

TE Verg Bescheid 2007/5/4 N/0038-BVA/12/2007-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.05.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, 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, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 18. April 2007, verbessert eingebracht am 25. April 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, 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, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 18. April 2007, verbessert eingebracht am 25. April 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "gemäß Ziff 1 i.c. eine einstweilige Verfügung zu erlassen, in der der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Erledigung dieser Verfahren untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen oder den Widerruf der Ausschreibung zu erklären und zur Ausräumung der gegen gemeinschaftsrechtliche Grundsätze verstoßenden Ausschreibungsbedingungen der Auftrag erteilt wird, das Verfahren auszusetzen", wird abgewiesen. Der Antrag, "gemäß Ziff 1 römisch eins.c. eine einstweilige Verfügung zu erlassen, in der der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Erledigung dieser Verfahren

untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen oder den Widerruf der Ausschreibung zu erklären und zur Ausräumung der gegen gemeinschaftsrechtliche Grundsätze verstoßenden Ausschreibungsbedingungen der Auftrag erteilt wird, das Verfahren auszusetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs. 1 und 329 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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, erteilte 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 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, erteilte 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 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.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens nachfolgenden 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:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrages

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 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 im Vollenwendungsbereich 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 das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG nur bis zur Zuschlagserteilung (bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens) zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zuständig ist, laut Stellungnahme des Auftraggebers jedoch der Zuschlag bereits am 20. April 2007 erteilt worden sei, ist als Vorfrage zu klären, ob die Zuschlagserteilung vom 20. April 2007 rechtswirksam erfolgt ist. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die abschließende Prüfung dieser (entscheidungserheblichen) Vorfrage nicht dem Senatsvorsitzenden, sondern ausschließlich dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat obliegt. Dies ergibt sich bereits aus § 303 Abs. 1 BVergG, wonach das Bundesvergabeamt, sofern sich aus diesem Bundesgesetz nichts anderes ergibt, in Senaten tätig wird. Gemäß § 306 Abs. 1 BVergG entscheidet ausschließlich über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der jeweilige Vorsitzende des zuständigen Senates allein. Da jedoch aufgrund der kurz bemessenen Entscheidungsfristen (vgl. § 330 Abs. 3 BVergG) eine abschließende Beurteilung über die Rechtsgültigkeit des erfolgten Zuschlages nicht möglich ist, geht der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende im Zweifel zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin vorläufig davon aus, dass ein rechtswirksamer Zuschlag noch nicht vorliegt (zum vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen des Provisorialverfahrens siehe schon BVA 21.5.2002, N- 16/02-13 und BVA 16.5.2006, N/0032-BVA/12/2006-EV9). Dies aufgrund nachfolgender Erwägungen: Da das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG nur bis zur Zuschlagserteilung (bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens) zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zuständig ist, laut Stellungnahme des Auftraggebers jedoch der Zuschlag bereits am 20. April 2007 erteilt worden sei, ist als Vorfrage zu klären, ob die Zuschlagserteilung vom 20. April 2007 rechtswirksam erfolgt ist. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die abschließende Prüfung dieser (entscheidungserheblichen) Vorfrage nicht dem Senatsvorsitzenden, sondern ausschließlich dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat obliegt. Dies ergibt sich bereits aus Paragraph 303, Absatz eins, BVergG, wonach das Bundesvergabeamt, sofern sich aus diesem Bundesgesetz nichts anderes ergibt, in Senaten tätig wird. Gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG entscheidet ausschließlich über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der jeweilige Vorsitzende des zuständigen Senates allein. Da jedoch aufgrund der kurz bemessenen Entscheidungsfristen vergleiche Paragraph 330, Absatz 3, BVergG) eine abschließende Beurteilung über die Rechtsgültigkeit des erfolgten Zuschlages nicht möglich ist, geht der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende im Zweifel zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin vorläufig davon aus, dass ein rechtswirksamer Zuschlag noch nicht vorliegt (zum vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen des Provisorialverfahrens siehe schon BVA 21.5.2002, N- 16/02-13 und BVA 16.5.2006, N/0032-BVA/12/2006-EV9). Dies aufgrund nachfolgender Erwägungen:

