

TE Verg Bescheid 2008/11/24 N/0142-BVA/05/2008-16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.11.2008

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §138

BVergG 2006 §138 Abs2

BVergG 2006 §139 Abs2 Z2

BVergG 2006 §140 Abs2

BVergG 2006 §140 Abs4 Z5

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 138 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 138 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 140 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 140 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Nachprüfungsverfahren zum Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Arbeitsmarktservice Österreich entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 6. November 2008 "Das Bundesvergabeamt möge die mit Schreiben vom 24.10.2008 bekannt gegebene Widerrufsentscheidung für nichtig zu erklären" wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 6. November 2008 "Das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Händen unserer ausgewiesenen Rechtsvertreter verpflichten" wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 6. November 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 7. November 2008 beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** neben einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigkeitsklärung der Widerrufsentscheidung vom 24. Oktober 2008 im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" sowie den Pauschalgebührenersatz im Nachprüfungsverfahren. Begründet wurde das Nichtigkeitsklärungsbegehren im Nachprüfungsantrag vom 6. November 2008, in einer Stellungnahme vom 18. November 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung am 20. November 2008 im Wesentlichsten zusammengefasst damit, dass das Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien (im Weiteren: Auftraggeber) die gesamte IKT-Unterstützung in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger EU-weiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich neu ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt. Am 24. Oktober 2008 sei ihr überraschend vom Auftraggeber mitgeteilt worden, dass er das Vergabeverfahren widerrufen wolle (Widerrufsentscheidung). Als Grund sei § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG genannt worden. Diese Entscheidung sei gesondert anfechtbar. Im Telefax vom 24. Oktober 2008 sei ihr mitgeteilt worden, dass sich diese Widerrufsentscheidung auf § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG stütze. Dies sei falsch, zumal die Angebotsfrist im Vergabeverfahren noch nicht einmal begonnen habe und überhaupt noch kein Angebot vorliege, welches ausgeschrieben werden könnte. Es sei noch nicht rechtskräftig, dass nur ein Bewerber zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren einzuladen sei. Zudem könne ein Vergabeverfahren auch nur mit einem Bewerber/Bieter fortgeführt werden. Da die ausgeschrieben Leistungen am Markt angeboten werden würden, könnte jederzeit ein Vergleich der angebotenen Leistungen bzw. der Preise vorgenommen werden, sodass derart auch eine Vergleichbarkeit und damit ein Wettbewerb vorhanden sei. Der Widerruf des Vergabeverfahrens sei nicht das gelindeste geeignete Mittel. Zudem dürfe ein Widerrufsgrund nicht amtswegig vom Bundesvergabeamt aufgegriffen werden.

Mit Schriftsatz vom 6. November 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden am 7. November 2008 beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** neben einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigkeitsklärung der Widerrufsentscheidung vom 24. Oktober 2008 im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" sowie den Pauschalgebührenersatz im Nachprüfungsverfahren. Begründet wurde das Nichtigkeitsklärungsbegehren im Nachprüfungsantrag vom 6. November 2008, in einer Stellungnahme vom 18. November 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung am 20. November 2008 im Wesentlichsten zusammengefasst damit, dass das Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien (im Weiteren: Auftraggeber) die gesamte IKT-Unterstützung in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger EU-weiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich neu ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt. Am 24. Oktober 2008 sei ihr überraschend vom Auftraggeber mitgeteilt worden, dass er das Vergabeverfahren widerrufen wolle (Widerrufsentscheidung). Als Grund sei Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG genannt worden. Diese Entscheidung sei gesondert anfechtbar. Im Telefax vom 24. Oktober 2008 sei ihr mitgeteilt worden, dass sich diese Widerrufsentscheidung auf Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG stütze. Dies sei falsch, zumal die Angebotsfrist im Vergabeverfahren noch nicht einmal begonnen habe und überhaupt noch kein Angebot vorliege, welches ausgeschrieben werden könnte. Es sei noch nicht rechtskräftig, dass nur ein Bewerber zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren einzuladen sei. Zudem könne ein Vergabeverfahren auch nur mit einem Bewerber/Bieter fortgeführt werden. Da die ausgeschrieben Leistungen am Markt angeboten werden würden, könnte jederzeit ein Vergleich der angebotenen Leistungen bzw. der Preise vorgenommen werden, sodass derart auch eine Vergleichbarkeit und damit ein Wettbewerb vorhanden sei. Der Widerruf des Vergabeverfahrens sei nicht das gelindeste geeignete Mittel. Zudem dürfe ein Widerrufsgrund nicht amtswegig vom Bundesvergabeamt aufgegriffen werden.

