

TE Verg Bescheid 2007/11/5 N/0104-BVA/09/2007-016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.11.2007

Norm

BVergG 2006 §328

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 durch den Vertreter des Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "FutureLearning-Competence-Cluster" des Auftraggebers Bund, vertreten durch die Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur eingeleitet über Antrag der A***, B***, C*** als Bietergemeinschaft D*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 29. Oktober 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vertreter des Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "FutureLearning-Competence-Cluster" des Auftraggebers Bund, vertreten durch die Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur eingeleitet über Antrag der A***, B***, C*** als Bietergemeinschaft D*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 29. Oktober 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Vergabeverfahren auszusetzen, wird stattgegeben.

Das Vergabeverfahren "FutureLearning-Competence-Cluster" des Auftraggebers wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Der A***, die B***, die C*** als Bietergemeinschaft D***vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte am 29. Oktober 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Eventualbegehren auf Untersagung der Angebotsöffnung und Untersagung der Zuschlagserteilung und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Antragstellerin nicht zum Verhandlungsverfahren zuzulassen. Als Schaden macht die Antragstellerin das Erfüllungsinteresse in der Höhe von zumindest Euro 30.000, die Kosten der Vorhaltung von Ressourcen sowie den Verlust eines Referenzprojektes geltend. Begründet ist der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Ausschreibung als solche nichtig sei. Von Anfang an habe die Absicht bestanden, nur gewisse Bietergemeinschaften zuzulassen. Es seien Vorgespräche geführt worden. Im Ergebnis solle der Markt in mehrfach rechtswidriger Weise aufgeteilt werden. Die Auswahlkriterien seien mangelhaft angewandt worden. Die Begründung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren sei fehlerhaft. Die Bewerber, die nicht auf die Ausschreibung vorbereitet worden seien, hätten Nachteile. Es habe Vorinformationen, Absprachen und eine nicht transparente Vorgangsweise gegeben.

Der A***, die B***, die C*** als Bietergemeinschaft D***vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte am 29. Oktober 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Eventualbegehren auf Untersagung der Angebotsöffnung und Untersagung der Zuschlagserteilung und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Antragstellerin nicht zum Verhandlungsverfahren zuzulassen. Als Schaden macht die Antragstellerin das Erfüllungsinteresse in der Höhe von zumindest Euro 30.000, die Kosten der Vorhaltung von Ressourcen sowie den Verlust eines Referenzprojektes geltend. Begründet ist der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Ausschreibung als solche nichtig sei. Von Anfang an habe die Absicht bestanden, nur gewisse Bietergemeinschaften zuzulassen. Es seien Vorgespräche geführt worden. Im Ergebnis solle der Markt in mehrfach rechtswidriger Weise aufgeteilt werden. Die Auswahlkriterien seien mangelhaft angewandt worden. Die Begründung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren sei fehlerhaft. Die Bewerber, die nicht auf die Ausschreibung vorbereitet worden seien, hätten Nachteile. Es habe Vorinformationen, Absprachen und eine nicht transparente Vorgangsweise gegeben.

Dadurch seien die Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs verletzt worden. Ausschreibung sei auf bestimmte Unternehmen zugeschnitten. Es sei eine nach der Ausschreibung unzulässige Teilvergabe geplant. Die Bekanntgabe der Nicht-Zulassung zur Teilnahme sei an die falsche Adresse erfolgt. Der Auftraggeber habe die Verpflichtung zur Vertraulichkeit verletzt. Durch die Aufteilung des Auftrages auf vier Teile finde eine Änderung der Zuschlagskriterien statt. Der Auftraggeber habe die Verpflichtung zur Geheimhaltung der Namen der Bieter verletzt, die in einem Verhandlungsverfahren gelte.

Die Antragstellerin erhob ihr bisheriges Vorbringen zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dazu führte sie weiters aus, dass ihr ein Schade drohe. Im Hinblick auf die vom Auftraggeber offensichtlich bereits gesetzten Maßnahmen und den knappen Fristenlauf sehe sie sich gezwungen, sowohl die Aussetzung des gesamten Verfahrens als auch die Untersagung der möglichen weiteren Schritte zu beantragen. Das gelte umso mehr, als ihr der genaue Stand des Verhandlungsverfahrens nicht bekannt sei.

