

TE Verg Bescheid 2007/11/5 N/103-BVA/08/2007-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.11.2007

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 am 5.11.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse und deren offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich mit der Bezeichnung "Erstellung und Versand von Rezeptformularen mit EAN - 13 CODE auf Abruf" in Erledigung des diesbezüglich seitens der Antragstellerin A*** am 29.10.2007 gestellten Begehrens auf sofortigen Stopp des Zuschlages an die R***; sowie über die diesbezüglichen Gegenanträge der Auftraggeberin und der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin, also der (Mitbeteiligten, der) R***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 5.11.2007 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse und deren offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich mit der Bezeichnung "Erstellung und Versand von Rezeptformularen mit EAN - 13 CODE auf Abruf" in Erledigung des diesbezüglich seitens der Antragstellerin A*** am 29.10.2007 gestellten Begehrens auf sofortigen Stopp des Zuschlages an die R***; sowie über die diesbezüglichen Gegenanträge der Auftraggeberin und der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin, also der (Mitbeteiligten, der) R***, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse ist die Erteilung des Zuschlags in deren offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich mit der Bezeichnung "Erstellung und Versand von Rezeptformularen mit EAN - 13 CODE auf Abruf" für die Dauer des zur GZ: N/0103-BVA/08/2007 protokollierten Nachprüfungsverfahrens betreffend die Zuschlagsentscheidung vom 19.10.2007

untersagt,

dies allerdings längstens

bis zum Ablauf des 6.12.2007.

Das hinsichtlich des Verbotszeitraums darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328, 329 und 330 Abs 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17; §§ 13, 33 und 59 AVGBGBl 1991/51 idF BGBl I 2004/10
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 328, 329 und 330 Absatz 2, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17; Paragraphen 13, 33 und 59 AVG BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2004/10

Die namens der R*** am 2.11.2007 gestellten Anträge betreffend Zurück- bzw Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 330 Abs 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17. Rechtsgrundlage: Paragraph 330, Absatz 2, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17.

Begründung

Sachverhalt samt Parteivorbringen und Verfahrensgang:

Die Antragstellerin verfasste am 25.10.2007 per Telefax eine in postalischer Gleichschrift am 29.10.2007 einlangende Eingabe, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts, in welcher sie ersuchte, die Zuschlagsentscheidung vom 19.10.2007 zu Gunsten der Mitbeteiligten in dem im Spruch genannten Vergabeverfahren nochmals zu überdenken, wobei in Erwartung der Stellungnahme offenbar des Bundesvergabeamts verblieben würde.

Andererseits war in diesem Schreiben unter Bezugnahme auf die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin die Wortfolge enthalten, dass "dagegen Einspruch erhoben würde".

Als Gründe für den "Einspruch" gab die Antragstellerin in diesem Telefax vom 25.10.2007 bereits an, dass einerseits [offenbar] die Eignung bzw [gemäß der Ausschreibung zuschlagsrelevante] Referenzangaben der Mitbeteiligten bestritten würden, und dass andererseits insbesondere der Preis der Mitbeteiligten ein klarer Fall eines Kalkulationsfehlers bzw ein Fall von Preisdumping wäre.

Nach Zuweisung dieser Eingabe an den Senat 8 des Bundesvergabeamts wurde am 25.10.2007 ein Telefax des Bundesvergabeamts an die Antragstellerin verfasst, in dem ein Verbesserungsauftrag hinsichtlich der Erfordernisse des Nachprüfungsantrags erlassen wurde, in dem gemäß § 13a AVG hinsichtlich der Erfordernisse eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) zur Bewirkung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 entsprechend manuduziert wurde, und in dem schließlich zur Abklärung des Einschreiterinnenwillens gemäß § 13 Abs 1 AVG aufgefordert wurde, klarzustellen, ob die Antragstellerin überhaupt ein Nachprüfungsverfahren durchführen wolle. Nach Zuweisung dieser Eingabe an den Senat 8 des Bundesvergabeamts wurde am 25.10.2007 ein Telefax des Bundesvergabeamts an die Antragstellerin verfasst, in dem ein Verbesserungsauftrag hinsichtlich der Erfordernisse des Nachprüfungsantrags erlassen wurde, in dem gemäß Paragraph 13 a, AVG hinsichtlich der Erfordernisse eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) zur Bewirkung der aufschiebenden Wirkung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 entsprechend manuduziert wurde, und in dem schließlich zur Abklärung des Einschreiterinnenwillens gemäß Paragraph 13, Absatz eins, AVG aufgefordert wurde, klarzustellen, ob die Antragstellerin überhaupt ein Nachprüfungsverfahren durchführen wolle.