Der Auftraggeber, vertreten durch Y*** (gleichzeitig auch vergebende Stelle) übermittelte die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und führte im Wesentlichen zusammengefasst in Stellungnahmen vom 10. November 2008 und vom 13. November 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung am 20. November 2008 aus, dass die Widerrufsentscheidung ausschreibungs- und sohin vergaberechtskonform getroffen worden wären. Ein Widerruf zum derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens sei ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist. Ein solcher könne auf § 138 Abs. 2 BVergG gestützt werden. Die sachliche Begründung für den Widerruf ergebe sich analog zu § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG. Zudem könne eine Ausscheidensentscheidung gemeinsam mit einer Widerrufsentscheidung bekannt gegeben werden. Es liege keinesfalls Willkür vor, da ein Vergabeverfahren, das nur mit einem Bewerber / Bieter durchgeführt werde ohne echten Wettbewerb durchgeführt werde.

Der Auftraggeber, vertreten durch Y*** (gleichzeitig auch vergebende Stelle) übermittelte die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und führte im Wesentlichen zusammengefasst in Stellungnahmen vom 10. November 2008 und vom 13. November 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung am 20. November 2008 aus, dass die Widerrufsentscheidung ausschreibungs- und sohin vergaberechtskonform getroffen worden wären. Ein Widerruf zum derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens sei ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist. Ein solcher könne auf Paragraph 138, Absatz 2, BVergG gestützt werden. Die sachliche Begründung für den Widerruf ergebe sich analog zu Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG. Zudem könne eine Ausscheidensentscheidung gemeinsam mit einer Widerrufsentscheidung bekannt gegeben werden. Es liege keinesfalls Willkür vor, da ein Vergabeverfahren, das nur mit einem Bewerber / Bieter durchgeführt werde ohne echten Wettbewerb durchgeführt werde.

Auf der Grundlage des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vom 6. November 2008 (OZ 1), der Schriftsätze des Auftraggebers vom 10. November 2008 (OZ 5) bzw. vom 13. November 2008 (OZ 7), des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 18. November 2008 (OZ 10), den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2008 (OZ 10) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 14. Juli 2008 wurde unter der Bezeichnung "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" eine Ausschreibungsbekanntmachung zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. Die Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union erfolgte am 19. Juli 2008. Im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Amtlicher Lieferanzeiger wurde die Ausschreibungs-bekanntmachung am 17. Juli 2008 veröffentlicht. Gegenstand gemäß Ausschreibungsbekanntmachung ist ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, wobei dieser Auftrag mit "Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen" umschrieben wird. Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs. 5 BVergG gewählt. Es ist geplant fünf Bewerber zur Abgabe eines Angebotes einzuladen. Hinsichtlich weiterer Teilnahmebedingungen wird auf die Teilnahmeunterlagen (im Weiteren: TNU) hingewiesen.