Der Bund vertreten durch die Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur, in der Folge Auftraggeber genannt, erteilte in seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab an, dass kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, aber die Interessen der

Mitbewerber auf plangemäßer Weiterführung des Verfahrens gegeben sind, um zu einem Vertragsabschluss noch im Budgetjahr 2007 zu gelangen. Weiters werde sich die zu erwartende Vergabesumme bei Erweiterung der Verhandlungspartner für den Einzelnen reduzieren. Er stellte den Antrag auf Abweisung der Anträge des Einschreiters und auf Feststellung, dass die Nichtaufforderung zur Angebotslegung rechtmäßig erfolgt sei. Die Stellungnahme zum Hauptverfahren stellte er für 5. November 2007 in Aussicht. Vorweg werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin eingeladen worden sei, sich bei einem der eingeladenen Verhandlungspartner zu beteiligen, um in den zu gründenden Clustern mitwirken zu können. Derzeit sei noch keine Einladung an die ausgewählten Teilnehmer ergangen, Angebote zu legen. Die Teilnehmer würden verständigt, dass das Vergabeverfahren auf Grund des Antrags auf einstweilige Verfügung zur Nachprüfung der Teilnehmersauswahl bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamten ruhe.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Der Bund vertreten durch die Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur plant, einen "FutureLearning-Competence-Cluster" einzurichten.

Dieser soll für mindestens drei Jahre elektronisch unterstützte Lehr- und Lernmaterialien aller Art entwickeln, an Schulen verbreiten und betreuen. Dazu wurde ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich eingeleitet. (Auskünfte des Auftraggebers, Angaben der Antragstellerin)

Die Bekanntmachung erfolgte mit der Bezeichnung "FutureLearning Kompetenz Cluster" im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 6. September 2007, 2007/S 171-210868, abgesandt am 4. September 2007, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger, L-349792-794, abgesandt am 4. September 2007. Gegenstand der Ausschreibung sind Dienstleistungen der Kategorie 24. Der CPV-Code ist 80000000. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 300.000. Die Vertragslaufzeit beträgt zwölf Monate. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Kriterien in den Angebotsunterlagen erteilt werden. Es sollen mindestens drei, höchstens sechs Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 15. Oktober 2007, 10.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Öffnung der Teilnahmeanträge erfolgen. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Nach den Angaben des Auftraggebers ist der CPV-Code 840000. Die Antragstellerin legte fristgerecht einen Teilnahmeantrag. Sechs Teilnahmeanträge wurden abgegeben und am 15. Oktober 2007 vom 13.00 Uhr bis 14.00 Uhr von einer Kommission geöffnet. In der Sitzung der Bewertungskommission vom 17. Oktober 2007 von 11.00 Uhr bis 14.30 Uhr wurden vier Bewerber zur Angebotslegung ausgewählt. Das weitere Verhandlungsverfahren soll mit vier Bietern geführt werden. (Angaben des Auftraggebers; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Antragstellerin teilte der Auftraggeber am 22. Oktober 2007 mit folgendem E-Mail die Nicht-Zulassung zur Angebotslegung mit:

"Ihr Antrag erfüllt nicht alle Voraussetzungen. Wir bedauern daher Sie nicht zur Angebotslegung als eigener Cluster einladen zu können, hoffen aber dass Sie durch die weiter unten vorgeschlagene Vorgangsweise schlussendlich doch auch im Bereich der neu entstehenden Cluster mitwirken können. Dies ist wie folgend zu begründen:

- > Nur auf Wien bezogene Partnerschaft, die allenfalls bundesweit agierende Telekom kommt in der Leistungsbeschreibung der 10 Punkte nicht mehr vor. > Die vorgeschlagenen Materialien sind vorwiegend auf den Pflicht-, Berufsschulbereich und Teilen der Arbeitsmarktvermittlung beschränkt. Wie explizit in der Ausschreibung gefordert werden für die weiterführenden Schulen keine Leistungen angeboten. > Kein Angebot von elektronischen Lehr- und Lernmaterialien im Bereich der weiterführenden Schulen (ausgenommen Berufsschulen).
- > Kein explizite Angabe der Verwendung von Lernplattformen, angegeben wird nur eine nicht näher spezifizierte CMS-Plattform für Schulhomepages.
- > Kein explizites Anbot zur Userverwaltung und Portalzugänge
- > Kein Konzept für Massnahmen der Lehrerfortbildung, sonder nur Hinweis auf einen existierenden Online-Lehrgang.

