG 2006 nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Weder sei der Antragsteller ausgeschieden, noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen und auch kein Zuschlag erteilt worden.

Im vorliegenden Fall fehle es an einer gesondert anfechtbaren Entscheidung. Die E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 sei auf Grund des Ersuchens der Bieter um Auskunft darüber ergangen, ob ihre für das Vergabeverfahren zuständigen Mitarbeiter im Juli benötigt werden würden und "bereit zu halten" seien. Den Bietern sollte eine entsprechende Dispositionsmöglichkeit eingeräumt werden. Die E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 sei keinesfalls als Ausscheidens- oder Auswahlentscheidung zu verstehen. Dies sei dem Antragsteller auch mit Schreiben des Auftraggebers vom 8.7. und 12.7.2010 bestätigt worden. Aufgabe des Bundesvergabeamtes sei im Übrigen nicht, den Auftraggeber zu Entscheidungen zu verpflichten, sondern vielmehr die Entscheidungen des Auftraggebers zu überprüfen. Die Aufnahme von Exklusivverhandlungen mit einem anderen Bieter führe weder zur Ungleichbehandlung der Bieter noch zu nicht vergleichbaren Angeboten. Das Ergebnis der Bestbieterermittlung könne vom Antragsteller nach Übermittlung der Zuschlagsentscheidung überprüft werden.

Auf Grund der Bekanntmachung des Nachprüfungsverfahrens auf der Amtstafel des Bundesvergabeamtes erhoben die B*** mit Schriftsatz vom 19.7.2010 und die C***, mit Schriftsatz vom 21.7.2010 begründete Einwendungen. Sowohl von B*** als auch von der genannten Bietergemeinschaft wurde die Zurück- in eventu Abweisung der Anträge begehrt.

Mit dem an das Bundesvergabeamt gerichteten Schriftsatz vom 20.7.2010 gab der Auftraggeber an, dass die Mitteilung vom 2.7.2010 zurückgenommen werde und damit aufgehoben sei.

Im Schriftsatz vom 22.7.2010 führte dazu der Antragsteller aus, dass von ihm kein Ersuchen an den Auftraggeber gestellt worden sei, das nach den Ausführungen des Auftraggebers Anlass für die E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 geben hätte können. Der Auftraggeber stuft die genannte E-Mail-Mitteilung wohl selbst auch als gesondert

anfechtbare Entscheidung ein,

da eine bloße Mitteilung nicht - noch dazu mit

verfahrensrechtlicher Wirkung im Vergabekontrollverfahren - zurückgenommen werden könne. Die "Aufhebung" der Mitteilung vom 2.7.2010 durch den Auftraggeber sei als Prozessklärung zu qualifizieren, die keine Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung bewirke. Vielmehr bedürfe es für deren Rücknahme einer an den Antragsteller gerichteten Entscheidung, aus der hervorgehe, dass die mit E-Mail vom 2.7.2010 bekannt gegebene Entscheidung zurückgenommen werde. Solange dies nicht erfolge, bleibe die angefochtene Entscheidung aufrecht.

Mit der Zurücknahme der Mitteilung verstoße der Auftraggeber jedoch gegen den rechtskräftigen Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19.12.2010, mit welchem dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens in dem Sinne untersagt worden sei, jedwede Handlungen oder Entscheidungen im Vergabeverfahren zu setzen.

Selbst wenn davon auszugehen sei, dass der Auftraggeber die Mitteilung vom 2.7.2010 zurückgenommenen werde und damit aufgehoben sei, wäre der Antragsteller damit klaglos gestellt und hätte das Bundesvergabeamt mit Bescheid über den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren abzusprechen. Hingewiesen werde darauf, dass der Auftraggeber mit jedem weiteren Schritt gegen die aufrechte einstweilige Verfügung verstoße und dies zu schadenersatzrechtlichen Folgen führen könnte.

Mit Schriftsatz vom 26.7.2010 hielt der Auftraggeber dem Vorbringen des Antragstellers entgegen, dass der Antragsteller eine nicht in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Entscheidung, nämlich dass mit dem Bestbieter Exklusivverhandlungen geführt würden, bekämpfe. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen stelle die Übermittlung der Aufforderung zur Abgabe des "Last and best Offers" das Ende der Verhandlungsphase dar.