Am 14. Juli 2008 wurde unter der Bezeichnung "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" eine Ausschreibungsbekanntmachung zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. Die Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union erfolgte am 19. Juli 2008. Im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Amtlicher Lieferanzeiger wurde die Ausschreibungs-bekanntmachung am 17. Juli 2008 veröffentlicht. Gegenstand gemäß Ausschreibungsbekanntmachung ist ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, wobei dieser Auftrag mit "Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen" umschrieben wird. Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG gewählt. Es ist geplant fünf Bewerber zur Abgabe eines Angebotes einzuladen. Hinsichtlich weiterer Teilnahmebedingungen wird auf die Teilnahmeunterlagen (im Weiteren: TNU) hingewiesen.

Ziel des Vergabeverfahrens ist der Vertragsabschluss mit einem IT-Dienstleister als Generalunternehmer, der gesamtverantwortlich ist für alle Daten, Anwendungen und die komplette IT-Infrastruktur des AMS. Dem Generalunternehmer obliegen bei der Erbringung der näher beschriebenen „Leistungspakete“, nämlich

- -Strichaufzählung
Entwicklung von Anwendungen
- -Strichaufzählung
Wartung von Anwendungen
- -Strichaufzählung
Service Desk
- -Strichaufzählung

Schulung

- -Strichaufzählung

Bereitstellung & Betriebsführung Rechenzentrum

- -Strichaufzählung

Bereitstellung & Betriebsführung Netzwerk, inkl Telekommunikation

- -Strichaufzählung

Arbeitsplatzausstattung und -betreuung, inkl Beschaffung der Arbeitsplatzausstattung,

gemäß den "Allgemeinen Vorgaben und Grundlagen des AMS", welche die Basis und den Rahmen der Leistungsbeziehung bilden,

- -Strichaufzählung

Steuerung und Koordination aller IT-Dienstleistungen

- -Strichaufzählung

Vertragsmanagement

- -Strichaufzählung

Programm- und Projektmanagement.

Die Antragstellerin hat fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag abgegeben.

Schließlich teilte der Auftraggeber der Antragstellerin per Telefax am 24. Oktober 2008 Folgendes mit:

"...

Namens und auftrags des Auftraggebers teilen wir mit, dass das Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist von 14 Tagen widerrufen wird (Widerrufsentscheidung)

Die Stillhaltefrist endet am 7.11.2008.

Die Widerrufsentscheidung erfolgt gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG, da nur ein Bewerber seine Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen hat. Die Widerrufsentscheidung erfolgt gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, da nur ein Bewerber seine Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen hat.

Namens und auftrags des Auftraggebers geben wir weiters bekannt, dass das Vergabeverfahren unmittelbar nach Ablauf der Stillhaltefrist mit Bekanntmachung erneut eingeleitet werden wird. Die Versendung der EU-weiten Bekanntmachung wird – sofern kein Vergabekontrollverfahren eingeleitet wird – in KW 46 erfolgen...."

Innerhalb der Stillhaltefrist hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 6. November 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 7. November 2008 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren von insgesamt Euro 2.400.-- bezahlt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. November 2008, N/0142- BVA/05/2008-6EV wurde es dem Auftraggeber untersagt, vorläufig den Widerruf zu erklären. Am 18. November 2008 wurde der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt. Am 20. November 2008 fand eine mündliche Verhandlung im Bundesvergabeamt statt. Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Verfahrensparteien und findet volle Deckung in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Antragsvoraussetzungen bzw. Parteistellung:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf (noch) nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen

Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf (noch) nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig

1. 1.Ziffer eins

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. 2.Ziffer 2

zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeber im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. November 2008, N/0142-BVA/05/2008-6EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. November 2008, N/0142-BVA/05/2008-6EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht § 320 Abs. 1 BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Widerrufsentscheidungen ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderlichen Pauschalgebühren zur Einzahlung gebracht hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten (siehe dazu auch die Ausführungen im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. November 2008, N/0142-BVA/05/2008-6EV). Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Widerrufsentscheidungen ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderlichen Pauschalgebühren zur Einzahlung gebracht hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag

hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten (siehe dazu auch die Ausführungen im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. November 2008, N/0142-BVA/05/2008-6EV).

Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG rechtzeitig. § 140 Abs. 4 Z 5 BVergG und somit § 321 Abs. 1 Z 4 BVergG kommen nicht zur Anwendung, da § 140 Abs. 4 Z 5 BVergG ausdrücklich von einem Zeitpunkt spricht, zu dem bereits Angebote vorliegen. Dieser Verfahrenszeitpunkt ist im gegenständlichen Vergabeverfahren derzeit jedoch noch nicht erreicht. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtzeitig. Paragraph 140, Absatz 4, Ziffer 5, BVergG und somit Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG kommen nicht zur Anwendung, da Paragraph 140, Absatz 4, Ziffer 5, BVergG ausdrücklich von einem Zeitpunkt spricht, zu dem bereits Angebote vorliegen. Dieser Verfahrenszeitpunkt ist im gegenständlichen Vergabeverfahren derzeit jedoch noch nicht erreicht. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zuständigkeit des Senates 5 des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit gegeben ist und die Antragstellerin sämtliche Antragsvoraussetzungen erfüllt.

Zum Spruchpunkt I.: Zum Spruchpunkt römisch eins.:

Wie sich aus parallel geführten Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt (N/0139-BVA/05/2008, N/0141-BVA/05/2008 und N/0143-BVA/05/2008) ergab, war die Entscheidung des Auftraggebers, keinen Mitbewerber der Antragstellerin zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, vergaberechtskonform. Das bedeutet, dass die Antragstellerin der einzige Bewerber wäre, der zu einem weiteren Vergabeverfahren zur Legung eines Angebotes einzuladen wäre.

Der Gesetzgeber des Bundesvergabegesetzes hat in § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG ausdrücklich festgehalten, dass es sachlich gerechtfertigt sein kann, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 BVergG nur mehr ein Angebot bleibt. Dies hat der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich nur für ein Verfahren festgelegt, bei welchem die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist. Der Gesetzgeber des Bundesvergabegesetzes hat in Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ausdrücklich festgehalten, dass es sachlich gerechtfertigt sein kann, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, BVergG nur mehr ein Angebot bleibt. Dies hat der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich nur für ein Verfahren festgelegt, bei welchem die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist.

Bei der Entscheidung, ob ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen soll oder muss, hat er sich insbesondere auch von den im BVergG festgelegten Grundsätzen (§ 19 BVergG) leiten zu lassen. Es mag auch Konstellationen geben, wo ein Vergabeverfahren nur mehr mit einem Bewerber / Bieter geführt wird, und wo ein Widerruf nicht erforderlich bzw. geboten ist. Dies ist jedoch immer unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Vergabeverfahrens vom Auftraggeber zu beurteilen. Bei der Entscheidung, ob ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen soll oder muss, hat er sich insbesondere auch von den im BVergG festgelegten Grundsätzen (Paragraph 19, BVergG) leiten zu lassen. Es mag auch Konstellationen geben, wo ein Vergabeverfahren nur mehr mit einem Bewerber / Bieter geführt wird, und wo ein Widerruf nicht erforderlich bzw. geboten ist. Dies ist jedoch immer unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Vergabeverfahrens vom Auftraggeber zu beurteilen.

Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH (vgl. EuGH vom 16. September 1999, Rs C-27/98, Fracasso und Leitschutz, Rn 23ff, bzw. darauf auch aufbauend BVA vom 3. April 2007, N/0018-BVA/10/2007-29 oder BVA vom 4. März 2008, N/0013-BVA/12/2008-20) ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert, usw.. Diese Aufzählung ist demonstrativ. Auch das Ergebnis, dass in einem Verhandlungsverfahren bereits in der Präqualifikationsphase alle bis auf einen einzigen Bewerber nicht eingeladen werden sollen, ein Angebot zu legen, kann einen sachlich gerechtfertigten Grund darstellen, ein Vergabeverfahren zu widerrufen. Insofern ist diese Auftraggeberentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren jedenfalls nachvollziehbar. Dem Auftraggeber, der in einer solchen Konstellation den Widerruf eines

