

TE Verg Bescheid 2008/4/10 N/0042-BVA/07/2008-EV14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.04.2008

Norm

BVergG 2006 §329

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 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Inneres, dieser vertreten durch die Sektion IV Support Unit ZMR, Hahngasse 8, Top 26/28, 1090 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. April 2008, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Inneres, dieser vertreten durch die Sektion römisch vier Support Unit ZMR, Hahngasse 8, Top 26/28, 1090 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. April 2008, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Teilnahmeanträge untersagt und der Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge ausgesetzt wird, wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für die Realisierung von SOA-Services für die öffentliche Verwaltung als PPP-Projekt" die Teilnahmeanträge zu öffnen.

Das darüber hinaus gehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Der Auftraggeber schrieb den verfahrensgegenständlichen Auftrag durch Bekanntmachung vom 22.3.2008, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt ZI 2008/S 58-078931, aus. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein nicht offenes Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge wurde der 21.4.2008, 11.00 Uhr, fixiert.

Mit Schriftsatz vom 3.4.2008 beantragte die A***, vertreten durch X*** (idF Antragstellerin) die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages. Darüber hinaus wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und der Ersatz der Gebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 3.4.2008 beantragte die A***, vertreten durch X*** in der Fassung Antragstellerin) die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages. Darüber hinaus wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und der Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um keine Dienstleistungskonzession iSv § 8 BVergG handle, sondern vielmehr um einen Dienstleistungsauftrag iSv § 6 leg.cit. Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um keine Dienstleistungskonzession iSv Paragraph 8, BVergG handle, sondern vielmehr um einen Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, leg.cit.

Dienstleistungskonzessionen iSd § 8 leg.cit. seien Verträge, deren Gegenleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich im Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestünden. Das primär signifikante Merkmal einer Dienstleistungskonzession liege in der Einräumung des Rechts zur Nutzung der Dienstleistung durch den Konzessionsgeber an den Konzessionär. Als weiterer wesentlicher Aspekt dieses Nutzungsrechts werde auf die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des Risikoüberganges vom Auftraggeber auf den Konzessionär abgestellt. Im gegenständlichen Sachverhalt solle der Auftragnehmer (Konzessionär) gemäß Punkt 1.3 des gegenständlichen Teilnahmeantrages beauftragt werden, die SOA-Services zusammen mit dem BMI SU ZMR umzusetzen, wobei der Auftragnehmer für die Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software zuständig sei. Die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung würden zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber geteilt. Daraus könne jedoch lediglich geschlossen werden, dass eine Aufteilung des Entgelts aus den Einnahmen der Dienstleistung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolge. Weiters würden die Nutzungsrechte vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber übertragen und nicht - wie gesetzlich gefordert - vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer. Dem zukünftigen Auftragnehmer werde daher zu keinem Zeitpunkt das Recht zur Nutzung der Dienstleistung eingeräumt und erfolge daher auch kein daraus resultierender Risikoübergang vom Auftraggeber auf den Konzessionär. Dienstleistungskonzessionen iSd Paragraph 8, leg.cit. seien Verträge, deren Gegenleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich im Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestünden. Das primär signifikante Merkmal einer Dienstleistungskonzession liege in der Einräumung des Rechts zur Nutzung der Dienstleistung durch den Konzessionsgeber an den Konzessionär. Als weiterer wesentlicher Aspekt dieses Nutzungsrechts werde auf die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des Risikoüberganges vom Auftraggeber auf den Konzessionär abgestellt. Im gegenständlichen Sachverhalt solle der Auftragnehmer (Konzessionär) gemäß Punkt 1.3 des gegenständlichen Teilnahmeantrages beauftragt werden, die SOA-Services zusammen mit dem BMI SU ZMR umzusetzen, wobei der Auftragnehmer für die Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software zuständig sei. Die realisierten Entgelte aus der Dienstleistung würden zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber geteilt. Daraus könne jedoch lediglich geschlossen werden, dass eine Aufteilung des Entgelts aus den Einnahmen der Dienstleistung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolge. Weiters würden die Nutzungsrechte vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber übertragen und nicht - wie gesetzlich gefordert - vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer. Dem zukünftigen Auftragnehmer werde daher zu keinem Zeitpunkt das Recht zur Nutzung der Dienstleistung eingeräumt und erfolge daher auch kein daraus resultierender Risikoübergang vom Auftraggeber auf den Konzessionär.