Es handle sich bei der Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 weder um eine gesondert anfechtbare Entscheidung noch um ein "Shortlisting" iSd § 105 Abs 2 BVergG 2006. Nur im Fall einer nicht zustande gekommenen Einigung mit dem Bestbieter würden mit dem nächstgereihten Bieter wieder Verhandlungen aufgenommen werden. Es handle sich bei der Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 weder um eine gesondert anfechtbare Entscheidung noch um ein "Shortlisting" iSd Paragraph 105, Absatz 2, BVergG 2006. Nur im Fall einer nicht zustande gekommenen Einigung mit dem Bestbieter würden mit dem nächstgereihten Bieter wieder Verhandlungen aufgenommen werden.

Der Ansicht, dass es sich bei der Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 um ein den nicht berücksichtigten Bietern bekannt zugebendes "Shortlisting" handle, stünden die bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen entgegen. Eine Entscheidung über ein "Shortlisting" sei danach nicht vorgesehen.

Mit der Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.7.2010 sei dem Begehren des Antragstellers zwar voll inhaltlich entsprochen worden. Diese Vorgangsweise sei aber im Sinne einer effizienten Gestaltung des Verfahrensablaufes vor dem Bundesvergabeamt zu verstehen und könne nicht zu Lasten des Auftraggebers gehen. Für den Antragsteller mache es keinen Unterschied, ob er die Information im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens oder mit einem gesonderten Schreiben erhalte.

Der vom Antragsteller zitierten Judikatur des Bundesvergabeamtes läge eine andere Sachverhaltskonstellation zugrunde. Zudem wäre gerade unter diesen Bedingungen im gegenständlichen Fall kein "contrarius actus" erforderlich. Gerade in diesem Punkt stünden die Ausführungen des Antragstellers im Widerspruch zur Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Antragslegitimation. Aus anwaltlicher Vorsicht sei von der vergebenden Stelle nochmals mitgeteilt worden, dass die Mitteilung vom 2.7.2010 zurückgenommen werde und damit aufgehoben sei.

Die Vorgangsweise des Antragstellers laufe dem Grundsatz der Verfahrensökonomie klar zuwider. Auf Grund des Schriftsatzes des Auftraggebers vom 20.7.2010 sei im Ergebnis die begehrte Nichtigerklärung gegenstandslos geworden. Dem Antragsteller fehle es am Rechtsschutzbedürfnis und an der Beschwer. Der Antragsteller könnte auch durch einen Bescheid des Bundesvergabeamtes keine Besserstellung erlangen. Dazu werde auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, wonach auch durch Änderungen maßgeblicher Umstände zeitlicher, sachlicher oder prozessualer Art das rechtliche Interesse des Antragstellers an der Entscheidung weg falle. Die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung seien daher weggefallen. Es werde daher die Zurückin eventu die Abweisung des Nachprüfungsantrages, in eventu die Aufhebung bzw in eventu die Abänderung der einstweiligen Verfügung dahingehend beantragt, dass dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wieder gestattet, jedoch die Zuschlagserteilung untersagt werde.

Dem Schriftsatz des Auftraggebers vom 26.7.2010 lag eine an den Vertreter des Antragstellers gerichtete E-Mail-Mitteilung vom 25.7.2010 mit folgendem Inhalt bei:

".....

In ihrer Eigenschaft als Rechtsanwalt der Antragstellerin und auch der Bieterin T-Systems Austria GesmbH teilen wir Ihnen mit, dass die Mitteilung vom 2.7.2010, mit der den von Ihrer Mandantin namhaft gemachten Ansprechpartner, Herrn Dieter Kögler, über nachstehenden Inhalt informiert haben, „in der im Betreff genannten Angelegenheit teilen wir mit, dass bis 20.7.2010 für Sie als Bieter kein Handlungsbedarf besteht. Wir ersuchen um Kenntnisnahme und werden uns ab dem 20.7.2010 mit weiteren Informationen zum Verlauf des Vergabeverfahrens bei Ihnen melden“ am 20.7.2010 zurückgenommen haben. Die Mitteilung vom 2.7.2010 ist damit aufgehoben.

Wir ersuchen um Kenntnisnahme und Berücksichtigung.

....."

