

TE Verg Bescheid 2009/12/30 N/0130-BVA/02/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.12.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Commodity IKT-Services", des Auftraggebers Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Schnirchgasse 11, 1030 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 23.12.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2,

Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Commodity IKT-Services", des Auftraggebers Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Schnirchgasse 11, 1030 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 23.12.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebeamten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Commodity IKT-Services" den Zuschlag zu erteilen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2009 brachte die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Ersatz bzw in eventu auf Rückerstattung der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht, ein.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor,, dass die Austro Control GmbH ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich durchführe. Auftragsgegenstand seien die Konzeptionierung, Umsetzung und der anschließende Betrieb von Commodity IKT-Services.

Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Das Zuschlagskriterium "Preis" sei mit 60%, das Kriterium "Qualität" mit 40% gewichtet. Beim Kriterium "Qualität" würden die Angebote nach 2 Subkriterien ("Soll LV", "Konzepte") bewertet werden.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Nach einer ersten Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 30.11.2009 an die B*** und einem auf die fehlende Mitteilung sämtliche Gründe für die Zuschlagsentscheidung hinweisenden Schreiben der Antragstellerin vom 4.12.2009 habe der Auftraggeber am 9.12.2009 die verfahrensgegenständliche Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B***, bekannt gegeben.

Mit Schreiben vom 18.12.2009 habe die Antragstellerin den Auftraggeber aufgefordert, seine Zuschlagsentscheidung zurückzunehmen und eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchzuführen.

Der Antragstellerin drohe bei Erteilung des Zuschlags an die B*** ein Schaden, da sie Bestbieterin des Verfahrens sei. Im Falle der Nichtdurchführung des Auftrages würde der Antragstellerin ein Gewinn von mindestens 5% der Angebotssumme entgehen. Hinzu kämen die frustrierten Kosten der Angebotserstellung sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Auch würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags als eigentliche Bestbieterin, in ihrem Recht auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote und insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote, u.a. gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, verletzt. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da auch das Angebot der Zweitgereihten wegen mehrfacher Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen wäre und somit die Antragstellerin Bestbieterin sei und ihr der Zuschlag zu erteilen wäre. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags als eigentliche Bestbieterin, in ihrem Recht auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote und insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote, u.a. gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Die

angefochtene Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da auch das Angebot der Zweitgereihten wegen mehrfacher Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen auszuscheiden gewesen wäre und somit die Antragstellerin Bestbieterin sei und ihr der Zuschlag zu erteilen wäre.

Mangelhafte Zuschlagsentscheidung:

Die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 werde den Anforderungen des § 131 BVergG an den Inhalt einer Zuschlagsentscheidung nicht voll umfänglich gerecht. § 131 leg.cit fordere die Mitteilung des Endes der Stillhaltefrist, der Gründe für die Ablehnung des Angebotes, der Vergabesumme sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots. Die Zuschlagsentscheidung von 9.12.2009 nenne zu den einzelnen Subkriterien des Kriteriums "Qualität", Subkriterium "Konzept" nur die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhaltenen Punkte, nicht jedoch auch die von der nunmehrigen Antragstellerin erreichten Punkte. Darüber hinaus würden in der Zuschlagsentscheidung auch die geforderte Angabe der Gründe für die Ablehnung des Angebots sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots fehlen. Deren Fehlen habe das BVA bereits als Grund für die Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung herangezogen. In der Zuschlagsentscheidung würden sowohl die Angabe der erreichten Punkte zu zahlreichen Subkriterien der Antragstellerin als auch die Beurteilung dieser Konzepte durch die Fachjury fehlen. Die Antragstellerin verfüge sohin mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht über jene Informationen, die es ihr ermöglichen würden, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen. Die Zuschlagsentscheidung vom 9.12.2009 werde den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG an den Inhalt einer Zuschlagsentscheidung nicht voll umfänglich gerecht. Paragraph 131, leg.cit fordere die Mitteilung des Endes der Stillhaltefrist, der Gründe für die Ablehnung des Angebotes, der Vergabesumme sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots. Die Zuschlagsentscheidung von 9.12.2009 nenne zu den einzelnen Subkriterien des Kriteriums "Qualität", Subkriterium "Konzept" nur die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhaltenen Punkte, nicht jedoch auch die von der nunmehrigen Antragstellerin erreichten Punkte. Darüber hinaus würden in der Zuschlagsentscheidung auch die geforderte Angabe der Gründe für die Ablehnung des Angebots sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots fehlen. Deren Fehlen habe das BVA bereits als Grund für die Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung herangezogen. In der Zuschlagsentscheidung würden sowohl die Angabe der erreichten Punkte zu zahlreichen Subkriterien der Antragstellerin als auch die Beurteilung dieser Konzepte durch die Fachjury fehlen. Die Antragstellerin verfüge sohin mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht über jene Informationen, die es ihr ermöglichen würden, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.