Die Antragstellerin verfasste diesbezüglich - neben 2 weiteren Eingaben über die Pauschalgebührenbezahlung, hinsichtlich deren Höhe die Antragstellerin über Rückfrage telefonisch informiert wurde -, am 29.10.2007 mit der Eingabe, lfd Nr 3 den hier zentralen eV -, dass heißt: Provisorialantrag, wie im Spruch wieder gegeben; und mit der Eingabe, lfd Nr 6, den Nachprüfungsantrag in verbesserter Form.

Auf Basis des derart ersichtlichen Vorbringens der Antragstellerin steht fest, dass sie sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 19.10.2007 zu Gunsten der Mitbeteiligten wendet, weil nach Auffassung der Antragstellerin die Mitbeteiligte keine (auch zuschlagsrelevanten) Referenzen aufweisen könnte, bzw nicht geeignet wäre. Insbesondere würde auch ein kalkulatorisch fehlerhafter Preis angeboten bzw Preisdumping betrieben. Durch

eine Vergabe an die Mitbeteiligte entgehe der Antragstellerin ein Auftrag in Höhe der Angebotssumme von rund 166.000 Euro, wobei diesbezüglich bei der Antragstellerin Vorinvestitionen bzw Voraufwand für die gegenständliche Leistungserbringung frustriert zu werden drohen.

Die Antragstellerin macht damit erkennbar insbesondere einen drohenden Umsatzentgang und eine drohenden frustrierten Aufwand als drohenden Schaden geltend. Aus dem drohenden Auftragsentgang ergibt sich notorisch dabei auch der zusätzlich drohende Schaden aus dem Entgang des Nachweises einer weiteren Referenz. Das Interesse am Vertragsabschluss ergibt sich bei der Antragstellerin aus deren Anbotslegung und ihren Eingaben an das Bundesvergabeamt.

Da die Antragstellerin nach den bisherigen - unten näher zu beschreibenden - Angaben der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde, kann der Antragstellerin der Schaden auf Tatsachenebene (in rechtlicher Hinsicht relevant gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006) nicht als offensichtlich fehlend abgesprochen werden. Da die Antragstellerin nach den bisherigen - unten näher zu beschreibenden - Angaben der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde, kann der Antragstellerin der Schaden auf Tatsachenebene (in rechtlicher Hinsicht relevant gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006) nicht als offensichtlich fehlend abgesprochen werden.

Die Auftraggeberin äußerte sich nach der Verständigung vom eV - Antrag am 29.10.2007 am 2.11.2007 zum gestellten eV - Antrag, machte allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und legte den Vergabeakt vor - lfd Nr 14.

Dass die Antragstellerin in ihren Eingaben das Vergabeverfahren nicht buchstäblich wortident wie die Auftraggeberin bezeichnete