Der Antragsteller hielt dem Vorbringen des Auftraggebers mit Schriftsatz vom 29.7.2010 entgegen, dass sich die Beurteilung der Frage, ob eine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliege oder nicht, nicht aus den Ausschreibungsunterlagen sondern aus dem BVergG 2006 ergebe. Andernfalls könnte der gemeinschaftsrechtlich gebotene vergaberechtliche Rechtsschutz "ausgehobelt" werden. Auf Grund der Ausschreibungsunterlagen befinde sich das Vergabeverfahren zweifellos bis zum Abschluss der Exklusivverhandlungen in der Verhandlungsphase. Die Vorgangsweise des Antragstellers sei - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers - mit keiner unnötigen Verzögerung des Vergabekontrollverfahrens verbunden. Auch die an den Rechtsvertreter des Antragstellers "aus anwaltlicher Vorsicht" direkt ergangene E-Mail-Mitteilung vom 25.7.2010 über die am 20.7.2010 erfolgte Zurücknahme der angefochtenen Mitteilung vom 2.7.2010 und die damit verbundene Aufhebung derselben ändere nichts daran, dass ein Verstoß gegen die erlassene einstweilige Verfügung vorliege. Es sei daher weder durch die Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.7.2010 noch durch die E-Mail-Mitteilung vom 25.7.2010 eine Klaglosstellung des Antragstellers eingetreten.

Sollte das Bundesvergabeamt dessen ungeachtet von einer zulässigen und wirksamen Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung ausgehen, läge im gegenständlichen Vergabeverfahren rechtlich gesehen eine Klaglosstellung vor. Die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung wären in diesem Fall nicht mehr gegeben.

Gemäß § 319 BVergG sei im Fall der Rücknahme der angefochtenen Entscheidung durch den Auftraggeber während des anhängigen Verfahrens von einer Klaglosstellung des Antragstellers. Gemäß Paragraph 319, BVergG sei im Fall der Rücknahme der angefochtenen Entscheidung durch den Auftraggeber während des anhängigen Verfahrens von einer Klaglosstellung des Antragstellers

auszugehen, sodass dem Antragsteller jedenfalls - entgegen

der Ansicht der Auftraggebers - der Ersatz der Pauschalgebühren zustehe.

Die gestellten Anträge würden voll inhaltlich aufrechterhalten.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage römisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verhandlungsverfahrens - das gegenständliche Verhandlungsverfahren wurde im Dezember 2008 eingeleitet - die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der

Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 12.7.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) anzuwenden (vgl BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37; 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35 u.a.) Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verhandlungsverfahrens - das gegenständliche Verhandlungsverfahren wurde im Dezember 2008 eingeleitet - die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 12.7.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden vergleiche BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37; 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35 u.a.)

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 (vgl BVA 1.8.2008, N/0107-BVA/04/2008-7EV; 14.3.2008, N/0014- BVA/09/2008-28 u.a.). Das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 vergleiche BVA 1.8.2008, N/0107-BVA/04/2008-7EV; 14.3.2008, N/0014- BVA/09/2008-28 u.a.).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6, Anhang III, Kategorie 7 BVerG 2006 (prioritäre Dienstleistung) einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens abgewickelt wird. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6,, Anhang römisch drei, Kategorie 7 BVerG 2006 (prioritäre Dienstleistung) einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens abgewickelt wird. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Die B*** sowie die C*** haben rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben. Ihnen kommt Parteistellung iSv § 324 Abs 3 BVerG zu. Die B*** sowie die C*** haben rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben. Ihnen kommt Parteistellung iSv Paragraph 324, Absatz 3, BVerG zu.

III. Zu Spruchpunkt I. römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVerG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Mit Schriftsatz vom 20.7.2010 hat der Auftraggeber dem Bundesvergabeamt mitgeteilt, dass die Mitteilung vom 2.7.2010 zurückgenommen werde und damit aufgehoben sei. Wie sich weiters aus der dem Bundesvergabeamt vorgelegten, an den Rechtsvertreter des Antragstellers gerichteten E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 25.7.2010 ergibt, wurde die Rücknahme bzw Aufhebung - vorgenommen durch eine eindeutige Präzisierung in Form einer Wiedergabe des Inhaltes der an den Antragsteller gerichteten Mitteilung vom 2.7.2010 - vom Auftraggeber bestätigt und darauf hingewiesen, dass die Mitteilung vom 2.7.2010 damit aufgehoben sei. Den Erhalt der E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 25.7.2010 hat der Antragsteller auch nicht bestritten.

Gegenstand der Rücknahme bzw der Aufhebung ist damit eindeutig die Mitteilung des Auftraggebers an den

Antragsteller vom 2.7.2010, somit jene Äußerung des Auftraggebers, die der Antragsteller im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bekämpft und deren Nichtigerklärung er begehrt. Macht der Auftraggeber allerdings von der Möglichkeit der Rücknahme des - vom Antragsteller als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichneten - bekämpften Anfechtungsgegenstandes Gebrauch, womit dieser nicht mehr existent ist, fällt damit nachträglich eine Prozessvoraussetzung iSv § 312 Abs 2 Z 2 BVergG weg (vgl in diesem Zusammenhang Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 312 Rz 123).Gegenstand der Rücknahme bzw der Aufhebung ist damit eindeutig die Mitteilung des Auftraggebers an den Antragsteller vom 2.7.2010, somit jene Äußerung des Auftraggebers, die der Antragsteller im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bekämpft und deren Nichtigerklärung er begehrt. Macht der Auftraggeber allerdings von der Möglichkeit der Rücknahme des - vom Antragsteller als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichneten - bekämpften Anfechtungsgegenstandes Gebrauch, womit dieser nicht mehr existent ist, fällt damit nachträglich eine Prozessvoraussetzung iSv Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG weg vergleiche in diesem Zusammenhang Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 312, Rz 123).