Der Auftragnehmer solle mit der Durchführung der Dienstleistungen "Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software" beauftragt werden. Dem Auftragnehmer werde dadurch ein konkreter

(Benutzungs)Zwang auferlegt, die Dienstleistung für den Auftraggeber durchzuführen. Dadurch sei klar ersichtlich, dass das wirtschaftliche Risiko nicht auf den Auftragnehmer abgewälzt werden solle. Dieser Zwang durch den Auftraggeber auf den Auftragnehmer deute nach herrschender Ansicht eindeutig auf eine Dienstleistung hin. Es handle sich demnach um die prioritäre Dienstleistung "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" iSd Anhangs III, Kategorie 7, BVergG. Die Durchführung des Vergabeverfahrens habe daher nach den Regeln des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung zu erfolgen. Der Auftragnehmer solle mit der Durchführung der Dienstleistungen "Bereitstellung, Weiterentwicklung, Second Level Support und Wartung der Software" beauftragt werden. Dem Auftragnehmer werde dadurch ein konkreter (Benutzungs)Zwang auferlegt, die Dienstleistung für den Auftraggeber durchzuführen. Dadurch sei klar ersichtlich, dass das wirtschaftliche Risiko nicht auf den Auftragnehmer abgewälzt werden solle. Dieser Zwang durch den Auftraggeber auf den Auftragnehmer deute nach herrschender Ansicht eindeutig auf eine Dienstleistung hin. Es handle sich demnach um die prioritäre Dienstleistung "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" iSd Anhangs römisch drei, Kategorie 7, BVergG. Die Durchführung des Vergabeverfahrens habe daher nach den Regeln des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung zu erfolgen.

Ein wesentlicher Grundsatz des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung sei die Zweistufigkeit. In der ersten Stufe würden die Bewerber zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, in der zweiten Stufe die übrig gebliebenen Bieter aufgefordert, ein Angebot zu legen. Außerdem herrsche in nicht offenen Verfahren Verhandlungsverbot. Im gegenständlichen Vergabeverfahren werde zwar zur Abgabe eines Teilnahmeantrages aufgefordert, jedoch gleichzeitig in Punkt 1.4 des gegenständlichen Teilnahmeantrages darauf hingewiesen, dass ein Vertragsabschluss - der im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung erst nach Abgabe des Angebotes erfolge - bereits 30 Tage nach Bekanntmachung erfolgen könne. Dem Bieter sei es daher gar nicht möglich, ein Angebot zu legen. Die unerlässliche Zweistufigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei somit nicht erkennbar. Auch seien im gegenständlichen Teilnahmeantrag Verhandlungsrunden vorgesehen, dies widerspreche klar den Grundsätzen des BVergG. Der Auftraggeber habe sich darüber hinaus nicht an die vorgegebenen Fristen des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich gehalten. Es sei nicht einmal eine Angebotsfrist angedacht worden. Der Auftraggeber habe daher nicht gemäß § 57 Abs. 1 bzw. § 60 Abs. 2 BVergG gehandelt und verstoße gegen das BVergG. Auch fehle es an der Bekanntmachung über eine öffentliche Angebotsöffnung. Gemäß § 103 Abs. 6 BVergG dürfe die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen bei einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Der gegenständliche Teilnahmeantrag sehe jedoch gemäß Punkt 1.9 lediglich drei Bewerber vor, auch dies widerspreche dem BVergG. Ein wesentlicher Grundsatz des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung sei die Zweistufigkeit. In der ersten Stufe würden die Bewerber zur Abgabe eines Teilnahmeantrages, in der zweiten Stufe die übrig gebliebenen Bieter aufgefordert, ein Angebot zu legen. Außerdem herrsche in nicht offenen Verfahren Verhandlungsverbot. Im gegenständlichen Vergabeverfahren werde zwar zur Abgabe eines Teilnahmeantrages aufgefordert, jedoch gleichzeitig in Punkt 1.4 des gegenständlichen Teilnahmeantrages darauf hingewiesen, dass ein Vertragsabschluss - der im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung erst nach Abgabe des Angebotes erfolge - bereits 30 Tage nach Bekanntmachung erfolgen könne. Dem Bieter sei es daher gar nicht möglich, ein Angebot zu legen. Die unerlässliche Zweistufigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei somit nicht erkennbar. Auch seien im gegenständlichen Teilnahmeantrag Verhandlungsrunden vorgesehen, dies widerspreche klar den Grundsätzen des BVergG. Der Auftraggeber habe sich darüber hinaus nicht an die vorgegebenen Fristen des BVergG für ein nicht offenes Verfahren im Oberschwellenbereich gehalten. Es sei nicht einmal eine Angebotsfrist angedacht worden. Der Auftraggeber habe daher nicht gemäß Paragraph 57, Absatz eins, bzw. Paragraph 60, Absatz 2, BVergG gehandelt und verstoße gegen das BVergG. Auch fehle es an der Bekanntmachung über eine öffentliche Angebotsöffnung. Gemäß Paragraph 103, Absatz 6, BVergG dürfe die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen bei einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Der gegenständliche Teilnahmeantrag sehe jedoch gemäß Punkt 1.9 lediglich drei Bewerber vor, auch dies widerspreche dem BVergG.

