

TE Verg Bescheid 2010/7/21 N/0062-BVA/06/2010-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.07.2010

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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 § 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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Pensionskassenvertrag für die WU Wien" der Auftraggeberin Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2-6, 1090 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, vom 16. Juli 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren

"Pensionskassenvertrag für die WU Wien" der Auftraggeberin Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2-6, 1090 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, vom 16. Juli 2010, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag auf Erlassung folgender einstweiligen Verfügung, "Der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamts im Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt im Vergabeverfahren "Pensionskassenvertrag für die WU Wien" den Zuschlag der B*** zu erteilen" wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin, der Wirtschaftsuniversität Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Pensionskassenvertrag für die WU Wien" den Zuschlag an die B*** zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins und 3 BVergG

BEGRÜNDUNG

Mit Schreiben vom 16. Juli 2010 beehrte die Antragstellerin neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2. Juli 2010 sowie den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und brachte hierzu zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Wirtschaftsuniversität Wien habe den Abschluss eines Pensionskassenvertrages im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach den Vorschriften für den Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die europaweite Bekanntmachung sei am 3. September 2009 unter 2009/S169-244414 erfolgt. Das voraussichtliche Beitragsvolumen betrage Euro 800.000,00 pro Jahr. Hinzu kämen Einmalzahlungen und Nachzahlungen bis 1. Oktober 2011 von insgesamt ca. Euro 2,5 Mio. Bis 12. Oktober 2009 seien die Teilnahmeanträge einzureichen gewesen. Die Antragstellerin sei per e-mail vom 21. Mai 2010 zur zweiten Runde des Verhandlungsverfahrens zugelassen worden. Gleichzeitig seien die Verfahrensregelungen für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens übermittelt worden. Das Erstangebot sei bis 14. Juni 2010 einzubringen gewesen. Nach einer Verhandlungsrunde am 23. Juni 2010 sei schließlich das "Last and Final Offer" bis 1. Juli 2010 zu legen gewesen. Die Antragstellerin habe mit Abgabe ihres Last and Final Offers ein Angebot gelegt, das nach ihrer Marktkennntnis und den ihr sonst zur Verfügung stehenden Informationen den Anforderungen und Kriterien der Ausschreibung in optimaler Weise entspreche. Am 2. Juli 2010 sei der Antragstellerin per e-mail mitgeteilt worden, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag an die B*** erteilen zu wollen.

Die Zuschlagsentscheidung wiederhole bloß die unter Pkt 4.1 der Verfahrensregelungen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und die in der jeweiligen Kriteriengruppe von der Antragstellerin bzw der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bekannt gegebenen Angaben. Es sei nicht erkennbar, welche Veranlagungs- und Risikogemeinschaft ("VRG") von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegt und für die Berechnung der erzielten Punkte herangezogen wurde. Insbesondere fehle eine nachvollziehbare Begründung, warum das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gerade im Rahmen des Kriteriums "risikoadjustierte Performance" besser bewertet wurde. Diese Begründung entspreche nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und den in § 131 BVergG verankerten Anforderungen. Die Zuschlagsentscheidung wiederhole bloß die unter Pkt 4.1 der Verfahrensregelungen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und die in der jeweiligen Kriteriengruppe von der Antragstellerin bzw der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bekannt gegebenen Angaben. Es sei nicht erkennbar, welche Veranlagungs- und Risikogemeinschaft ("VRG") von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegt und für die Berechnung der erzielten Punkte herangezogen wurde. Insbesondere fehle eine nachvollziehbare Begründung, warum das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gerade im Rahmen des Kriteriums "risikoadjustierte Performance" besser bewertet wurde. Diese Begründung entspreche nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und den in Paragraph 131, BVergG verankerten Anforderungen.

