

TE Verg Bescheid 2009/12/18 N/0125-BVA/09/2009-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.12.2009

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 Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung Sonderkrankenanstalt für neurologische und neuropsychologische Rehabilitation der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft; PPP-Modell - NRZ Rosenhügel", des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 15.12.2009, 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 Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG

betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung Sonderkrankenanstalt für neurologische und neuropsychologische Rehabilitation der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft; PPP-Modell - NRZ Rosenhügel", des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 15.12.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung über den in Punkt I gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das BVA möge der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Ausschreibung Sonderkrankenanstalt für neurologische und neuropsychologische Rehabilitation der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft; PPP-Modell - NRZ Rosenhügel" den Zuschlag zu erteilen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 15. 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 der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht ein.

Mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft ein Verfahren mit dem Titel "Ausschreibung Sonderkrankenanstalt für neurologische und neuropsychologische Rehabilitation der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, PPP-Modell - NRZ Rosenhügel" durchführe. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Mit Schreiben vom 3.12.2009 habe der Auftraggeber der Antragstellerin bekanntgegeben, dass der Zuschlag der B*** erteilt werden solle. Diese Zuschlagsentscheidung werde hiermit angefochten. Vergebende Stelle sei die M***.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Dies ergebe sich auch aus der Tatsache, dass sie sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe.

Sollte der Zuschlag nicht auf das Angebot der Antragstellerin erfolgen, drohe dieser ein Schaden aus entgangenem Gewinn, frustrierten internen und externen Kosten, die mit dem Erwerb der Ausschreibungsunterlagen, dem Studium der Ausschreibungsunterlagen und den bisherigen Vorbereitungsarbeiten für das Angebot verbunden seien sowie den Kosten für anwaltliche Vertretung. Weiters drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
im Recht, dass die Zuschlagsentscheidung hinreichend begründet sei,
- -Strichaufzählung
im Recht, dass die Zuschlagsentscheidung objektiv nachvollziehbar sei,
- -Strichaufzählung
im Recht, dass die Gewichtung auch von Subkriterien der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei und daher eine nachträgliche Änderung der Gewichtung auszuschließen sei,
- -Strichaufzählung
im Recht, dass Subkriterien generell nachträglich nicht mehr abgeändert würden,
- -Strichaufzählung
im Recht, dass ein Bieter, der ein unterpreisiges Angebot abgebe, vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werde,
- -Strichaufzählung

im Recht, dass eine Ausschreibung, die eine vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung nicht ermögliche, widerrufen werde,

- -Strichaufzählung
im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 19 BVergG, wonach die Vergabe unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes durchzuführen sei, sowie überhaupt im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des Paragraph 19, BVergG, wonach die Vergabe unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes durchzuführen sei, sowie überhaupt
- -Strichaufzählung
im Recht auf Einhaltung des Vergaberechtsregimes

Aufgrund des Umstandes, dass die Verträge für kaufmännisches und medizinisches Management und Facilitymanagement-Leistungen mit der B*** für den Krankenanstaltenbetrieb NRZ Rosenhügel mit 31.12.2009 befristet seien, habe der Auftraggeber mit europaweiter Bekanntmachung vom 9.6.2009 das gegenständliche Vergabeverfahren eingeleitet. Gegenstand der Ausschreibung sei ein PPP-Modell für das NRZ Rosenhügel. Es werde ein privater Partner gesucht, der 49%-Anteile und das kaufmännische und medizinische Management an der Neurologisches Rehabilitationszentrum Rosenhügel Errichtungs- und Betriebs-GmbH (im Folgenden kurz NRZ Betriebs-GmbH) übernehme. Nicht erfasst von der gegenständlichen Ausschreibung seien Facilitymanagement-Leistungen.

Die Ausschreibung werde nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt (monetäres Kriterium, gewichtet mit 40% und Kriterium Betriebskonzept, gewichtet mit 60%). Es hätten sich 3 Bieter am Verfahren beteiligt. In der Zuschlagsentscheidung vom 3.12.2009 sei mitgeteilt worden, dass der Zuschlag der B*** erteilt werden solle. Begründet werde die Zuschlagsentscheidung wie folgt:

Das Angebot der Firma B*** konnte insbesondere durch die Leistungsteile

- -Strichaufzählung
Management Fee Euro XXXX,--Management Fee Euro römisch 40 ,--
- -Strichaufzählung
Pachtentgelt der Betriebsgesellschaft:

- Euro XXXX,-- für 131 Betten = Ansatz 1

- Euro XXXX,-- für 147 Betten = Ansatz 2 und

- Verpflichtung einer alleinigen Verlustabdeckung: max. Euro

XXXX,--

und bei den monetären Kriterien mehr Bewertungspunkte erzielen.