Darüber hinaus sei aus dem gegenständlichen Teilnahmeantrag nicht ersichtlich, welche Eignungs- und Auswahlkriterien vorzuweisen seien, um die Anforderungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erfüllen bzw. für die zweite Stufe berücksichtigt werden zu können. Der Auftraggeber habe es weiters unterlassen, diese rudimentären und dem BVergG vergabewidrig dargelegten Eignungs- und Auswahlkriterien im gegenständlichen Teilnahmeantrag klar zu nennen, eine allfällige Trennung sei jedenfalls sachlich nicht nachvollziehbar. Daher gehe die

Antragstellerin davon aus, dass die Unterteilung durch den Auftraggeber willkürlich festgelegt worden sei. Auch die Art der Nachweise dieser Kriterien bzw. wie die Nachweise bewertet würden, sei aus dem Teilnahmeantrag nicht ersichtlich. Darüber hinaus enthielte die geforderte Leistung eindeutig produktspezifische Festlegungen. So werde verlangt, dass sich der Bewerber auf die umgesetzten Standards durch den Auftraggeber bzw. auf das Open Office Schreibsystem festlegen solle. Diese produktspezifischen Festlegungen würden klar gegen § 96 Abs. 1 BVergG verstoßen. Zudem seien Bietergemeinschaften ohne sachliche Rechtfertigung nicht zugelassen. Darüber hinaus sei aus dem gegenständlichen Teilnahmeantrag nicht ersichtlich, welche Eignungs- und Auswahlkriterien vorzuweisen seien, um die Anforderungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu erfüllen bzw. für die zweite Stufe berücksichtigt werden zu können. Der Auftraggeber habe es weiters unterlassen, diese rudimentären und dem BVergG vergabewidrig dargelegten Eignungs- und Auswahlkriterien im gegenständlichen Teilnahmeantrag klar zu nennen, eine allfällige Trennung sei jedenfalls sachlich nicht nachvollziehbar. Daher gehe die Antragstellerin davon aus, dass die Unterteilung durch den Auftraggeber willkürlich festgelegt worden sei. Auch die Art der Nachweise dieser Kriterien bzw. wie die Nachweise bewertet würden, sei aus dem Teilnahmeantrag nicht ersichtlich. Darüber hinaus enthielte die geforderte Leistung eindeutig produktspezifische Festlegungen. So werde verlangt, dass sich der Bewerber auf die umgesetzten Standards durch den Auftraggeber bzw. auf das Open Office Schreibsystem festlegen solle. Diese produktspezifischen Festlegungen würden klar gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG verstoßen. Zudem seien Bietergemeinschaften ohne sachliche Rechtfertigung nicht zugelassen.