und insbesondere "... mit EAN - Code ..." formulierte, während

die Auftraggeberin insoweit die Bezeichnung "... mit EAN-13 Code

..." verwendete, hinderte auf Tatsachenebene und - in diesbezüglicher Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung - auch auf der rechtlichen Ebene nicht die Tatsache der ausreichend konkreten Individualisierung des streitigen Vergabegeschehens (iS der §§ 322 Abs 1 Z 1 und 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006), da sowohl die Auftraggeberin als auch die Mitbeteiligte die Verständigungen des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungs- und eV - Verfahrens unzweifelhaft dem von der Auftraggeberin abgeführten Vergabeverfahren in der Bezeichnung laut Spruch zuordnen konnten - Eingaben, lfd Nri 14 und 15 des Akts...." verwendete, hinderte auf Tatsachenebene und - in diesbezüglicher Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung - auch auf der rechtlichen Ebene nicht die Tatsache der ausreichend konkreten Individualisierung des streitigen Vergabegeschehens (iS der Paragraphen 322, Absatz eins, Ziffer eins und 328 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006), da sowohl die Auftraggeberin als auch die Mitbeteiligte die Verständigungen des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungs- und eV - Verfahrens unzweifelhaft dem von der Auftraggeberin abgeführten Vergabeverfahren in der Bezeichnung laut Spruch zuordnen konnten - Eingaben, lfd Nri 14 und 15 des Akts.

Die Auftraggeberin führte in ihrer Eingabe, lfd Nr 14, aus, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebotspreis in Höhe von 166.680 Euro drittgereiht wäre und daher der Antragstellerin bei einer Vergabe an die Mitbeteiligte mit deren Angebotspreis von 129.240 Euro kein Schaden drohe, da selbst bei einer Ausscheidensnotwendigkeit der Mitbeteiligten eine andere Bieterin zum Zug kommen würde.

Die Vergabe würde nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die übrigen Rechtswidrigkeitsbehauptungen der Antragstellerin würden auch bestritten.

Es würde daher die Zurück- und eventualiter Abweisung des Antrags der Antragstellerin beantragt.

Abgesehen von den verneinten Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags enthält die Eingabe der Auftraggeberin keine substantiierten Einwände gegen eine Provisorialmaßnahme.

Auf Basis der von der Auftraggeberin vorgelegten Ausschreibungsunterlagen und dort insbesondere der Seite 11 von 29 ergibt sich, dass die Zuschlagsfrist 3 Monate nach Ende der Angebotsfrist (- das war der 27.9.2007 -) endet, wobei die Auftraggeberin auf dieser Seite 11 bereits die Möglichkeit eines Vergabekontrollverfahrens in ihre eigenen zeitlichen Planungen einbezogen hat und diesbezüglich die Bieter als höchsten bis 31.3.2008 als an deren Angebote gebunden erachtete.

Die Mitbeteiligte wurde gleichfalls gemäß § 323 Abs 4 BVergG 2006 vom Nachprüfungsverfahren verständigt, wobei es dieser Bieterin freigestellt wurde, im Rahmen der amtswegig gebotenen Abklärung der Interessenslage gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 zu der Ihres Erachtens gegebenen Interessenslage Stellung zu nehmen. Die Mitbeteiligte wurde gleichfalls gemäß Paragraph 323, Absatz 4, BVergG 2006 vom Nachprüfungsverfahren verständigt, wobei es dieser Bieterin freigestellt wurde, im Rahmen der amtswegig gebotenen Abklärung der Interessenslage gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 zu der Ihres Erachtens gegebenen Interessenslage Stellung zu nehmen.

Die Mitbeteiligte verfasste diesbezüglich anwaltlich vertreten am 2.11.2007 einen mehrseitigen Schriftsatz, lfd Nr 15. Neben der Bestreitung der Vorwürfe der Antragstellerin weist die Mitbeteiligte darauf hin, dass ihres Erachtens die Antragstellerin durch ihren Nachprüfungsantrag dennoch nicht umhin kommt, dass damit zu rechnen wäre, dass der Auftrag trotzdem an eine andere, zweitgereichte Bieterin, wenn schon nicht an die Mitbeteiligte, zu vergeben wäre.

Konkretisierte Verzögerungsschäden, die allenfalls ausnahmsweise gegen die Provisorialmaßnahme sprechen hätten können - siehe zu einem derart möglichen Fall BVA 2.11.2007, N/0087-BVA/08/2007- EV118 - werden durch die Mitbeteiligte nicht dargetan.