Diese Mangelhaftigkeit der Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin auch in ihrem Schreiben an den Auftraggeber vom 18.12.2009 erwähnt. In der Antwort des Auftraggebers vom 21.12.2009 habe dieser die fehlenden Informationen "nachgereicht". In diesem Schreiben habe der Auftraggeber eine Bewertungstabelle mit den erreichten Punkten der Antragstellerin sowie eine kurze Bewertungen der Konzepte durch die Fachjury nachgereicht. In einem 2. Schreiben vom selben Tag habe der Auftraggeber ausnahmslos die Bewertungen der Konzepte durch die Fachjury verlängert. Für die Mangelhaftigkeit der Zuschlagsentscheidung seien die Nachreichungen des Auftraggebers jedoch irrelevant.

Die Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den inhaltlichen Anforderungen gemäß § 131 BVergG und sei daher für nichtig zu erklären. Die Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den inhaltlichen Anforderungen gemäß Paragraph 131, BVergG und sei daher für nichtig zu erklären.

Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Die Antragstellerin habe ihr Angebot bereits knapp kalkuliert und sei dabei zu einem Angebotspreis von ca Euro XXXX gekommen. Es sei somit nicht nachvollziehbar, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf einen Angebotspreis von Euro XXXX kommen habe können. Die Antragstellerin habe ihr Angebot bereits knapp kalkuliert und sei dabei zu einem Angebotspreis von ca Euro römisch 40 gekommen. Es sei somit nicht nachvollziehbar, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf einen Angebotspreis von Euro römisch 40 kommen habe können.

In der Zuschlagsentscheidung von 9.12.2009 habe der Auftraggeber angegeben, eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt zu haben, deren Ergebnisse jedoch den Geschäftsgeheimnissen unterliege. Im ersten Schreiben vom 21.12.2009 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin plausibel dargestellt worden sei. Trotz dieser Mitteilung des Auftraggebers bleibe es für die Antragstellerin unverständlich, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf einen derart niedrigen

Gesamtpreis gekommen sei. Die Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht plausibel und wäre deren Angebot daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Nach Ansicht der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Personalkosten "unterkollektivvertraglich" bemessen. In der Zuschlagsentscheidung von 9.12.2009 habe der Auftraggeber angegeben, eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt zu haben, deren Ergebnisse jedoch den Geschäftsgeheimnissen unterliege. Im ersten Schreiben vom 21.12.2009 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin plausibel dargestellt worden sei. Trotz dieser Mitteilung des Auftraggebers bleibe es für die Antragstellerin unverständlich, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf einen derart niedrigen Gesamtpreis gekommen sei. Die Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht plausibel und wäre deren Angebot daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Nach Ansicht der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Personalkosten "unterkollektivvertraglich" bemessen.