Aufgrund des rechtswidrigen und diskriminierenden Teilnahmeantrages sei es der Antragstellerin nicht möglich, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen.

Als Softwarehersteller und IT-Dienstleister im ausschreibungsgegenständlichen Umfeld sei die Antragstellerin an einer Ausschreibungsbeteiligung massiv interessiert. Aufgrund der bisherigen Befassung mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren seien Kosten in der Höhe von zumindest Euro 3.000 (exkl. USt) angefallen. Sollte die Antragstellerin aufgrund der bekämpften Entscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag nicht erhalten, entstünde ihr darüber hinaus ein Schaden durch entgangenen Deckungsbeitrag. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren in Höhe von derzeit rund Euro 3.000 (exkl. USt). Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Eignungs- und Auswahlkriterien, auf Vergleichbarkeit der Teilnahmeunterlagen, auf Abgabe von Teilnahmeanträgen ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Teilnahmeanträge und auf Gleichbehandlung der Bewerber/Bieter verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 8.4.2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Dienstleistungskonzessionsauftrag. In Anlehnung an das 2-stufige Verhandlungsverfahren sei ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip gewählt worden, das sich derzeit in der 1. Stufe (Teilnahmeanträge) befände. Es seien bis dato weder eine Angebotsöffnung erfolgt noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden.

Der Auftraggeber beantragte die a-limine-Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin vom 3.4.2008 mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß § 11 BVergG: Wie sich aus Punkt 1.3 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" klar ergebe, würden mit Ausnahme der Einnahmenaufteilung keine Zahlungen des Auftraggebers an den Konzessionär erfolgen. Der oder die Unternehmer, die eine solche Konzession erhielten, würden das wirtschaftliche Risiko des Erfolges der entsprechenden Dienstleistung am Markt tragen. Sollten sich daher keine Interessenten für den Dienst finden, würden der oder die Konzessionäre kein Entgelt erhalten. Insbesondere würden die Konzessionäre kein Entgelt aus dem Budget der Republik Österreich erhalten. Der Auftraggeber beantragte die a-limine-Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin vom 3.4.2008 mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 11, BVergG: Wie sich aus Punkt 1.3 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" klar ergebe, würden mit Ausnahme der Einnahmenaufteilung keine Zahlungen des Auftraggebers an den Konzessionär erfolgen. Der oder die Unternehmer, die eine solche Konzession erhielten, würden das wirtschaftliche Risiko des Erfolges der entsprechenden Dienstleistung am Markt tragen. Sollten sich daher keine Interessenten für den Dienst finden, würden der oder die Konzessionäre kein Entgelt erhalten. Insbesondere würden die Konzessionäre kein Entgelt aus dem Budget der Republik Österreich erhalten.

Weiters wurde festgehalten, dass die Antragstellerin noch nicht einmal die Bewerbungsunterlagen angefordert habe, weshalb ihr Antrag bereits wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abzuweisen wäre. Jedenfalls sei jedoch das Interesse der öffentlichen Stellen an einer raschen Umsetzung der geplanten SOA-Schnittstellen höher einzustufen als jenes der Antragstellerin an der Teilnahme am Verfahren. Darüber hinaus sei eine Aussetzung der Frist für Teilnahmeanträge keinesfalls erforderlich, um die Antragstellerin vor Schäden durch die behauptete Rechtswidrigkeit zu schützen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Ob es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich um eine Dienstleistungskonzession iSv § 8 BVergG handelt, sodass gemäß § 11 leg.cit. der vergabespezifische Rechtsschutz nicht anwendbar wäre (vgl. EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 33ff), oder ob dem gegenständlichen Vergabeverfahren - wie von der Antragstellerin behauptet - eine (prioritäre) Dienstleistung zu Grunde liegt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend beantwortet werden. Dies wird vielmehr im Rahmen des Hauptverfahrens über den Nachprüfungsantrag zu klären sein. Im Zweifel ist im Provisorialverfahren zu Gunsten des Rechtsschutzsuchenden davon auszugehen, dass der gegenständliche Auftrag als Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVergG zu qualifizieren ist. Nach Angaben des Auftraggebers erfolgte weder eine Zuschlagsentscheidung noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG innerhalb der Frist des § 321 Abs 2 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren entrichtet wurden, ist im Provisorialverfahren davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 2 leg.cit. insoweit zulässig ist. Ob es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich um eine Dienstleistungskonzession iSv Paragraph 8, BVergG handelt, sodass gemäß Paragraph 11, leg.cit. der vergabespezifische Rechtsschutz nicht anwendbar wäre (vergleiche EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 33ff), oder ob dem gegenständlichen Vergabeverfahren - wie von der Antragstellerin behauptet - eine (prioritäre) Dienstleistung zu Grunde liegt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend beantwortet werden. Dies wird vielmehr im Rahmen des Hauptverfahrens über den Nachprüfungsantrag zu klären sein. Im Zweifel ist im Provisorialverfahren zu Gunsten des Rechtsschutzsuchenden davon auszugehen, dass der gegenständliche Auftrag als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren ist. Nach Angaben des Auftraggebers erfolgte weder eine Zuschlagsentscheidung noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren entrichtet wurden, ist im Provisorialverfahren davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, leg.cit. insoweit zulässig ist.