Darüber hinaus widerspreche das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Ausschreibungsunterlagen. Entsprechend den Bestimmungen der Ausschreibung dürfe sich ein Bieter mit nur einer VRG am Vergabeverfahren beteiligen, wodurch die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden solle. Die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolge auf Grundlage der Zuschlagskriterien "risikoadjustierte Performance", "Total Expense Ratio", "laufende Verwaltungskosten", "Serviceleistungen" und "sonstige Kosten" hinsichtlich einer

bestimmten VRG des Bieters. Aufgrund der Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei augenscheinlich, dass ihre VRG den Veranlagungstyp in den Jahren 2008 und 2009 geändert habe. Eine solche marktunübliche und zutiefst atypische Gebarung lasse den Schluss zu, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin tatsächlich unterschiedliche VRGs - mit deren jeweils unterschiedlichen Veranlagungstypen - angeboten habe. So habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "risikoadjustierte Performance" vor allem durch Ausweisung "konservativer" und "defensiver" VRGs in den Jahren 2008 und 2009 ein besseres Ergebnis erzielen können als es ihr unter ausschreibungskonformer Ausweisung bloß einer VRG möglich gewesen wäre. Aufgrund der Kapitalmarktsituation der letzten Jahre könne eine höhere Performance nur aufgrund eines relativ hohen Aktienanteils erzielt werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin gebe an, für das Jahr 2009 einen defensiven Veranlagungstyp (laut Ausschreibung dürfe sich hier der Aktienanteil auf maximal 16% belaufen) mit einer Performance von 10,45 % gewählt zu haben. Dieser Wert liege aber sogar über dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf ihrer homepage mit 10,40% ausgewiesenen Wert der Gesamtperformance sämtlicher B*** VRGs im Jahre 2009. Dies verstärke die oben genannte Schlussfolgerung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für das Jahr 2009 eine andere oder eine "MischVRG" angeboten habe oder die Kategorisierung zur jeweiligen Risikoklasse unrichtig vorgenommen habe. Dies erhalte auch der von der OeKB veröffentlichte Wert von 7,07% aller defensiv geführten VRGs in Österreich im Jahre 2009.

Diese signifikant atypischen Performancewerte hätten der Auftraggeberin auffallen müssen und hätte sie im Zuge der Angebotsprüfung um entsprechende Aufklärung ersuchen müssen. Dies habe die Auftraggeberin unterlassen, weswegen die Angebotsprüfung mangelhaft und die Zuschlagsentscheidung folglich rechtswidrig sei. Bei in ausschreibungskonformer Weise korrigierter Punktevergabe hätte sich die Punkteanzahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wesentlich verkleinert und wäre der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Aufgrund der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden in Höhe des entgangenen Gewinnes und der bisher angelaufenen Rechtsvertretungskosten sowie in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes drohen. Die ausgeschriebene Leistung gehöre zum Kernmarkt des Unternehmens der Antragstellerin.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und darauf, dass eine Zuschlagsentscheidung rechtens nur an sie in Betracht käme, im Recht auf Angebotsprüfung gemäß §§ 122 ff BVergG, insbesondere hinsichtlich der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf vergaberechtskonforme Bewertung des Angebotes, im Recht auf Begründung der Zuschlagsentscheidung und im Recht auf Gleichbehandlung und Durchführung eines den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes gemäß § 19 BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und darauf, dass eine Zuschlagsentscheidung rechtens nur an sie in Betracht käme, im Recht auf Angebotsprüfung gemäß Paragraphen 122, ff BVergG, insbesondere hinsichtlich der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf vergaberechtskonforme Bewertung des Angebotes, im Recht auf Begründung der Zuschlagsentscheidung und im Recht auf Gleichbehandlung und Durchführung eines den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes gemäß Paragraph 19, BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt.

Zur Zulässigkeit (Rechtzeitigkeit) des Antrages führte die Antragstellerin aus, dass gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG vor 5. März 2010 eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen seien, weswegen die bisherige Stillhaltefrist von 14 Tagen zur Anwendung komme. Im Lichte gemeinschaftsrechtlicher Erwägungen seien die Stillhaltefrist und die Anfechtungsfrist korrespondierend zu verstehen, weswegen auch die 14-tägige Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG idF vor der jüngsten Novelle maßgeblich sei. Da die Zuschlagsentscheidung am 2. Juli 2010 bekannt gegeben worden sei, sei der Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der gegenständlich 14-tägigen Frist eingebracht worden. Zur Zulässigkeit (Rechtzeitigkeit) des Antrages führte die Antragstellerin aus, dass gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG vor 5. März 2010 eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen seien, weswegen die bisherige Stillhaltefrist von 14 Tagen zur Anwendung komme. Im Lichte gemeinschaftsrechtlicher Erwägungen seien die Stillhaltefrist und die Anfechtungsfrist korrespondierend zu verstehen, weswegen auch die 14-tägige Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG in der Fassung vor der jüngsten Novelle maßgeblich sei. Da die Zuschlagsentscheidung am 2. Juli 2010 bekannt gegeben worden sei, sei der Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der gegenständlich 14-tägigen Frist eingebracht worden.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte und die Chance auf Erhalt des Zuschlags vereitelt wäre. Eine ex-post Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung könne diesen Schaden nicht aufwiegen. Die Durchführung des verfahrensgegenständlichen Auftrags sei nicht dringlich. Berücksichtigungswürdige Interessen des Auftraggebers sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünden nicht.