Besondere öffentliche Interessen wider die Provisorialmaßnahme wurden weder behauptet, noch sind solche anderweitig bekannt, zumal die Auftraggeberin in entsprechend sorgfältiger Planung der gegenständlichen Vergabe ein Vergabekontrollverfahren bereits bis 31.3.2008 in ihre zeitlichen Planungen des Beschaffungsvorgangs miteinbezogen hat.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts bzw aus dem Inhalt der durch die Auftraggeberin am 2.11.2007 vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Rechtliche Beurteilung:

Die Auftraggeberin ist als gesetzliche Krankenversicherungsträgerin eine durch das ASVG bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG und unterliegt damit gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts. Die Auftraggeberin ist als gesetzliche Krankenversicherungsträgerin eine durch das ASVG bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG und unterliegt damit gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts.

Die Antragstellerin verfasste am 25.10.2007 eine Eingabe an das Bundesvergabeamt, die vom Vorsitzenden des Bundesvergabeamts gemäß § 304 BVergG 2006 dem Senat 8 des Bundesvergabeamts zur weiteren Behandlung zugewiesen wurde. Die Antragstellerin verfasste am 25.10.2007 eine Eingabe an das Bundesvergabeamt, die vom Vorsitzenden des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 304, BVergG 2006 dem Senat 8 des Bundesvergabeamts zur weiteren Behandlung zugewiesen wurde.

Der Vorsitzende des Senats 8 erließ daraufhin einen Verbesserungsauftrag gemäß § 13 Abs 3 AVG und manuduzierte die unvertretene Antragstellerin dabei unter Mitübermittlung des § 328 BVergG 2006 zusätzlich über die erst durch einen gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 entsprechend gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) bewirkte aufschiebende Wirkung zur Verhinderung der Zuschlagserteilung, die das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 unzulässig machen würde. Der Vorsitzende des Senats 8 erließ daraufhin einen Verbesserungsauftrag gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG und manuduzierte die unvertretene Antragstellerin dabei unter Mitübermittlung des Paragraph 328, BVergG 2006 zusätzlich über die erst durch einen gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 entsprechend gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) bewirkte aufschiebende Wirkung zur Verhinderung der Zuschlagserteilung, die das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 unzulässig machen würde.

Die Antragstellerin stellte danach am Montag, 29.10.2007 das im Spruch ersichtliche Begehren auf eV, wobei sie zusätzlich bis Dienstag, 30.10.2007 fristgerecht eine ihre Eingabe vom 25.10.2007 verbessernde Eingabe einbrachte, die die Erfordernisse des Nachprüfungsantrags auf Basis der einschlägigen Praxis des Bundesvergabeamts erfüllt; und

mit welcher die Antragstellerin auch objektiv klagestellt hat, dass sie vom Bundesvergabeamt nicht nur das Überdenken einer Vergabeentscheidung, sondern die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.10.2007 zu Gunsten der Mitbeteiligten anstrebt.

In einer Gesamtbetrachtung der Eingaben vom 25.10.2007, 29.10.2007 und 30.10.2007 hat die Antragstellerin daher nunmehr sämtliche Inhalts- und Formerfordernisse für einen Nachprüfungs- und eV - Antrag gemäß §§ 322 und 328 BVergG 2006 erfüllt, wobei die Antragstellerin bislang auch insgesamt 1.600 Euro an Pauschalgebühren an das Bundesvergabeamt entrichtet hat, so dass die diesbezüglichen Unzulässigkeitstatbestände gemäß § 322 Abs 2 Z 3 und 328 Abs 7 jeweils iVm § 318 BVergG 2006 keinesfalls vorliegen. In einer Gesamtbetrachtung der Eingaben vom 25.10.2007, 29.10.2007 und 30.10.2007 hat die Antragstellerin daher nunmehr sämtliche Inhalts- und Formerfordernisse für einen Nachprüfungs- und eV - Antrag gemäß Paragraphen 322 und 328 BVergG 2006 erfüllt, wobei die Antragstellerin bislang auch insgesamt 1.600 Euro an Pauschalgebühren an das Bundesvergabeamt entrichtet hat, so dass die diesbezüglichen Unzulässigkeitstatbestände gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 3 und 328 Absatz 7, jeweils in Verbindung mit Paragraph 318, BVergG 2006 keinesfalls vorliegen.