Dem Vorbringen des Auftraggebers, der Antragstellerin fehle es mangels Behebung der Teilnahmeunterlagen am Rechtsschutzinteresse ist Folgendes entgegen zu halten:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß § 328 Abs 1 leg.cit. hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer

gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, leg.cit. hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Einem Unternehmer, der glaubwürdig behauptet, am Zustandekommen eines Vertrages interessiert zu sein und der sich durch die Form der Ausschreibung diskriminiert erachtet, hat jedenfalls ein rechtliches Interesse iSd § 320 Abs 1 BVergG 2006 und damit das Recht auf Überprüfung der behauptetermaßen rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen (s. Hahnl, BVergG 2002, E.4., Seite 656, zur inhaltlich gleich lautenden Bestimmung des § 163 Abs 1 BVergG 2002). Dies deshalb, da anders die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und ein daraus möglicher Weise entstehender oder entstandener Schaden nicht geltend gemacht werden können. Einem Unternehmer, der glaubwürdig behauptet, am Zustandekommen eines Vertrages interessiert zu sein und der sich durch die Form der Ausschreibung diskriminiert erachtet, hat jedenfalls ein rechtliches Interesse iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 und damit das Recht auf Überprüfung der behauptetermaßen rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen (s. Hahnl, BVergG 2002, E.4., Seite 656, zur inhaltlich gleich lautenden Bestimmung des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002). Dies deshalb, da anders die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und ein daraus möglicher Weise entstehender oder entstandener Schaden nicht geltend gemacht werden können.

Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtsunternehmen GmbH & Co KG, Rs C-230/02, vom 12. Februar 2004, kommt einem Antragsteller die Antragslegitimation auch dann zu, wenn er keinen Teilnahmeantrag bzw. kein Angebot abgegeben hat. Dies dann, wenn er sich durch die angeblich diskriminierenden Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen und somit daran, überhaupt ein Angebot abzugeben. In einem solchen Fall ist er berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese Spezifikation einzuleiten, noch bevor das Vergabeverfahren für den betreffenden öffentlichen Auftrag abgeschlossen ist (vgl. BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29). Nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtsunternehmen GmbH & Co KG, Rs C-230/02, vom 12. Februar 2004, kommt einem Antragsteller die Antragslegitimation auch dann zu, wenn er keinen Teilnahmeantrag bzw. kein Angebot abgegeben hat. Dies dann, wenn er sich durch die angeblich diskriminierenden Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen und somit daran, überhaupt ein Angebot abzugeben. In einem solchen Fall ist er berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese Spezifikation einzuleiten, noch bevor das Vergabeverfahren für den betreffenden öffentlichen Auftrag abgeschlossen ist (vergleiche BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29).