Die Auftraggeberin, Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2-6, 1090 Wien, vertreten durch X***, übermittelte am 21. Juli 2010 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "Pensionskassenvertrag der WU Wien". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 66500000, 66522000), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werde. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 230.000,00 (exkl. USt). Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 2. Juli 2010 per e-mail mitgeteilt worden. Der Mindestinhalt einer Zuschlagsentscheidung, nämlich die an die Bieter abgegebene Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, sei in den Bekanntgaben der Zuschlagsentscheidung jedenfalls enthalten. Dies werde nicht einmal von der Antragstellerin bestritten. Daher werde auch die Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG ausgelöst. Der vorliegende Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei gleichzeitig mit dem Nachprüfungsantrag am 16. Juli 2010 und damit nicht innerhalb der zehntägigen Frist gemäß § 321 Abs 1 BVergG gestellt worden. Abgesehen davon entspreche die Zuschlagsentscheidung den Anforderungen gemäß § 131 BVergG. Insbesondere seien alle Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt gegeben worden. Bei der Bewertung der Angebote auf Grundlage der Zuschlagskriterien gäbe es keinen Ermessensspielraum. Mittels mathematischer Formeln gelange man auf Basis der ziffernmäßigen bzw Ja/Nein-Angaben der Bieter zu eindeutigen Punkten. Ein "Mehr" an Angaben zum Angebot der präsumtiven Bestbieterin könne nicht erfolgen, da nicht mehr in die Bewertung eingeflossen sei. Der Name der angebotenen VRG sei bei der Bewertung in keiner Weise berücksichtigt worden und sei daher auch nicht mitzuteilen. Die Anträge seien daher als verspätet zurückzuweisen, in eventu abzuweisen. Eine inhaltliche Stellungnahme zu der beantragten einstweiligen Verfügung wurde nicht abgegeben.

Die Auftraggeberin, Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2-6, 1090 Wien, vertreten durch X***, übermittelte am 21. Juli 2010 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "Pensionskassenvertrag der WU Wien". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 66500000, 66522000), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werde. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 230.000,00 (exkl. USt). Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 2. Juli 2010 per e-mail mitgeteilt worden. Der Mindestinhalt einer Zuschlagsentscheidung, nämlich die an die Bieter abgegebene Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, sei in den Bekanntgaben der Zuschlagsentscheidung jedenfalls enthalten. Dies werde nicht einmal von der Antragstellerin bestritten. Daher werde auch die Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG ausgelöst. Der vorliegende Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei gleichzeitig mit dem Nachprüfungsantrag am 16. Juli 2010 und damit nicht innerhalb der zehntägigen Frist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG gestellt worden. Abgesehen davon entspreche die Zuschlagsentscheidung den Anforderungen gemäß Paragraph 131, BVergG. Insbesondere seien alle Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt gegeben worden. Bei der Bewertung der Angebote auf Grundlage der Zuschlagskriterien gäbe es keinen Ermessensspielraum. Mittels mathematischer Formeln gelange man auf Basis der ziffernmäßigen bzw Ja/Nein-Angaben der Bieter zu eindeutigen Punkten. Ein "Mehr" an Angaben zum Angebot der präsumtiven Bestbieterin könne nicht erfolgen, da nicht mehr in die Bewertung eingeflossen sei. Der Name der angebotenen VRG sei bei der Bewertung in keiner Weise berücksichtigt worden und sei daher auch nicht mitzuteilen. Die Anträge seien daher als verspätet zurückzuweisen, in eventu abzuweisen. Eine inhaltliche Stellungnahme zu der beantragten einstweiligen Verfügung wurde nicht abgegeben.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die B***, vertreten durch Z***, äußerte sich mit Stellungnahme vom 21. Juli 2010 zur beantragten einstweiligen Verfügung. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 eingeleitet, die Zuschlagsentscheidung per e-mail am 2. Juli 2010, sohin nach Inkrafttreten der Novelle mitgeteilt worden. Daher komme vorliegend zufolge der einschlägigen Übergangsbestimmungen (§ 345 Abs 14 Z 1 iVm Z 2 2. Satz BVergG) die zehntägige Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG idF BGBl I Nr. 15/2010 zur Anwendung. Diese Frist habe die Antragstellerin versäumt. Daran könne auch die von der Antragstellerin bemühte

Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG idF 2000/66/EG nichts ändern. Abgesehen davon würde die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung an einen bestimmten anderen Bieter (hier die präsumtive Zuschlagsempfängerin) eine Benachteiligung dieses Bieters im Verhältnis zu den übrigen Bietern bewirken und daher zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führen. Im Übrigen bezeichnete die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrerseits keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden möglicherweise geschädigten Interessen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die B***, vertreten durch Z***, äußerte sich mit Stellungnahme vom 21. Juli 2010 zur beantragten einstweiligen Verfügung. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei vor dem Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, eingeleitet, die Zuschlagsentscheidung per e-mail am 2. Juli 2010, sohin nach Inkrafttreten der Novelle mitgeteilt worden. Daher komme vorliegend zufolge der einschlägigen Übergangsbestimmungen (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 2, 2. Satz BVergG) die zehntägige Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, zur Anwendung. Diese Frist habe die Antragstellerin versäumt. Daran könne auch die von der Antragstellerin bemühte Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG in der Fassung 2000/66/EG nichts ändern. Abgesehen davon würde die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung an einen bestimmten anderen Bieter (hier die präsumtive Zuschlagsempfängerin) eine Benachteiligung dieses Bieters im Verhältnis zu den übrigen Bietern bewirken und daher zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führen. Im Übrigen bezeichnete die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrerseits keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden möglicherweise geschädigten Interessen.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Anzuwendendes Recht

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetz BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind gemäß § 345 Abs 14 Z 1 BVergG mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5. März 2010, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5. März 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. Damit wird für die genannten Konstellationen abweichend von § 345 Abs 14 Z 1 BVergG der zeitliche Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der Fassung vor der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 über den 5. März 2010 hinaus erstreckt. Demgegenüber folgen Nachprüfungsverfahren, die erst nach dem Inkrafttreten der in Rede stehenden Novelle beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht werden, bereits dem (gegebenenfalls) novellierten Verfahrensrecht (§ 345 Abs 14 Z 1 iVm Z 2 2. Satz BVergG). Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG 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. Damit wird für die genannten Konstellationen abweichend von Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG der zeitliche Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, über den 5. März 2010 hinaus erstreckt. Demgegenüber folgen Nachprüfungsverfahren, die erst nach dem Inkrafttreten der in Rede stehenden Novelle beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht werden, bereits dem (gegebenenfalls) novellierten Verfahrensrecht (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 2, 2. Satz BVergG).

Vorliegend hat dies zur Folge, dass das Bundesvergabeamt der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens, welches im September 2009 eingeleitet wurde, die (materiellrechtlichen) Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 als Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen hat. Auf das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt am 16. Juli 2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die (organisations- und verfahrensrechtlichen) Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 anzuwenden (zB BVA vom 30. April 2010, N/0022-BVA/08/2010-68; BVA vom 30. April 2010, N/0019-BVA/04/2010-24; BVA vom 3. Mai 2010, N/0032-BVA/06/2010-19 uvm). Vorliegend hat dies zur Folge, dass das Bundesvergabeamt der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens, welches im September 2009 eingeleitet wurde, die (materiellrechtlichen)

Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, als Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen hat. Auf das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt am 16. Juli 2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die (organisations- und verfahrensrechtlichen) Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, anzuwenden (zB BVA vom 30. April 2010, N/0022-BVA/08/2010-68; BVA vom 30. April 2010, N/0019-BVA/04/2010-24; BVA vom 3. Mai 2010, N/0032-BVA/06/2010-19 uvm).

