

TE Verg Bescheid 2007/6/12 N/0038-BVA/12/2007-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.06.2007

Norm

BVergG 2006 §131 1Satz

BVergG 2006 §132 Abs2

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §331 Abs4

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Senatsvorsitzenden sowie Dr. Reinhard Brand als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Beschaffung von landwirtschaftlichen Geräten und Maschinen" des Auftraggebers Bund, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9a, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 14. Mai 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "das anhängige Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen und gemäß Ziff 2 i.c. festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG und wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anzuwendenden Gemeinschaftsrechtes über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlichsten Angebot erteilt wurde", wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen. Der Antrag, "das anhängige Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen und gemäß Ziff 2 römisch eins.c. festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG und wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anzuwendenden Gemeinschaftsrechtes über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlichsten Angebot erteilt wurde", wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 und 331 Abs. 4 iVm 131 erster Satz und 132 Abs. 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312 und 331 Absatz 4, in Verbindung mit 131 erster Satz und 132 Absatz 2, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin übermittelte am 18. April 2007 ein Telefax und brachte darin zum Ausdruck, dass das Bewertungsverfahren der gegenständlichen Ausschreibung bekämpft werde; in diesem Schreiben ersuchte die Antragstellerin weiters um Gewährung von Akteneinsicht. In einem Telefonat mit dem Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes (BVA), Dr. Michael Sachs, bestätigte der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin, dass dieser Schriftsatz als Nachprüfungsantrag zu verstehen sei (siehe AV vom 18.4.2007).

Mit Schreiben vom 18. April 2007 wies das BVA die Antragstellerin darauf hin, dass der per Telefax übermittelte Antrag die gesetzlichen Antragserfordernisse nicht erfüllt. Daher wurde der Antragstellerin gemäß § 13 Abs. 3 AVG ein Mängelbehebungsauftrag bis längstens 25. April 2007 erteilt (siehe OZ 2). Mit Schreiben vom 18. April 2007 wies das BVA die Antragstellerin darauf hin, dass der per Telefax übermittelte Antrag die gesetzlichen Antragserfordernisse nicht erfüllt. Daher wurde der Antragstellerin gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG ein Mängelbehebungsauftrag bis längstens 25. April 2007 erteilt (siehe OZ 2).

Mit Schriftsatz vom 25. April 2007, gemäß § 13 Abs. 5 AVG beim BVA am 27. April 2007 eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 5. April 2007 sowie das im Spruch ersichtliche Begehren. Zur Fristgemäßheit führte die Antragstellerin aus, dass die Ausscheidensentscheidung im Faxwege am 5. April 2007 übermittelt worden sei. Der Nachprüfungsantrag an das BVA sei am 18. April 2007 eingebracht und an diesem Tage der mit 25. April 2007 befristete Mängelbehebungsauftrag zugestellt worden. Diesem Auftrag sei nunmehr in offener Frist entsprochen worden. Inhaltlich führte die Antragstellerin aus, dass die Ausscheidung des Angebotes in Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere unvollständigem Ermittlungsverfahren, rechtsirriger Beurteilung der Ausschreibungsbedingungen und in Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze des freien Warenverkehrs ergangen sei. Bei mangelfreiem Verfahren und richtiger rechtlicher Beurteilung würde das Angebot der Antragstellerin einen Erfüllungsgrad von 98% erreichen. Mit Schriftsatz vom 25. April 2007, gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG beim BVA am 27. April 2007 eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 5. April 2007 sowie das im Spruch ersichtliche Begehren. Zur Fristgemäßheit führte die Antragstellerin aus, dass die Ausscheidensentscheidung im Faxwege am 5. April 2007 übermittelt worden sei. Der Nachprüfungsantrag an das BVA sei am 18. April 2007 eingebracht und an diesem Tage der mit 25. April 2007 befristete Mängelbehebungsauftrag zugestellt worden. Diesem Auftrag sei nunmehr in offener Frist entsprochen worden. Inhaltlich führte die Antragstellerin aus, dass die Ausscheidung des Angebotes in Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere unvollständigem Ermittlungsverfahren, rechtsirriger Beurteilung der Ausschreibungsbedingungen und in Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze des freien Warenverkehrs ergangen sei. Bei mangelfreiem Verfahren und richtiger rechtlicher Beurteilung würde das Angebot der Antragstellerin einen Erfüllungsgrad von 98% erreichen.