Da die Betriebskonzepte 2a bis 2f von der Kommission im Vergleich zum Bestbieter nahezu gleich bewertet wurden (Firma B*** 55, A*** 65) waren entsprechend den festgelegten Zuschlagskriterien letztlich die monetären Kriterien bei der Bestbieterermittlung ausschlaggebend.

Eine solche Zuschlagsentscheidung entspreche jedoch nicht den Anforderungen des § 131 BVergG, der fordere, dass den Bietern für die Ablehnung ihres Angebotes die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes anzugeben seien. Der Auftraggeber habe in der Zuschlagsentscheidung aber weder die Gesamtpunkteverteilung (für das monetäre Kriterium und für das Kriterium für das Betriebskonzept) noch eine ausreichende verbale Begründung für das Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" abgegeben. Es reiche bei qualitativen Zuschlagskriterien nicht aus, wenn der Auftraggeber als Begründung nur die erreichten Bewertungspunkte der Zuschlagsbewertung mitteile, ohne kurz die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern. Diese Unterlassung sei auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, da dadurch die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erheblich erschwert und behindert werde. Eine solche Zuschlagsentscheidung entspreche jedoch nicht den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG, der fordere, dass den Bietern für die Ablehnung ihres Angebotes die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes anzugeben seien. Der Auftraggeber habe in der Zuschlagsentscheidung aber weder die Gesamtpunkteverteilung (für

das monetäre Kriterium und für das Kriterium für das Betriebskonzept) noch eine ausreichende verbale Begründung für das Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" abgegeben. Es reiche bei qualitativen Zuschlagskriterien nicht aus, wenn der Auftraggeber als Begründung nur die erreichten Bewertungspunkte der Zuschlagsbewertung mitteile, ohne kurz die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe zu erläutern. Diese Unterlassung sei auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, da dadurch die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages erheblich erschwert und behindert werde.

Mangelhafter Bewertungsvorgang und Begründung:

Die Antragstellerin müsse davon ausgehen, dass der Auftraggeber weder die Bewertung noch die Begründung seiner Zuschlagsentscheidung in der vom Gesetz und der Judikatur verlangten Form durchgeführt und festgehalten habe. Nach ständiger Judikatur der Vergabenachprüfungsbehörden müsse die Zuschlagsentscheidung objektiv und transparent nachvollziehbar sein. Dementsprechend sei auch eine detaillierte schriftliche Begründung über die vergebenen Punkte vorzunehmen. In concreto müsse die Bewertung und verbale Begründung von jedem Kommissionsmitglied vorgenommen worden sein, da in der Ausschreibung festgehalten worden sei, dass jedes Kommissionsmitglied eine Bewertung zwischen 0, 1, 3 und 5 anführen könne. Dass eine solche Bewertung und Begründung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht vorgenommen worden sei, lasse das Punktergebnis beim Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" (B*** 55, Antragstellerin 65) vermuten. Bei 7 Kommissionsmitgliedern und 6 Subkriterien beim Qualitätskriterium "Betriebskonzept" erscheine ein auf ganze Zahlen ermitteltes Ergebnis mehr als unwahrscheinlich. Es sei davon auszugehen, dass eine entsprechende Bewertung und verbale Begründung der Punktevergabe jedes einzelnen Kommissionsmitgliedes fehle. Auch diese Rechtswidrigkeit sei wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, da das Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" mit 60% gewichtet sei.

Fehlende Gewichtung der Subkriterien:

Überdies würden die fehlende Gewichtung und die nicht abschließende Aufzählung der Subkriterien bei der Bewertung des Betriebskonzepts den Kommissionsmitgliedern völlig freie Hand lassen. Die Ausschreibung treffe hierzu zu folgende Festlegung:

Insbesondere folgende Aspekte sind im Rahmen des Betriebskonzepts hinsichtlich der einzelnen Subkriterien darzustellen (keine taxative Aufzählung, dh es steht dem Bieter frei, auch zusätzliche Erwägungspunkte anzuführen).