Widersprüche im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche in mehreren Punkten den Ausschreibungsunterlagen. Die Multifunktionsgeräte seien nicht in der Anzahl angeboten worden, die in der Ausschreibung gefordert gewesen sei. Die angebotenen Geräte würden zudem nicht den technischen Mindestanforderungen der Ausschreibung entsprechen, da die geforderten 42 Seiten Ausdruck im Format A4 pro Minute von der angebotenen Gerätetype nicht erreicht würden. Das Pay-per-Page beinhalte kein Zonen-Konzept und des Weiteren auch kein Printing-Policy-Konzept. Der Auftraggeber habe für die Kalkulation der Pay-per-Page Konzepte eine genaue Ziffer vorgegeben. Diese habe bei den Gerätetypen A und B Euro XXXX und bei Gerätetyp C Euro XXXX betragen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich nicht an diese Kalkulationsvorgaben gehalten, sondern sei von anderen Beträgen ausgegangen. Dieselben Vorwürfe wie bei den Multifunktionsgeräten seien auch für die Arbeitsplatzgerätetypen A und B zu machen. Die technischen Konzepte seien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht ausreichend klar erstellt, sie seien nicht ausreichend definiert und sei auch nicht auf alle Mindestbedingungen eingegangen worden, die in der Ausschreibung gefordert seien. Im Speziellen sei im Konzept das Back-Up über zwei Standorte nicht abgebildet worden. In keiner Weise sei in den Konzepten auf die Lagerung der Sicherungsbänder auf zwei Standorten eingegangen worden. Weder seien die Adressen der zwei Standorte genannt worden, noch seien die sicherheitsrelevanten Ausstattungsmerkmale dieser zwei Standorte in irgendeiner Weise beschrieben worden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche in mehreren Punkten den Ausschreibungsunterlagen. Die Multifunktionsgeräte seien nicht in der Anzahl angeboten worden, die in der Ausschreibung gefordert gewesen sei. Die angebotenen Geräte würden zudem nicht den technischen Mindestanforderungen der Ausschreibung entsprechen, da die geforderten 42 Seiten Ausdruck im Format A4 pro Minute von der angebotenen Gerätetype nicht erreicht würden. Das Pay-per-Page beinhalte kein Zonen-Konzept und des Weiteren auch kein Printing-Policy-Konzept. Der Auftraggeber habe für die Kalkulation der Pay-per-Page Konzepte eine genaue Ziffer vorgegeben. Diese habe bei den Gerätetypen A und B Euro römisch 40 und bei Gerätetyp C Euro römisch 40 betragen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich nicht an diese Kalkulationsvorgaben gehalten, sondern sei von anderen Beträgen ausgegangen. Dieselben Vorwürfe wie bei den Multifunktionsgeräten seien auch für die Arbeitsplatzgerätetypen A und B zu machen. Die technischen Konzepte seien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht ausreichend klar erstellt, sie seien nicht ausreichend definiert und sei auch nicht auf alle Mindestbedingungen eingegangen worden, die in der Ausschreibung gefordert seien. Im Speziellen sei im Konzept das Back-Up über zwei Standorte nicht abgebildet worden. In keiner Weise sei in den Konzepten auf die Lagerung der Sicherungsbänder auf zwei Standorten eingegangen worden. Weder seien die Adressen der zwei Standorte genannt worden, noch seien die sicherheitsrelevanten Ausstattungsmerkmale dieser zwei Standorte in irgendeiner Weise beschrieben worden.

Der geforderte maximale Tauschrhythmus von maximal 36 Monaten für die Notebooks sei nicht im entsprechenden Maße zugesagt worden. Es sei offensichtlich von einer längeren Einsatzdauer der Notebooks ausgegangen worden. Dem Auftraggeber sei keine rechtsverbindliche Sicherheit oder Zusage gegeben worden, dass ein Austausch jedes Notebooks jedenfalls spätestens nach 36 Monaten durch ein gleichwertiges Notebook stattfinden würde.

Beim Server sei die Storage-Funktion für den Auftraggeber von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht in mittlerer Art und Güte, sondern im low-end-Bereich angeboten worden. Es sei also eine sehr schlechte Qualität

angeboten worden. Die unmittelbare Konsequenz daraus äußere sich in einer drastisch schlechteren Verfügbarkeit und in einer schlechten Performance. Dass nur ein low-end-Produkt für die Storage angeboten worden sei, erkenne man anhand der angebotenen Type. Aus der Darstellung des Angebotes des technischen Konzepts im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehe eindeutig hervor, dass kein Produkt mittlerer Art und Güte angeboten worden sei. Dies wäre jedoch branchenüblich und außerdem für die ausschreibungsgemäß geforderten Funktionen unbedingt erforderlich.

Weiters habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die notwendigen Lizenzen für die Virtualisierung (VM Ware) im Preis nicht berücksichtigt. Die virtuelle Software hätte aber im technischen Konzept unbedingt erwähnt werden müssen.