In der Begründung hat der EuGH angeführt, dass es von einem angeblich durch diskriminierende Klauseln in den Ausschreibungsunterlagen geschädigten Unternehmen als Voraussetzung dafür, mit den in der Rechtsmittelrichtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren gegen solche Spezifikationen vorzugehen, nicht verlangt werden könne, ein Angebot zu legen, da es aufgrund der genannten Spezifikationen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags habe. Die Nachprüfungsverfahren müssten unter anderem gewährleisten, dass die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen [.....] vorgenommen [.....] werden könne. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Teilnahmeunterlagen keine Bestimmung vorsehen, wonach nur jene Unternehmen teilnahmeberechtigt seien, die die Teilnahmeunterlagen selbst angefordert hätten.

Der Antragstellerin kommt somit Antragslegitimation zu.

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des

Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß § 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben dargelegte Vorbringen nicht denkunmöglich. Darüber ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben dargelegte Vorbringen nicht denkunmöglich. Darüber ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies im Hauptverfahren zu beurteilen sein.

Der Auftraggeber hat zwar vorgebracht, dass das Interesse der öffentlichen Stellen an einer raschen Umsetzung der geplanten SOA-Schnittstellen mehr wiege, als jenes der Antragstellerin an der Verfahrensteilnahme und Verfahrensverzögerung, ein besonderes öffentliches oder sonstiges Interesse, das konkret gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, wurde jedoch nicht geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Laut Punkt 1.10 der Unterlage "Erkundung des Bewerberkreises" müssen Bewerbungen bis spätestens 21.4.2008, 12:00 Uhr MEZ auf dem Postweg oder durch persönliche Abgabe in einem verschlossenen Kuvert an der Adresse des Auftraggebers eingelangt sein. Da die Fortführung des Vergabeverfahrens geplant ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin auch im Fall ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - bei zwischenzeitiger Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Erteilung des Zuschlages - nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch Legung eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren teilnehmen und für einen Zuschlag in Betracht kommen kann. Der Antragstellerin droht durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines Teilnahmeantrages kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, das eine Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht.

Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens nach ständiger Rechtssprechung 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; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8, 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4).

Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (vgl. VfGH 25.10.2002, B1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 19.05.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4), sodass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung

war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (vergleiche VfGH 25.10.2002, B1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 19.05.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4), sodass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung des Laufes der Teilnahmeantragsfrist mit der Wirkung der Hemmung gerichteten Begehrens wird auf § 329 Abs. 2 letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Im Vergleich zur begehrten Aussetzung des Laufes der Teilnahmeantragsfrist mit der Wirkung der Hemmung stellt die Untersagung der Angebotsöffnung in der konkreten Sachverhaltskonstellation die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd zitierten Bestimmung dar. Diesbezüglich mag auch das Vorbringen der Antragstellerin, die Aussetzung der Teilnahmefrist sei auch deshalb erforderlich, weil der Auftraggeber die Teilnahmeabgabe per Post erwarte und daher unmittelbar nach Einlangen der Teilnahmeanträge diese ohne Beisein der Bewerber öffnen könnte und damit von deren Inhalt Kenntnis erlangen würde, nicht zu überzeugen. Es ist darauf zu achten, dass die Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung so gering wie möglich gehalten wird (vgl. BVA 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10). Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung des Laufes der Teilnahmeantragsfrist mit der Wirkung der Hemmung gerichteten Begehrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Im Vergleich zur begehrten Aussetzung des Laufes der Teilnahmeantragsfrist mit der Wirkung der Hemmung stellt die Untersagung der Angebotsöffnung in der konkreten Sachverhaltskonstellation die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd zitierten Bestimmung dar. Diesbezüglich mag auch das Vorbringen der Antragstellerin, die Aussetzung der Teilnahmefrist sei auch deshalb erforderlich, weil der Auftraggeber die Teilnahmeabgabe per Post erwarte und daher unmittelbar nach Einlangen der Teilnahmeanträge diese ohne Beisein der Bewerber öffnen könnte und damit von deren Inhalt Kenntnis erlangen würde, nicht zu überzeugen. Es ist darauf zu achten, dass die Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung so gering wie möglich gehalten wird (vergleiche BVA 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10).

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