Aufgrund dieser Festlegungen könnten die Kommissionsmitglieder ihre Punkte völlig willkürlich vergeben, da nicht erkennbar sei, auf welche Aspekte der Auftraggeber tatsächlich welchen Wert lege. Die Kommissionsmitglieder könnten in Kenntnis der Angebote respektive der Betriebskonzepte ihre eigenen Prioritäten im Nachhinein uneingeschränkt festlegen und sogar neue, erst durch die Angebote erkennbare Aspekte, heranziehen. Dies zeige sich beispielsweise im Subkriterium "medizinisches Konzept", das insgesamt mit maximal 50 von 100 zu erreichenden Punkten bewertet werde. Ein Kommissionsmitglied könne mangels Punkteverteilung in der Ausschreibung für sich festlegen, dass für ihn beispielsweise der Aspekt "therapeutisches Konzept" das Wichtigste sei. Er dürfe nach der Festlegung in der Ausschreibung in Kenntnis der abgegebenen Betriebskonzepte sogar völlig neue Aspekte, die nur von einem Bieter aufgestellt würden, in die Bewertung einfließen lassen. Damit würden erst zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung die Gewichtung der Subkriterien und allenfalls neue Subkriterien festgelegt.

Eine solche Vorgehensweise zur Bestbieterermittlung entspreche nicht den Grundsätzen des Vergaberechts. Die in der Ausschreibung festgelegten Subkriterien würden daher keine, objektiv nachvollziehbare und plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der Grundsätze des Vergabeverfahrens ermöglichen. Demzufolge sei auch die Präklusion noch nicht eingetreten. Ausschreibungsunterlagen mit derartigen Mängeln müssten konsequenterweise den Widerruf zur Folge haben.

Nachträgliche Änderung des Subkriteriums "Verpflichtung zur alleinigen Verlustabdeckung":

Die Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens zeige sich auch bei der nachträglichen Änderung des Subkriteriums 1c "Verpflichtung zur alleinigen Verlustabdeckung bzw. zur Erzielung sonstiger Erlösanforderungen". Im Erstangebot habe die Antragstellerin hierfür einen bestimmten Betrag angeboten. Mit Aufklärung zum Angebotsbestandteil "Verlustabdeckung" habe der Auftraggeber das Subkriterium erstmals inhaltlich geändert und Rechtsfolgen der alleinigen Verlustabdeckung festgelegt. Den im Schreiben (ohne Datum jedoch vor dem 8.10.2009) abgedruckten Auszug aus dem Summenblatt habe die Antragstellerin als Aufforderung zur Abgabe eines neuerlichen

Verlustabdeckungsbetrages verstanden und dafür einen bestimmten Betrag angeboten. Im Nachhinein habe sich jedoch herausgestellt, dass das Schreiben nicht gleichzeitig als Aufforderung zur Angebotsabgabe gedacht gewesen sei. Mit dem Wissen, welchen Betrag die Antragstellerin im Last and Final Offer zumindest einsetzen würde, habe der Auftraggeber im Rahmen der zweiten Verhandlungsrunde am 23.10.2009 nun überraschend die Verlustabdeckung mit einem Höchstmaß in abgeänderte Höhe begrenzt und damit das Subkriterium ein zweites Mal abgeändert. Zuschlagskriterien und ihrer Subkriterium könnten jedoch nicht nachträglich und schon gar nicht nach Erhalt der Angebote abgeändert werden. Eine solche Änderung sei nach Abgabe des Erstangebotes auch in einem Verhandlungsverfahren unzulässig. Es deute vieles darauf hin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrem Erstangebot einen viel geringeren Betrag für die Verlustabdeckung als die Antragstellerin angeboten habe. Diese Vorgehensweise müsse den Widerruf der Ausschreibung zur Folge haben.

Abgehen von den Festlegungen in der Ausschreibung:

Gleichzeitig weiche der Auftraggeber in unzulässiger Weise von seinen eigenen Festlegung in der Ausschreibung ab, indem er die Bieter lediglich zur Verbesserung von Angebotsteilen (konkret des abgeänderten Verlustabdeckungsbetrages) auffordere. Die Ausschreibung lege hingegen fest, dass die Bieter nach Ende der jeweiligen Verhandlungsrunde aufgefordert würden, ein weiteres Angebot zu legen. Diese Vorgehensweise habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei den monetären Kriterien "Management" und "Pachtentgelt" eindeutig bevorzugt.