Mit Schreiben vom 27. April 2007 erging seitens des BVA die Verständigung gemäß § 328 Abs. 5 BVergG sowie die Aufforderung zur Stellungnahme an die BBG (siehe OZ 5). Am selben Tag veröffentlichte der Vorsitzende des Senates 12 den Nachprüfungsantrag gemäß § 323 Abs. 1 BVergG auf der Homepage des BVA. Mit Schreiben vom 27. April 2007

erging seitens des BVA die Verständigung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG sowie die Aufforderung zur Stellungnahme an die BBG (siehe OZ 5). Am selben Tag veröffentlichte der Vorsitzende des Senates 12 den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 323, Absatz eins, BVergG auf der Homepage des BVA.

In einer Stellungnahme vom 27. April 2007, eingelangt am 30. April 2007, übermittelte der Auftraggeber zunächst allgemeine Angaben zum Verfahren: Die Ausscheidung sei der Antragstellerin mit Telefax vom 5. April 2007 mitgeteilt worden. Von den nach dem Ausscheiden übrig gebliebenen Angeboten sei sodann gemäß § 130 Abs. 1 BVergG das Angebot der B*** als bestes Angebot ausgewählt worden. Mit Telefax vom 5. April 2007 sei gemäß § 131 BVergG den verbliebenen Bietern mitgeteilt worden, dass diesem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Nach Ablauf der Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG sei dem vorgenannten Bieter mit Telefax vom 20. April 2007 der Zuschlag erteilt worden. Die Verständigung gemäß § 328 Abs. 5 BVergG sei bei der vergebenden Stelle am 27. April 2007 – als der Zuschlag sohin bereits längst erteilt worden sei – eingelangt. Da im vorliegenden Fall ein rechtswirksamer Zuschlag bereits vorliege, sei der Nachprüfungsantrag ebenso wie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen Unzuständigkeit des BVA zurückzuweisen. Zur Rechtzeitigkeit des Antrages brachte der Auftraggeber vor, dass die Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes erstmals im Schriftsatz vom 25. April 2007 – sohin nach Ablauf der 14-tägigen Frist des § 321 BVergG – bekämpft habe. Der Nachprüfungsantrag sei sohin verspätet. Die ursprüngliche Eingabe vom 18. April 2007 habe kein hinreichend bestimmtes Begehren enthalten, sodass eine Verbesserung nach § 13 Abs. 6 AVG unzulässig gewesen sei.

In einer Stellungnahme vom 27. April 2007, eingelangt am 30. April 2007, übermittelte der Auftraggeber zunächst allgemeine Angaben zum Verfahren: Die Ausscheidung sei der Antragstellerin mit Telefax vom 5. April 2007 mitgeteilt worden. Von den nach dem Ausscheiden übrig gebliebenen Angeboten sei sodann gemäß Paragraph 130, Absatz eins, BVergG das Angebot der B*** als bestes Angebot ausgewählt worden. Mit Telefax vom 5. April 2007 sei gemäß Paragraph 131, BVergG den verbliebenen Bietern mitgeteilt worden, dass diesem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Nach Ablauf der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG sei dem vorgenannten Bieter mit Telefax vom 20. April 2007 der Zuschlag erteilt worden. Die Verständigung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG sei bei der vergebenden Stelle am 27. April 2007 – als der Zuschlag sohin bereits längst erteilt worden sei – eingelangt. Da im vorliegenden Fall ein rechtswirksamer Zuschlag bereits vorliege, sei der Nachprüfungsantrag ebenso wie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen Unzuständigkeit des BVA zurückzuweisen. Zur Rechtzeitigkeit des Antrages brachte der Auftraggeber vor, dass die Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes erstmals im Schriftsatz vom 25. April 2007 – sohin nach Ablauf der 14-tägigen Frist des Paragraph 321, BVergG – bekämpft habe. Der Nachprüfungsantrag sei sohin verspätet. Die ursprüngliche Eingabe vom 18. April 2007 habe kein hinreichend bestimmtes Begehren enthalten, sodass eine Verbesserung nach Paragraph 13, Absatz 6, AVG unzulässig gewesen sei.

Mit Telefax vom 3. Mai 2007 teilte die Antragstellerin - gemäß der Aufforderung des BVA vom 30. April 2007 - mit, dass die Anträge Aufrecht erhalten werden. Die Antragstellerin sei der Rechtsansicht, dass der am 20. April 2007 erteilte Zuschlag rechtsunwirksam sei. Die Ausscheidensentscheidung vom 5. April 2007 sei mangels zureichender inhaltlicher Begründung rechtswidrig, sodass die Stillhaltefrist nicht ausgelöst worden sei.