Da die Eingabe vom 25.10.2007 fristgerecht verbessert wurde, liegt der Zurückweisungsgrund gemäß § 13 Abs 3 AVG nicht vor. Da die Eingabe vom 25.10.2007 fristgerecht verbessert wurde, liegt der Zurückweisungsgrund gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG nicht vor.

Insofern sich der Nachprüfungsantrag vom 25.10.2007 idF der Verbesserung vom 30.10.2007 gegen die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vom 19.10.2007 richtet, erscheint der Nachprüfungsantrag dem hier gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 allein entscheidenden Senatsvorsitzenden gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 iVm §§ 13 Abs 3 und 33 Abs 2 AVG (unter Berücksichtigung des 26. Oktober als gesetzlichen Feiertag) rechtzeitig. Damit sind die Rechtzeitigkeitserfordernisse des § 328 Abs 3 und 4 BVergG 2006 für einen eV - Antrag jedenfalls erfüllt. Insofern sich der Nachprüfungsantrag vom 25.10.2007 in der Fassung der Verbesserung vom 30.10.2007 gegen die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vom 19.10.2007 richtet, erscheint der Nachprüfungsantrag dem hier gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 allein entscheidenden Senatsvorsitzenden gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraphen 13, Absatz 3 und 33 Absatz 2, AVG (unter Berücksichtigung des 26. Oktober als gesetzlichen Feiertag) rechtzeitig. Damit sind die Rechtzeitigkeitserfordernisse des Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG 2006 für einen eV - Antrag jedenfalls erfüllt.

Das Begehren vom 29.10.2007 auf "sofortigen Stopp des Zuschlages" ist unter Anwendung der diesbezüglich vom VwGH im Erk vom 30.6.2004, 2004/04/0028, vorgegebenen Maximen zur Deutung von Parteierklärungen gegenüber der Vergabekontrollbehörde eindeutig - hinsichtlich der Fraglichkeit der konkret begehrten Sicherungsmaßnahme - zumindest als Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 zu werten. Das Begehren vom 29.10.2007 auf "sofortigen Stopp des Zuschlages" ist unter Anwendung der diesbezüglich vom VwGH im Erk vom 30.6.2004, 2004/04/0028, vorgegebenen Maximen zur Deutung von Parteierklärungen gegenüber der Vergabekontrollbehörde eindeutig - hinsichtlich der Fraglichkeit der konkret begehrten Sicherungsmaßnahme - zumindest als Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 zu werten.

Da die Auftraggeberin von diesem Begehren am 29.10.2007 gemäß § 328 Abs 6 BVergG 2006 verständigt wurde, kann bislang noch kein zur Unzulässigkeit gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 führender Zuschlag erteilt worden sein, zumal die Auftraggeberin am 2.11.2007 gelegentlich ihrer Äußerung zum eV - Antrag den bislang unterbliebenen Zuschlag bestätigte. Da die Auftraggeberin von diesem Begehren am 29.10.2007 gemäß Paragraph 328, Absatz 6, BVergG 2006 verständigt wurde, kann bislang noch kein zur Unzulässigkeit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 führender Zuschlag erteilt worden sein, zumal die Auftraggeberin am 2.11.2007 gelegentlich ihrer Äußerung zum eV - Antrag den bislang unterbliebenen Zuschlag bestätigte.

Insoweit § 328 Abs 1 BVergG 2006 das nicht offensichtliche Fehlen eines drohenden Schadens als Voraussetzung für die Einleitung eines eV - Verfahrens normiert, ist festzuhalten, dass die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugestellt erhalten hat und ausweislich dieses Telefax - Schreibens nicht ausgeschieden wurde. Insoweit Paragraph 328,

Absatz eins, BVergG 2006 das nicht offensichtliche Fehlen eines drohenden Schadens als Voraussetzung für die Einleitung eines eV - Verfahrens normiert, ist festzuhalten, dass die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugestellt erhalten hat und ausweislich dieses Telefax - Schreibens nicht ausgeschieden wurde.