Stadium der Zuschlagsentscheidung noch nicht erreicht:

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung setze voraus, dass die Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern soweit abgeschlossen seien, dass die darauf folgende Zuschlagserteilung durch einfache Annahmeerklärung erfolgen könne. Vergaberechtlich habe der Auftraggeber daher die Verpflichtung, den Zuschlag auf das letztgültige Angebot zu erteilen. Voraussetzung dafür sei in concreto, dass alle Details der abzuschließenden Verträge (insbesondere Managementvertrag, Kooperationsvereinbarung, Abtretungsvertrag) zwischen dem Auftraggeber und den Bietern vollständig ausgehandelt seien. Aufgrund der Vorgehensweise des Auftraggebers, wonach diese Details erst nach Zuschlagserteilung verhandelt würden, sei defacto das Stadium der Bestbieterermittlung der Zuschlagsentscheidung noch gar nicht erreicht.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie auf ihr bisheriges Vorbringen verweise. Die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde einen Schaden für die Antragstellerin bedeuten, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden könne. Die Interessensabwägung müsse zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen. Würde die einstweilige Verfügung nicht erlassen, könnte der Auftraggeber den Zuschlag erteilen. Nach Zuschlagserteilung könnten jedoch die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nur mehr zu Schadensersatzansprüchen führen. Eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin wäre jedoch ausgeschlossen. Die beantragte Untersagung der Erteilung des Zuschlags sei das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel. Zeitliche Verzögerungen sowie organisatorischer und finanzieller Mehraufwand würden in der Natur eines Nachprüfungsverfahrens liegen und könnten daher kein überwiegendes öffentliches Interesse begründen; ansonsten könnte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in jedem Vergabeverfahren stets verhindert werden. Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dem Auftraggeber allenfalls entstehende zusätzliche Kosten würden im Ergebnis eine organisationsinterne Frage des Auftraggebers darstellen und könnten in die Interessensabwägung nicht einfließen. Von überwiegenden nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung sei nicht auszugehen.

Mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2009 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber des Beschaffungsvorganges sei die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, vergebende Stelle die M***. Das Verfahren sei am 10.6.2009 in der Online-Ausgabe und am 12.6.2009 in der Druckausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers bekannt gemacht worden. Die Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im ABl der EG sei am 9.6.2009 erfolgt. Mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2009 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber des Beschaffungsvorganges sei die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, vergebende Stelle die M***.

Das Verfahren sei am 10.6.2009 in der Online-Ausgabe und am 12.6.2009 in der Druckausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers bekannt gemacht worden. Die Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Amtsblatt der EG sei am 9.6.2009 erfolgt.

Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Da die Vergabe eines PPP-Projektes vorliege, welches nicht nur die Erbringung von Leistungen (insbesondere Managementdienstleistungen), sondern auch die Übernahme von Geschäftsanteilen und ökonomischer Risiken umfasse, sei die Angabe eines einfachen Zahlenwertes als Auftragswert kaum möglich bzw wenig aussagekräftig. Alleine die über vier Jahre berechnete ManagementFee liege bereits im Oberschwellenbereich.

Das Verfahren werde in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt.

Die Zuschlagsentscheidung sei am 3.12.2009 per Fax bekannt gegeben worden. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 17.12.2009, 24.00 Uhr, angegeben worden. Die nicht öffentlichen Angebotsöffnungen hätten für das Erstangebot am 15.9.2009 sowie für das konkretisierte Angebot am 13.11.2009 stattgefunden.

Ein Angebot sei ausgeschieden worden, zwei Angebote - darunter

jenes der Antragstellerin - seien im Vergabeverfahren

verblieben.

Der Auftraggeber brachte keine Gründe gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vor.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Sozialversicherungsträger sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (ständige Rechtsprechung zB VfGH 28.2.2000, B 2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-26; BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42; BVA 10.10.2008, N/0082-BVA/09/2008-56). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Sozialversicherungsträger sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (ständige Rechtsprechung zB VfGH 28.2.2000, B 2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-26; BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42; BVA 10.10.2008, N/0082-BVA/09/2008-56).

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der M***, geführt. Diese fungiert somit als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der M***, geführt. Diese fungiert somit als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich nach den Angaben des Auftraggebers um eine Vergabe im Oberschwellenbereich (vgl Stellungnahme OZ 6, wonach allein die über vier Jahre berechnete ManagementFee im Oberschwellenbereich liege). 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 vergleiche Stellungnahme OZ 6, wonach allein die über vier Jahre berechnete ManagementFee im Oberschwellenbereich liege).

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Im

Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung stellt die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG dar. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung stellt die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 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 Bundesvergabebeamtes 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 Bundesvergabebeamtes 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 Bundesvergabebeamtes 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 17.12.2009, OZ 6). 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 17.12.2009, OZ 6). Dem Bundesvergabeamt sind auch keine besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Demgegenüber hat die Antragstellerin 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

10.05.2010

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