Vergabeverfahrens erklärt, Willkür zu unterstellen, bedeutet, dass man auch dem Gesetzgeber Willkür unterstellt, da er für die durchaus vergleichbare Konstellation nach Ablauf der Angebotsfrist explizit die Möglichkeit eines Widerrufs vorsieht (vgl. § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG). Das Bundesvergabeamt schließt sich daher unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze des § 19 BVergG der Auffassung des Auftraggebers an, dass der Umstand, dass nur ein Bewerber im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren eingeladen werden könnte, ein Angebot zu legen, einen sachlichen Grund darstellt, das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren gemäß § 138 Abs. 2 BVergG zu widerrufen. Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH vergleiche EuGH vom 16. September 1999, Rs C-27/98, Fracasso und Leitschutz, Rn 23ff, bzw. darauf auch aufbauend BVA vom 3. April 2007, N/0018-BVA/10/2007-29 oder BVA vom 4. März 2008, N/0013-BVA/12/2008-20) ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert, usw.. Diese Aufzählung ist demonstrativ. Auch das Ergebnis, dass in einem Verhandlungsverfahren bereits in der Präqualifikationsphase alle bis auf einen einzigen Bewerber nicht eingeladen werden sollen, ein Angebot zu legen, kann einen sachlich gerechtfertigten Grund darstellen, ein Vergabeverfahren zu widerrufen. Insofern ist diese Auftraggeberentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren jedenfalls nachvollziehbar. Dem Auftraggeber, der in einer solchen Konstellation den Widerruf eines Vergabeverfahrens erklärt, Willkür zu unterstellen, bedeutet, dass man auch dem Gesetzgeber Willkür unterstellt, da er für die durchaus vergleichbare Konstellation nach Ablauf der Angebotsfrist explizit die Möglichkeit eines Widerrufs vorsieht vergleiche Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG). Das Bundesvergabeamt schließt sich daher unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze des Paragraph 19, BVergG der Auffassung des Auftraggebers an, dass der Umstand, dass nur ein Bewerber im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren eingeladen werden könnte, ein Angebot zu legen, einen sachlichen Grund darstellt, das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren gemäß Paragraph 138, Absatz 2, BVergG zu widerrufen.

In der der Antragstellerin mitgeteilten Entscheidung vom 24. Oktober 2008 wird an der entsprechenden Stelle in einem ersten Satz die Widerrufsentscheidung ohne Hinzufügung einer Rechtsgrundlage mitgeteilt. In einem zweiten Satz wird auf das Ende der Stillhaltefrist hingewiesen. In einem dritten Satz wird hingewiesen, dass diese Entscheidung gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG erfolge. Dieser Satz kann nach Auffassung des Bundesvergabeamtes nur so verstanden werden, dass die Begründung für die Widerrufsentscheidung analog zu § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG getroffen wird. Ein Bewerber, der in einem Vergabeverfahren erst einen Teilnahmeantrag abgegeben hat, kann nicht davon ausgehen, dass die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist und daher zur Auffassung gelangen, dass ein Widerruf auf der Rechtsgrundlage des § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG vorliege. Viel mehr muss jedem Bewerber im gegenständlichen Vergabeverfahren klar sein, dass die Rechtsgrundlage für den Widerruf vor Ende der Angebotsfrist nur in § 138 BVergG gefunden werden kann und sich die Rechtsgrundlage für den beabsichtigten Widerruf in dieser Bestimmung wiederfindet. In der der Antragstellerin mitgeteilten Entscheidung vom 24. Oktober 2008 wird an der entsprechenden Stelle in einem ersten Satz die Widerrufsentscheidung ohne Hinzufügung einer Rechtsgrundlage mitgeteilt. In einem zweiten Satz wird auf das Ende der Stillhaltefrist hingewiesen. In einem dritten Satz wird hingewiesen, dass diese Entscheidung gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG erfolge. Dieser Satz kann nach Auffassung des Bundesvergabeamtes nur so verstanden werden, dass die Begründung für die Widerrufsentscheidung analog zu Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG getroffen wird. Ein Bewerber, der in einem Vergabeverfahren erst einen Teilnahmeantrag abgegeben hat, kann nicht davon ausgehen, dass die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist und daher zur Auffassung gelangen, dass ein Widerruf auf der Rechtsgrundlage des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG vorliege. Viel mehr muss jedem Bewerber im gegenständlichen Vergabeverfahren klar sein, dass die Rechtsgrundlage für den Widerruf vor Ende der Angebotsfrist nur in Paragraph 138, BVergG gefunden werden kann und sich die Rechtsgrundlage für den beabsichtigten Widerruf in dieser Bestimmung wiederfindet.