Da das Bundesvergabeamt - zumindest nach der hier vertretenen Auffassung - keine Bestbieterermittlung anstelle des Auftraggebers durchzuführen hat; und da auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass allenfalls auch eine der Antragstellerin vorgereichte Bieterin in Wahrheit für den Zuschlag nicht in Betracht käme, kann der Antragstellerin, die nach den Vergabeunterlagen ein Angebot gelegt hat, zum derzeitigen Zeitpunkt der Schaden und die Antragslegitimation iS des VwGH v 28.3.2007, 2005/04/0200 nicht abgesprochen werden.

Da auch sonst die Erfolgsaussichten des gestellten Nachprüfungsantrags zum derzeitigen Zeitpunkt nicht offenkundig fehlen, spricht auch dieser Aspekt nicht gegen vorläufige, mit einer einstweiligen Verfügung anzuordnende Sicherungsmaßnahmen zu Gunsten der Antragstellerin.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren 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 eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen.

Die Antragstellerin begehrte mit dem am 29.10.2007 protokollierten eV - Antrag, wie im Spruch ersichtlich.

Durch die derart in entsprechender Bewertung begehrte und auch verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung wird verboten, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, durch welchen das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 unzulässig würde, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch durch den dafür zuständigen Senat des Bundesvergabeamts entschieden ist. Die Sicherungsmaßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist daher das gelindeste Mittel, mit welchem das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich bestehende Zuschlagschance der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren dahin abzusichern, dass vorläufig kein Zuschlag erteilt wird. Damit wird die Chance der Antragstellerin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet. Durch die derart in entsprechender Bewertung begehrte und auch verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung wird verboten, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, durch welchen das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 unzulässig würde, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch durch den dafür zuständigen Senat des Bundesvergabeamts entschieden ist. Die Sicherungsmaßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist daher das gelindeste Mittel, mit welchem das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich bestehende Zuschlagschance der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren dahin abzusichern, dass

vorläufig kein Zuschlag erteilt wird. Damit wird die Chance der Antragstellerin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet.

Die Antragstellerin möchte - hinsichtlich der anzustellenden Interessensabwägung - nach ihren Behauptungen mit ihrem Sicherungsbegehren verhindern, dass ihr ein für sie interessanter Geschäftsumsatz entgeht, bei ihr bereits anerlaufene Kosten für die gegenständliche Auftragsabarbeitung frustriert würden, und dass ihr - in diesbezüglicher Feststellung einer notorischen Tatsache - mit dem Geschäftsentgang auch ein Referenzprojekt entgeht. Zentral befürchtet die Antragstellerin damit die Vereitelung der eigenen Zuschlagschance bzw die Vereitelung der nachmaligen Zuschlagserteilung an sich selbst, samt dadurch notorisch drohenden Folge - Nachteilen.

Genau diese Nachteile und Schäden würden amtsbekannt jedenfalls dann drohen bzw sich bereits jetzt endgültig realisieren, wenn ohne die angeordnete Maßnahme vor der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Zuschlag an einen anderen Unternehmer erteilt würde.

Der durch die §§ 328f BVergG 2006 bezweckte Provisorialrechtsschutz will aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich genau eine derartige Vereitelung letztendlich der Zuschlagschance von Unternehmern in einem bestimmten Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt der Klärung der Frage verhindern, ob die jeweilige Antragstellerin durch eine sie belastende Auftraggeberentscheidung - hier durch eine Zuschlagsentscheidung - tatsächlich in ihren vergaberechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird. Der durch die Paragraphen 328 f, BVergG 2006 bezweckte Provisorialrechtsschutz will aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich genau eine derartige Vereitelung letztendlich der Zuschlagschance von Unternehmern in einem bestimmten Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt der Klärung der Frage verhindern, ob die jeweilige Antragstellerin durch eine sie belastende Auftraggeberentscheidung - hier durch eine Zuschlagsentscheidung - tatsächlich in ihren vergaberechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird.

Dabei spricht § 329 Abs 1 BVergG 2006 vom Grundsatz her für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, es sei denn, andere, in § 329 Abs 1 BVergG 2006 angeführte Interessen würden die Interessen am Provisorialrechtsschutz überwiegen. Dabei spricht Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 vom Grundsatz her für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, es sei denn, andere, in Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 angeführte Interessen würden die Interessen am Provisorialrechtsschutz überwiegen.