Mit Telefax vom 14. Mai 2007 stellte die Antragstellerin unter dem Betreff "ANTRAGSÄNDERUNG" gemäß § 331 Abs. 4 erster Satz BVergG 2006 "in Rücksicht auf den erteilten Zuschlag" das im Spruch ersichtliche Begehren. Dazu brachte sie ergänzend vor, dass die bisher geltend gemachten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen seien.

Mit Telefax vom 14. Mai 2007 stellte die Antragstellerin unter dem Betreff "ANTRAGSÄNDERUNG" gemäß Paragraph 331, Absatz 4, erster Satz BVergG 2006 "in Rücksicht auf den erteilten Zuschlag" das im Spruch ersichtliche Begehren. Dazu brachte sie ergänzend vor, dass die bisher geltend gemachten Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen seien.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 18. Mai 2007 brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass die Antragstellerin mit der „Antragsänderung“ vom 14. Mai 2007 de facto den bisher gestellten Antrag auf Nachprüfung zurückgezogen und durch einen Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG ersetzt habe. Dazu sei anzumerken, dass dann, wenn das Bundesvergabeamt seine im Bescheid über die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung angedeutete – und vom Auftraggeber ausdrücklich nicht geteilte – Rechtsauffassung, es liege kein rechtswirksamer Zuschlag vor, aufrecht erhalten sollte, der Antrag nunmehr wegen Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückzuweisen wäre, da gemäß § 312 Abs. 3 BVergG keine Zuständigkeit zur Feststellung iSd Z 1 leg. cit. bestünde, wenn kein rechtswirksamer Zuschlag vorläge.

In einer ergänzenden

Stellungnahme vom 18. Mai 2007 brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass die Antragstellerin mit der „Antragsänderung“ vom 14. Mai 2007 de facto den bisher gestellten Antrag auf Nachprüfung zurückgezogen und durch einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ersetzt habe. Dazu sei anzumerken, dass dann, wenn das Bundesvergabeamt seine im Bescheid über die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung angedeutete – und vom Auftraggeber ausdrücklich nicht geteilte – Rechtsauffassung, es liege kein rechtswirksamer Zuschlag vor, aufrecht erhalten sollte, der Antrag nunmehr wegen Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückzuweisen wäre, da gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG keine Zuständigkeit zur Feststellung iSd Ziffer eins, leg. cit. bestünde, wenn kein rechtswirksamer Zuschlag vorläge.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen sowie der Stellungnahmen der Parteien wurde nachstehender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber schrieb das Vergabeverfahren "Geräte und Maschinen zur Betreuung von kleinen und mittleren land-, forstwirtschaftlichen sowie kommunalen Flächen" in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus. Bis zum Ende der Angebotsfrist (15.3.2007, 15.00 Uhr) langten 2 Angebote, jenes der A*** (= Antragstellerin) sowie der B*** ein. Die Angebotsöffnung fand am 16. März 2007 statt.

Mit Telefax vom 5. April 2007 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden wird. Mit Telefax vom 5. April 2007 erging seitens der vergebenden Stelle an die B*** die Mitteilung, dass aufgrund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtigt sei, den Zuschlag an deren Unternehmen zu erteilen (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006). Zur Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG 2006 hielt die vergebende Stelle folgendes fest: Die Stillhaltefrist beträgt 14 Tage. Sie beginnt um 0.00 Uhr jenes Tages, der auf den Tag des Zuganges der Mitteilung an den Empfänger folgt, zu laufen. Mit Telefax vom 5. April 2007 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden wird. Mit Telefax vom 5. April 2007 erging seitens der vergebenden Stelle an die B*** die Mitteilung, dass aufgrund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtigt sei, den Zuschlag an deren Unternehmen zu erteilen (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006). Zur Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG 2006 hielt die vergebende Stelle folgendes fest: Die Stillhaltefrist beträgt 14 Tage. Sie beginnt um 0.00 Uhr jenes Tages, der auf den Tag des Zuganges der Mitteilung an den Empfänger folgt, zu laufen.