Bei den Paragraphenangaben wird unterschiedslos auf das BVergG Bezug genommen. Darunter ist jeweils die im Sinne der obigen Ausführungen geltende Fassung zu verstehen.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Wirtschaftsuniversität Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA vom 22. Jänner 2007, N/0096-BVA/13/2006-68). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Wirtschaftsuniversität Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA vom 22. Jänner 2007, N/0096-BVA/13/2006-68). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass dessen Rechtzeitigkeit auch für die Rechtzeitigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung maßgeblich ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG; T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 328, Rz 56). Unter Zugrundelegung der bisherigen Sachverhaltsdarstellungen und der unter Punkt I. getätigten Ausführungen zum anzuwendenden Recht erscheint der Nachprüfungsantrag vom 16. Juli 2010 als außerhalb der maßgeblichen Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Entscheidung über die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages obliegt allerdings ausschließlich dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat (BVA vom 16. Mai 2006, N/0032-BVA/12/2006-9). Im Rahmen des Provisorialverfahrens wird daher vorläufig - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin davon ausgegangen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig gestellt wurde. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 6 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass dessen Rechtzeitigkeit auch für die Rechtzeitigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung maßgeblich ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG; T. Gruber

in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 328,, Rz 56). Unter Zugrundelegung der bisherigen Sachverhaltsdarstellungen und der unter Punkt römisch eins. getätigten Ausführungen zum anzuwendenden Recht erscheint der Nachprüfungsantrag vom 16. Juli 2010 als außerhalb der maßgeblichen Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Entscheidung über die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages obliegt allerdings ausschließlich dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat (BVA vom 16. Mai 2006, N/0032-BVA/12/2006-9). Im Rahmen des Provisorialverfahrens wird daher vorläufig - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin davon ausgegangen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig gestellt wurde. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG).

III. Inhaltliche Beurteilung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung

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

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 2. Juli 2010 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich. Die inhaltliche Begründetheit wird gegebenenfalls im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft, droht der Antragstellerin die Vereitelung einer Zuschlagschance. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und die Möglichkeit einer allfälligen späteren Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den drohenden Gewinnentgang und den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 21. Februar 2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; 9. Juni 2010, N/0008-

BVA/02/2010-EV7 uva).

Demgegenüber hat die Auftraggeberin keine gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Überdies sind der Senatsvorsitzenden keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Im Sinne ständiger Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10 mwN). Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen antragsgemäß die Erteilung des Zuschlages an die B*** als gelindeste noch zum Ziel führende Sicherungsmaßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG zu verfügen war. Hinsichtlich des Vorbringens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur begehrten Untersagung der Zuschlagserteilung an die B*** ist darauf hinzuweisen, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung auf die B*** lautet und die Sicherungsmaßnahme alleine dazu dient, den durch die behauptete Rechtswidrigkeit gerade dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandenen oder drohenden Schaden zu beseitigen oder zu verhindern. Insofern kann daher keine Unzulässigkeit der begehrten vorläufigen Maßnahme erblickt werden. Eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter käme rechtskonform ohnehin nur auf Basis einer neuerlichen, wiederum anfechtbaren Zuschlagsentscheidung in Betracht (vgl VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0111). Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen antragsgemäß die Erteilung des Zuschlages an die B*** als gelindeste noch zum Ziel führende Sicherungsmaßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG zu verfügen war. Hinsichtlich des Vorbringens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur begehrten Untersagung der Zuschlagserteilung an die B*** ist darauf hinzuweisen, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung auf die B*** lautet und die Sicherungsmaßnahme alleine dazu dient, den durch die behauptete Rechtswidrigkeit gerade dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandenen oder drohenden Schaden zu beseitigen oder zu verhindern. Insofern kann daher keine Unzulässigkeit der begehrten vorläufigen Maßnahme erblickt werden. Eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter käme rechtskonform ohnehin nur auf Basis einer neuerlichen, wiederum anfechtbaren Zuschlagsentscheidung in Betracht vergleiche VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0111).

Zuletzt aktualisiert am

06.06.2011

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