Die von der Nachprüfungswerberin ins Treffen geführten, ihr drohenden Nachteile; und damit die bei ihr is der Nachteilsvermeidung zu schützenden Interessen sind in solchen Situationen typisch, notorisch und ratione legis gerade die Ursache der Existenz des Provisorialrechtsschutzes. Wenn die Auftraggeberin diesem Interesse an dem Erhalt der Zuschlagschance der Antragstellerin letztendlich insbesondere die deren Erachtens fehlenden Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags entgegensetzt, werden durch ein derartiges Vorbringen die Interessen der Antragstellerin an der vorläufigen Sicherungsmaßnahme nicht überwogen.

Da nämlich ohne entsprechendes Ermittlungsverfahren derzeit weder beurteilt werden kann, ob die Mitbeteiligte einen angemessenen Preis is der §§ 19 Abs 1 und 125 BVergG 2006 angeboten hat, noch ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin als derzeit - nach den Behauptungen der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten - offenbar Drittgereichte dennoch eine Zuschlagschance hat, Da nämlich ohne entsprechendes Ermittlungsverfahren derzeit weder beurteilt werden kann, ob die Mitbeteiligte einen angemessenen Preis is der Paragraphen 19, Absatz eins und 125 BVergG 2006 angeboten hat, noch ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin als derzeit - nach den Behauptungen der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten - offenbar Drittgereichte dennoch eine Zuschlagschance hat,

zumal die Prüfung der bei der Mitbeteiligten nach dem jeweiligen Vorbringen im Punkte der Eignung und der Zuschlagskriterien strittigen Referenzen im Provisorialverfahren noch nicht entsprechend vorgenommen und erörtert werden konnte, sind aktuell keine Tatsachen unstrittig erkennbar, die es bereits jetzt ermöglichen würden, den Nachprüfungsantrag als eindeutig aussichtslos zu beurteilen.

Wenn die Auftraggeberin zusätzlich ausweislich ihrer Ausschreibungsunterlage die Bindungsdauer der Angebote unter Berücksichtigung von Vergabekontrollverfahren bis 31.3.2008 verlangt, zeigt dies, dass in Wahrheit weder Interessen der Auftraggeberin noch solche der Mitbeteiligten in relevanter Weise gegen die Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz bis 6.12.2007 sprechen.

Auf Basis der präkludierten Ausschreibung hat nämlich jeder am Vergabeverfahren Beteiligte diesbezüglich als entsprechend zeitlich orientiert angesehen zu werden.

Überdies spricht das in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung abgesicherte öffentliche Interesse der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01) gleichfalls für die gegenständlich angeordnete vorläufigen Maßnahme.

Zur ersichtlich verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in § 326 BVergG 2006 eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Auf Basis der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird, hat jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder an einem Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügten Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend das Vergabeverfahren einzukalkulieren. Zur ersichtlich verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in Paragraph 326, BVergG 2006 eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Auf Basis der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird, hat jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder an einem Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügten Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend das Vergabeverfahren einzukalkulieren.

Dies insbesondere gerade deshalb, weil der Gesetzgeber durch § 326 BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur gemäß § 73 AVG bzw gemäß § 27 VwGG sonst üblichen 6-Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert hat. Diese Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts wäre sinnentleert, wenn die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten. Dies insbesondere gerade deshalb, weil der Gesetzgeber durch Paragraph 326, BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur gemäß Paragraph 73, AVG bzw gemäß Paragraph 27, VwGG sonst üblichen 6-Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert hat. Diese Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts wäre sinnentleert, wenn die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten.