Weiters sei im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin folgender eklatanter Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen enthalten: Die notwendige Software zur Verschlüsselung der Notebooks sei im Konzept nicht dargestellt worden und sei daher im Angebot nicht enthalten. Die Verschlüsselung der Daten am Notebook sei jedoch unbedingt erforderlich und in der Ausschreibung konkret gefordert worden.

Außerdem habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausschreibungswidrig auf die Geltung eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen verwiesen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG seien den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote ohne Verbesserungsauftrag sofort auszuscheiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG seien den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote ohne Verbesserungsauftrag sofort auszuscheiden.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass das bisherige Vorbringen zum Sachverhalt, zu den Rechtswidrigkeiten, zur Rechtzeitigkeit des Antrages und zu den drohenden Schäden für die Antragstellerin auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünden keine besonderen Interessen des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen.

Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2009, beim BVA eingelangt am 28. Dezember 2009, erstattete der Auftraggeber, nunmehr vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage ca. Euro XXXX pro Jahr und somit ca. Euro XXXX für die ausgeschriebenen 5 Jahre. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.12.2008, die EU-weite Bekanntmachung 19.12.2008 erfolgt. Es handle sich um ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip. Das Vergabeverfahren befinde sich in der Phase der Zuschlagsentscheidung. Das Verhandlungsverfahren sei in 2 Verhandlungsrunden mit den shortgelisteten Bietern durchgeführt worden. Die Angebotsöffnung für das last and best offer sei am 11.11.2009 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 9.12.2009 per Telefax bekannt gegeben worden. Es sei kein Angebot ausgeschieden worden. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung erfolgt, noch sei ein Widerruf erfolgt. Auch ein Zuschlag sei noch nicht erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2009, beim BVA eingelangt am 28. Dezember 2009, erstattete der Auftraggeber, nunmehr vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage ca. Euro römisch 40 pro Jahr und somit ca. Euro römisch 4 0 für die ausgeschriebenen 5 Jahre. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.12.2008, die EU-weite Bekanntmachung 19.12.2008 erfolgt. Es handle sich um ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip. Das Vergabeverfahren befinde sich in der Phase der Zuschlagsentscheidung. Das Verhandlungsverfahren sei in 2 Verhandlungsrunden mit den shortgelisteten Bietern durchgeführt worden. Die Angebotsöffnung für das last and best offer sei am 11.11.2009 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 9.12.2009 per Telefax bekannt gegeben worden. Es sei kein Angebot ausgeschieden worden. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung erfolgt, noch sei ein Widerruf erfolgt. Auch ein Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Weiters gab der Auftraggeber bekannt, dass er keine Einwendungen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vorbringe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt ist öffentliche Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 13.8.2009, N/0059- BVA/02/2009-19 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt ist öffentliche Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 13.8.2009, N/0059- BVA/02/2009-19 u.a.).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich nach den Angaben des Auftraggebers um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich nach den Angaben des Auftraggebers um eine Vergabe im Oberschwellenbereich.

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung stellt die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung stellt die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

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

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der Antrag ist zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches

Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 2 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg cit 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 § 329 Abs 3 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende vorläufige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an die präsumtive Zuschlagsempfängerin plant. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicher Weise bestehende Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende vorläufige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an die präsumtive Zuschlagsempfängerin plant. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicher Weise bestehende Anspruch der Antragstellerin auf

Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht (vgl. Stellungnahme vom 23.12.2009, OZ 5). Dem Bundesvergabeamt sind auch keine besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt. Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht (vergleiche Stellungnahme vom 23.12.2009, OZ 5). Dem Bundesvergabeamt sind auch keine besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe im entgangenen Gewinn sowie den bereits angefallenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie den Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung. Überdies würde bei Nichterhalt des Zuschlages ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Beim möglichen Verlust eines wichtigen Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens-)Nachteil (siehe BVA 27.1.2006, 16N-8/06-6; BVA 28.8.2009, N/0091-BVA/07/2009-EV8 uva).

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und, daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u. v.a.).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.).

Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u. v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u. v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens stellt - bei der beabsichtigten Erteilung des Zuschlages auf das Angebot einer Mitbewerberin - die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Durch die Untersagung der Zuschlagserteilung wird eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens verhindert.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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