Mit Telefax vom 20. April 2007 teilte der Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, der B*** mit, dass entsprechend der am 05.04.2007 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung der Zuschlag erteilt werde.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

§ 331 Abs. 4 erster Satz BVergG lautet: Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Da aufgrund des klaren Wortlautes der nunmehrige Antrag vom 14. Mai 2007 die Zuschlagserteilung zwingend voraussetzt, das

Bundesvergabeamt jedoch im Rahmen des Provisorialverfahrens davon ausgegangen ist, dass der am 20. April 2007 erteilte Zuschlag nicht rechtswirksam erfolgte (siehe BVA 4.5.2007, N/0038-BVA/12/2007-EV10), ist zunächst – als Zulässigkeitsvoraussetzung – zu klären, ob sich das gegenständliche Vergabeverfahren überhaupt im Stadium nach Zuschlagserteilung befindet. Paragraph 331, Absatz 4, erster Satz BVergG lautet: Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Da aufgrund des klaren Wortlautes der nunmehrige Antrag vom 14. Mai 2007 die Zuschlagserteilung zwingend voraussetzt, das Bundesvergabeamt jedoch im Rahmen des Provisorialverfahrens davon ausgegangen ist, dass der am 20. April 2007 erteilte Zuschlag nicht rechtswirksam erfolgte (siehe BVA 4.5.2007, N/0038-BVA/12/2007-EV10), ist zunächst – als Zulässigkeitsvoraussetzung – zu klären, ob sich das gegenständliche Vergabeverfahren überhaupt im Stadium nach Zuschlagserteilung befindet.

Gemäß § 131 erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß § 132 Abs. 2 BVergG ist ein unter Verstoß gegen die gemäß § 131 erster Satz bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag absolut nichtig. Die Materialien führen zu § 131 aus, dass "verbliebene" Bieter jene Bieter sind, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist (RV 1171 BlgNR 22. GP 85). Die – nach Ansicht des Senates verunglückte – Formulierung "rechtskräftig" ist wohl dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber offenkundig an eine Beschwerdemöglichkeit eines Bieters gegen die Ausscheidensentscheidung gedacht hat (siehe dazu auch jüngst BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Da jedoch im vorliegenden Fall die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung am selben Tag (5. April 2007) erfolgte, somit die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin noch nicht "rechtskräftig" (durch Verstreichen lassen der Anfechtungsfrist bzw. durch Endentscheidung des BVA in einem Nachprüfungsverfahren) geworden ist, hätte der Auftraggeber der Antragstellerin (als "verbliebener" Bieterin iSd klaren Intention des Gesetzgebers) auch die Zuschlagsentscheidung vom 5. April 2007 bekannt geben müssen. Daraus folgt wiederum, dass ein Verstoß gegen § 131 1. Satz BVergG vorliegt und dem zufolge der darauffolgende Zuschlag absolut nichtig ist. Gemäß Paragraph 131, erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 132, Absatz 2, BVergG ist ein unter Verstoß gegen die gemäß Paragraph 131, erster Satz bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag absolut nichtig. Die Materialien führen zu Paragraph 131, aus, dass "verbliebene" Bieter jene Bieter sind, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 85). Die – nach Ansicht des Senates verunglückte – Formulierung "rechtskräftig" ist wohl dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber offenkundig an eine Beschwerdemöglichkeit eines Bieters gegen die Ausscheidensentscheidung gedacht hat (siehe dazu auch jüngst BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Da jedoch im vorliegenden Fall die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung am selben Tag (5. April 2007) erfolgte, somit die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin noch nicht "rechtskräftig" (durch Verstreichen lassen der Anfechtungsfrist bzw. durch Endentscheidung des BVA in einem Nachprüfungsverfahren) geworden ist, hätte der Auftraggeber der Antragstellerin (als "verbliebener" Bieterin iSd klaren Intention des Gesetzgebers) auch die Zuschlagsentscheidung vom 5. April 2007 bekannt geben müssen. Daraus folgt wiederum, dass ein Verstoß gegen Paragraph 131, 1. Satz BVergG vorliegt und dem zufolge der darauffolgende Zuschlag absolut nichtig ist.

Diese Rechtsansicht wird auch durch die Bestimmung des § 320 Abs. 2 BVergG gestützt. Darin wird festgelegt, dass für den Fall, dass die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 321 vorgesehene Frist ist, einen Bieter dazu berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen. Die Erläuterungen führen zu Abs. 2 aus, dass zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken auch einem ausgeschiedenen Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, die Zuschlagsentscheidung bzw. die Widerrufsentscheidung anzufechten, wenn die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung vor Ablauf der für die Anfechtung des Ausscheidens vorgesehenen Frist (wie im vorliegenden Fall) erfolgt. Der ausgeschiedene Bieter kann diesfalls das