Mangels bekannter und besonderer Umstände, die gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung der Zuschlagsentscheidung in diesem Zeitraum sprechen, waren daher die angeordneten Maßnahmen parallel zum gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum betreffend den Nachprüfungsantrag zu verfügen, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Nachprüfungswerberin an der Absicherung ihrer gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehren zu gewährleisten, zumal bei früherer Entscheidung in der Hauptsache die eV entsprechend der zusätzlich ausdrücklich verfügten relativen Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gleichfalls - konform mit § 329 Abs 3 BVergG 2006 - wegfällt. Mangels bekannter und besonderer Umstände, die gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung der Zuschlagsentscheidung in diesem Zeitraum sprechen, waren daher die angeordneten Maßnahmen parallel zum gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum betreffend den Nachprüfungsantrag zu verfügen, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Nachprüfungswerberin an der Absicherung ihrer gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehren zu gewährleisten, zumal bei früherer Entscheidung in der Hauptsache die eV entsprechend der zusätzlich ausdrücklich verfügten relativen Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gleichfalls - konform mit Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 - wegfällt.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass derzeit Interessen an der gegenständlichen Sicherungsmaßnahme im Ausmaß von 6 Wochen erkennbar sind.

Da die - unvertretene - Antragstellerin keinen absoluten Endtermin für die begehrte Sicherungsmaßnahme angegeben hat und dies gesetzlich gemäß § 328 BVergG 2006 auch nicht zwingend erforderlich ist, war das dem Wortlaut nach

über den verfügbaren 6 - Wochen - Zeitraum hinausgehende Begehren - gemäß § 319 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 ohne insoweit drohende Kostenfolgen - abzuweisen, wobei über den Pauschalgebührenersatzantrag unter Berücksichtigung der aktuellen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung insgesamt noch zu manuduzieren sein wird. Da die - unvertretene - Antragstellerin keinen absoluten Endtermin für die begehrte Sicherungsmaßnahme angegeben hat und dies gesetzlich gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 auch nicht zwingend erforderlich ist, war das dem Wortlaut nach über den verfügbaren 6 - Wochen - Zeitraum hinausgehende Begehren - gemäß Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ohne insoweit drohende Kostenfolgen - abzuweisen, wobei über den Pauschalgebührenersatzantrag unter Berücksichtigung der aktuellen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung insgesamt noch zu manuduzieren sein wird.

Für eine über den 6 - Wochen - Zeitraum hinausgehende Provisorialmaßnahme sind aber derzeit keine relevanten Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 erkennbar. Für eine über den 6 - Wochen - Zeitraum hinausgehende Provisorialmaßnahme sind aber derzeit keine relevanten Interessen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 erkennbar.

Die Gegenanträge der Auftraggeberin sind durch die Erledigung des Begehrens der Antragstellerin miterledigt - § 59 Abs 1 AVG. Die eV - bezüglichen Anträge der R*** waren mangels Parteistellung dieser Einschreiterin im Sicherungsverfahren formell zurückzuweisen; dies unbeschadet der gesetzlich gebotenen Berücksichtigung der Interessen dieser Bieterin gemäß § 329 BVergG 2006; wozu weiters festzuhalten ist, dass amtswegige Anfragen gemäß §§ 37 und 39 AVG zur Ermittlung derartiger Interessen keine Parteistellung gemäß § 330 Abs 2 BVergG 2006 im Verfahren über die allfällige eV - Erlassung begründen. Die Gegenanträge der Auftraggeberin sind durch die Erledigung des Begehrens der Antragstellerin miterledigt - Paragraph 59, Absatz eins, AVG. Die eV - bezüglichen Anträge der R*** waren mangels Parteistellung dieser Einschreiterin im Sicherungsverfahren formell zurückzuweisen; dies unbeschadet der gesetzlich gebotenen Berücksichtigung der Interessen dieser Bieterin gemäß Paragraph 329, BVergG 2006; wozu weiters festzuhalten ist, dass amtswegige Anfragen gemäß Paragraphen 37 und 39 AVG zur Ermittlung derartiger Interessen keine Parteistellung gemäß Paragraph 330, Absatz 2, BVergG 2006 im Verfahren über die allfällige eV - Erlassung begründen.

Schlagworte

Zuschlagsverbot, Begehrensinterpretation;

Dokumentnummer

VERGT_20071105_N_0103_BVA_08_2007_EV16_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