Entgegen der Auffassung des Antragstellers stellt die vom Auftraggeber vorgenommene Zurücknahme bzw Beseitigung des vom Antragsteller als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichneten Anfechtungsgegenstandes auch keinen Verstoß gegen den Inhalt der vom Bundesvergabeamt erlassenen einstweiligen Verfügung vom 19.7.2010 dar. Mit der zitierten einstweiligen Verfügung wurde dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23.8.2010, untersagt. Von einer damit untersagten, unzulässigen Fortsetzung des Vergabeverfahrens im Sinne der einstweiligen Verfügung vom 19.7.2010 könnte jedoch nur dann gesprochen werden, wenn der Auftraggeber noch weitere, erst im Laufe des Vergabeverfahrens künftig vorgesehene Entscheidungen getroffen bzw derartige Handlungen gesetzt hätte. Zu solchen Entscheidungen würden nach Erlassung der einstweiligen Verfügung beispielsweise das Treffen einer Zuschlagsentscheidungen gegenüber den Bietern oder die Aufnahme von Exklusivverhandlungen mit einem Bieter bzw die Weiterführung von Exklusivverhandlungen mit einem Bieter zu zählen sein. Dies liegt jedoch gegenständlich nicht vor.

Die Mitteilung vom 2.7.2010 stellt nämlich einen in der Vergangenheit gesetzten Akt des Auftraggebers dar, zu dessen "Beseitigung" der Auftraggeber nach der Erlassung der einstweiligen Verfügung keine weitere, erst zukünftig vorgesehene Entscheidung oder Handlung im oben genannten Sinne getroffen oder gesetzt hätte. Vielmehr bewegt sich der Auftraggeber mit der Aufhebung des bereits gesetzten, und damit in der Vergangenheit im zeitlichen Ablauf des Vergabeverfahrens zurückliegenden Aktes im Ablauf des Vergabeverfahrens zurück und hebt diesen Akt auf. Von einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens im oben dargestellten Sinne kann daher bei der gegenständlichen Rücknahme des Anfechtungsgegenstandes - und dem damit verbundenen Wegfall des Anfechtungsgegenstandes - in der gegebenen Fallkonstellation nicht gesprochen werden.

Eine Untersagung der Rücknahme oder Aufhebung der vom Antragsteller als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichneten, angefochtenen Auftraggebermitteilung vom 2.7.2010 wurde weder vom Antragsteller im Rahmen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung explizit begehrt, noch wurde dem Auftraggeber vom Bundesvergabeamt expressis verbis in der erlassenen einstweiligen Verfügung die Rücknahme oder Aufhebung der vom Antragsteller als gesondert anfechtbaren Entscheidung bezeichneten, angefochtenen Mitteilung vom 2.7.2010 untersagt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Mündliche Verhandlungrömisches vier. Mündliche Verhandlung

Von der Durchführung einer beantragten mündlichen Verhandlung konnte in der gegebenen Fallkonstellation gemäß § 316 Abs 2 Z 1 BVergG abgesehen werden, da der verfahrenseinleitende Antrag - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - zurückzuweisen war. Gegenstand des Verfahrens war die Klärung von Rechtsfragen, die auf Grund der Aktenlage geklärt werden konnten (vgl EMRG Valova, Slezak und Slezak, 1.6.2004, 44.925/98). Von der Durchführung einer beantragten mündlichen Verhandlung konnte in der gegebenen Fallkonstellation gemäß Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG abgesehen werden, da der verfahrenseinleitende Antrag - wie sich aus Spruchpunkt römisches eins ergibt - zurückzuweisen war. Gegenstand des Verfahrens war die Klärung von Rechtsfragen, die auf Grund der Aktenlage geklärt werden konnten vergleiche EMRG Valova, Slezak und Slezak, 1.6.2004, 44.925/98).

Über den beantragten Pauschalgebührenersatz erfolgt ein gesonderter Bescheid.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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