> Es werden 3 IT-Zertifikate angeboten, die derzeit jedoch von der teilnehmenden Institution der Erwachsenenbildung nur im Bereich der Erwachsenenbildung verwendet werden. (andere Anbieter bieten 10 und mehrere Zertifikate mit langjährigem Einsatz im Schulbereich an)

> Keine konkreten Angebote im Bereich der IT-Wettbewerbe

> Verglichen mit den anderen Bewerbern werden in Ihrer Bewerbung die nachgefragten Leistungsgebiete deutlich weniger umfassend abgedeckt.

Wir sehen in Ihren Unterlagen aber Potential im Bereich der OpenSource Entwicklung (***). Wir empfehlen Ihnen daher sich entweder für diesen Themenbereich in einem späteren Verfahren als FL-Team um Projekte zu bewerben, oder rasch die 4 zur Verhandlung eingeladenen Mitbewerber um FL-Kompetenz Cluster zu kontaktieren. Damit Sie einem dieser 4 Konsortien im Zuge der Verhandlungen beitreten können.

Diesbezüglich könnten die folgenden Vertreter der Verhandlungsteams kontaktiert werden: [...]"

(Beilage .1 zum Nachprüfungsantrag)

Die Bieter wurden noch nicht zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskünfte des Auftraggebers)

Die Antragstellerin zahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, der gegenständliche Verfahrensakt. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist der Bund. Er ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag nach Anh IV zum BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 1 BVergG i d F BGBl II 56/2005, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Bund. Er ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag nach Anh römisch vier zum BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 56 aus 2005,, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit nach Maßgabe von § 141 BVergG im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit nach Maßgabe von Paragraph 141, BVergG im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

Gemäß § 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.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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 sieht sich in ihren Möglichkeiten an der Teilnahme an dem Verhandlungsverfahren gehindert. Es droht ihr angesichts des knappen Fristenlaufs ein Schaden, der nur durch Aussetzung des Vergabeverfahrens abgewendet werden kann.

Der Auftraggeber brachte keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden eigenen oder öffentlichen Interessen vor.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragstellerin beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragstellerin beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in der Teilnahme an dem Verhandlungsverfahren und der Einladung zur Angebotslegung. Der Auftraggeber macht keine gegen die einstweilige Verfügung sprechenden Interessen geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Unterbleibt daher eine Einladung der Antragstellerin in rechtswidriger Weise, können ihre Interessen derart geschädigt werden, dass eine weitere Teilnahme am Verhandlungsverfahren wegen des zeitlichen Vorsprungs der übrigen Bieter mit nicht ausgleichenden Nachteilen stattfindet.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Sollte dem Nachprüfungsantrag stattgegeben werden, bekäme die Antragstellerin die Möglichkeit, an dem Verhandlungsverfahren teilzunehmen. Würde dem Auftraggeber die Möglichkeit gegeben, vorläufig Verhandlungen mit den bereits ausgewählten Bietern zu führen, hätte die Antragstellerin Nachteile zu befürchten. Dabei müssten diese Bieter vorerst Angebote legen. Die dazu zur Verfügung stehende Zeit sollte jedoch für alle Bieter gleich bemessen sein. Um dies zu gewährleisten und im Hinblick auf die beabsichtigte Vorgangsweise kommt daher nur eine Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens als geeignete Maßnahme in Betracht.

§ 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Nennung einer bestimmten Frist. Die beantragte Fristsetzung "bis zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung" würde das Verfahrensergebnis auf unzulässige Art und Weise vorwegnehmen. Sie ist jedoch im Hinblick auf § 328 Abs 2 BVergG unbeachtlich. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; BVA 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020). Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Nennung einer bestimmten Frist. Die beantragte Fristsetzung "bis zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung" würde das Verfahrensergebnis auf unzulässige Art und Weise vorwegnehmen. Sie ist jedoch im Hinblick auf Paragraph 328, Absatz 2, BVergG unbeachtlich. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; BVA 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020).

Dokumentnummer

VERGT_20071105_N_0104_BVA_09_2007_016_00

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