Zudem kann der Auftraggeber gemäß § 140 Abs. 2 BVergG die Widerrufsentscheidung nach Ablauf der Teilnahmefrist in einem Verhandlungsverfahren den verbliebenen Unternehmern nachweislich mitteilen. In der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist – nicht jedoch die Rechtsgrundlage – bekannt zu geben. Zudem kann der Auftraggeber gemäß Paragraph 140, Absatz 2, BVergG die Widerrufsentscheidung

nach Ablauf der Teilnahmefrist in einem Verhandlungsverfahren den verbliebenen Unternehmen nachweislich mitteilen. In der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist – nicht jedoch die Rechtsgrundlage – bekannt zu geben.

Sollte man dennoch zur Auffassung gelangen, dass eine Widerrufsentscheidung auf der Rechtsgrundlage des § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG vorliegt, würde das bedeuten, dass eine solche Entscheidung, die faktisch und rechtlich im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht vorliegen kann, für nichtig zu erklären wäre. Dies würde jedoch unmittelbar im Anschluss zu einer erneuten Widerrufsentscheidung durch den Auftraggeber – diesmal auf der Grundlage des § 138 BVergG führen und somit letztlich am Ergebnis nichts ändern. Sollte man dennoch zur Auffassung gelangen, dass eine Widerrufsentscheidung auf der Rechtsgrundlage des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG vorliegt, würde das bedeuten, dass eine solche Entscheidung, die faktisch und rechtlich im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht vorliegen kann, für nichtig zu erklären wäre. Dies würde jedoch unmittelbar im Anschluss zu einer erneuten Widerrufsentscheidung durch den Auftraggeber – diesmal auf der Grundlage des Paragraph 138, BVergG führen und somit letztlich am Ergebnis nichts ändern.

Letztlich hat das Bundesvergabeamt gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Letztlich hat das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände kommt das Bundesvergabeamt sohin zum Ergebnis, dass die Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen (Widerrufsentscheidung) nicht für nichtig zu erklären ist und das entsprechende Begehren abzuweisen ist.

Zum Spruchpunkt II.: Zum Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragstellerin nicht einmal teilweise obsiegt hat und auch nicht klaglos gestellt wurde, war das entsprechende Antragsbegehren gemäß Spruchpunkt II dieses Bescheides abzuweisen. Da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragstellerin nicht einmal teilweise obsiegt hat und auch nicht klaglos gestellt wurde, war das entsprechende Antragsbegehren gemäß Spruchpunkt römisch zwei dieses Bescheides abzuweisen.

Schlagworte

Widerrufgrund, nur ein einziger verbleibender Teilnahmeantrag für weiteres Verfahren, Widerrufsentscheidung, Rechtswidrigkeit für den Ausgang nicht von wesentlichem Einfluss, falsche Paragraphenbezeichnung;

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2009

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