Ausscheiden seines Angebotes unter einem (d.h. mit einem gesonderten, aber gleichzeitig eingebrachten Antrag) mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung anfechten (siehe RV 1171 BlgNR 22. GP 137). Die gleichzeitige Anfechtung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung (vgl. den Wortlaut "unter einem") setzt jedoch zwingend voraus, dass dem Bieter die Zuschlagsentscheidung auch bekannt gegeben wird, andernfalls müsste man dem Gesetzgeber unterstellen, etwas Sinnwidriges geregelt zu haben. Diese Rechtsansicht wird auch durch die Bestimmung des Paragraph 320, Absatz 2, BVergG gestützt. Darin wird festgelegt, dass für den Fall, dass die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 321, vorgesehene Frist ist, einen Bieter dazu berechtigt, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen zu beantragen. Die Erläuterungen führen zu Absatz 2, aus, dass zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken auch einem ausgeschiedenen Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, die Zuschlagsentscheidung bzw. die Widerrufsentscheidung anzufechten, wenn die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung vor Ablauf der für die Anfechtung des Ausscheidens vorgesehenen Frist (wie im vorliegenden Fall) erfolgt. Der ausgeschiedene Bieter kann diesfalls das Ausscheiden seines Angebotes unter einem (d.h. mit einem gesonderten, aber gleichzeitig eingebrachten Antrag) mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung anfechten (siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 137). Die gleichzeitige Anfechtung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vergleiche den Wortlaut "unter einem") setzt jedoch zwingend voraus, dass dem Bieter die Zuschlagsentscheidung auch bekannt gegeben wird, andernfalls müsste man dem Gesetzgeber unterstellen, etwas Sinnwidriges geregelt zu haben.

Aufgrund obiger Ausführungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Zuschlag noch nicht rechtswirksam erteilt wurde, womit sich aber das Vergabeverfahren noch im Stadium vor Zuschlagserteilung befindet und somit der gegenständliche Antrag vom 14. Mai 2007 mangels Zuständigkeit des BVA zurückzuweisen war (vgl. dazu auch § 312 Abs. 2 BVergG, wonach das Bundesvergabeamt im Stadium vor Zuschlagserteilung „nur“ zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidung des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist). Aufgrund obiger Ausführungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Zuschlag noch nicht rechtswirksam erteilt wurde, womit sich aber das Vergabeverfahren noch im Stadium vor Zuschlagserteilung befindet und somit der gegenständliche Antrag vom 14. Mai 2007 mangels Zuständigkeit des BVA zurückzuweisen war vergleiche dazu auch Paragraph 312, Absatz 2, BVergG, wonach das Bundesvergabeamt im Stadium vor Zuschlagserteilung „nur“ zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidung des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist).

Gemäß § 13 Abs. 7 AVG können Anbringen in jeder Lage des Verfahrens zurückgezogen werden. Gemäß § 13 Abs. 8 AVG kann der verfahrenseinleitende Antrag in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden. Die Änderung eines Antrages einer Partei während des Verfahrens ist als Zurückziehung des ursprünglich gestellten Antrages unter gleichzeitiger Stellung eines neuen Antrages zu qualifizieren. Der Entscheidung über den ursprünglich gestellten Antrag ist daher der Boden entzogen, die Partei hat (nur) den Anspruch auf Entscheidung über den offenen Antrag (zitiert aus Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ [2003] E 3d. zu § 13 Abs. 7 AVG). Die Antragsänderung der Antragstellerin vom 14. Mai 2007 hat somit zur Folge, dass der ursprüngliche Antrag vom 18. April 2007, verbessert eingebracht am 25. April 2007, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung als (konkludent) zurückgezogen zu qualifizieren ist. Gemäß Paragraph 13, Absatz 7, AVG können Anbringen in jeder Lage des Verfahrens zurückgezogen werden. Gemäß Paragraph 13, Absatz 8, AVG kann der verfahrenseinleitende Antrag in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden. Die Änderung eines Antrages einer Partei während des Verfahrens ist als Zurückziehung des ursprünglich gestellten Antrages unter gleichzeitiger Stellung eines neuen Antrages zu qualifizieren. Der Entscheidung über den ursprünglich gestellten Antrag ist daher der Boden entzogen, die Partei hat (nur) den Anspruch auf Entscheidung über den offenen Antrag (zitiert aus Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ [2003] E 3d. zu Paragraph 13, Absatz 7, AVG). Die Antragsänderung der Antragstellerin vom 14. Mai 2007 hat somit zur Folge, dass der ursprüngliche Antrag vom 18. April 2007, verbessert eingebracht am 25. April 2007, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung als (konkludent) zurückgezogen zu qualifizieren ist.

Schlagworte

Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung, Zuschlagserteilung, absolute Nichtigkeit, Zuständigkeit, Feststellungsverfahren;

Dokumentnummer

VERGT_20070612_N_0038_BVA_12_2007_19_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