Gemäß § 131 erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern 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 Senatsvorsitzenden verunglückte – Formulierung "rechtskräftig" ist wohl dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber offenkundig an eine Beschwerdemöglichkeit eines Bieters gegen die Ausscheidensentscheidung gedacht hat. 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 Bietern 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 Senatsvorsitzenden verunglückte – Formulierung "rechtskräftig" ist wohl dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber offenkundig an eine Beschwerdemöglichkeit eines Bieters gegen die Ausscheidensentscheidung gedacht hat. 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 – vom erkennenden Senatsvorsitzenden im Provisorialverfahren unvorgreiflich der Entscheidung des Senates vorläufig beurteilte – 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 – vom erkennenden Senatsvorsitzenden im Provisorialverfahren unvorgreiflich der Entscheidung des Senates vorläufig beurteilte – 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 geht der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende daher davon aus, dass der Zuschlag noch nicht rechtswirksam erteilt wurde, womit aber das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügung zuständig ist. Aufgrund obiger Ausführungen geht der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende daher davon aus, dass der Zuschlag noch nicht rechtswirksam erteilt wurde, womit aber das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügung zuständig ist.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach der Nachprüfungsantrag wegen Verfristung zurückzuweisen sei, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine endgültige Entscheidung über diese Rechtsfrage ebenfalls ausschließlich dem Senat gemäß § 303 Abs. 1 BVergG obliegt (siehe dazu auch BVA 16.7.2003, 05N- 68/03-12, in Sachs/Hahnl, BVergSlg [2004] 23.60). Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers ist der Tatbestand des § 13 Abs. 6 AVG nicht erfüllt, da sich der (ursprüngliche) Antrag vom 18. April 2007 sehr wohl auf eine bestimmte Angelegenheit bezogen hat. Aus diesem Schreiben ging eindeutig hervor, dass die Antragstellerin das Bewertungsverfahren der Ausschreibung "BBG GZ 2900.00476/B" bekämpft und - auf telefonisches Nachfragen des Vorsitzenden des BVA - dieser Schriftsatz somit einen Nachprüfungsantrag darstellt. Da jedoch diese Eingabe die Mindestantragserfordernisse iSd § 322 Abs. 1 BVergG nicht erfüllte, war das BVA gemäß § 13 Abs. 3 AVG verpflichtet, einen Mängelbehebungsauftrag zu erteilen. Mit der rechtzeitigen Verbesserung am 25. April 2007 (vgl. Poststempel) gilt somit das Anbringen vom 18. April 2007 gemäß § 13 Abs. 3 letzter Satz AVG als ursprünglich richtig eingebracht, womit aber der Nachprüfungsantrag innerhalb der Anfechtungsfrist des § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG gestellt worden ist. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach der Nachprüfungsantrag wegen Verfristung zurückzuweisen sei, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine endgültige Entscheidung über diese Rechtsfrage ebenfalls ausschließlich dem Senat gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG obliegt (siehe dazu auch BVA 16.7.2003, 05N- 68/03-12, in Sachs/Hahnl, BVergSlg [2004] 23.60). Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers ist der Tatbestand des Paragraph 13, Absatz 6, AVG nicht erfüllt, da sich der (ursprüngliche) Antrag vom 18. April 2007 sehr wohl auf eine bestimmte Angelegenheit bezogen hat. Aus diesem Schreiben ging eindeutig hervor, dass die Antragstellerin das Bewertungsverfahren der Ausschreibung "BBG GZ 2900.00476/B" bekämpft und - auf telefonisches Nachfragen des Vorsitzenden des BVA - dieser Schriftsatz somit einen Nachprüfungsantrag darstellt. Da jedoch diese Eingabe die Mindestantragserfordernisse iSd Paragraph 322, Absatz eins, BVergG nicht erfüllte, war das BVA gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG verpflichtet, einen Mängelbehebungsauftrag zu erteilen. Mit der rechtzeitigen Verbesserung am 25. April 2007 (vergleiche Poststempel) gilt somit das Anbringen vom 18. April 2007 gemäß Paragraph 13, Absatz 3, letzter Satz AVG als ursprünglich richtig eingebracht, womit aber der Nachprüfungsantrag innerhalb der Anfechtungsfrist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG gestellt worden ist.

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. 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.

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.

Die von der Antragstellerin begehrte vorläufige Maßnahme (Untersagung der Zuschlagserteilung) erscheint gegenständlich nicht nötig und geeignet, um den behaupteten unmittelbar drohenden Schaden der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Da der Auftraggeber die – nach den obigen Ausführungen des Senatsvorsitzenden unzutreffende – Rechtsmeinung vertritt, dass bereits ein rechtswirksamer Zuschlag vorliegt, ist nach Ansicht des BVA mit einer neuerlichen Zuschlagserteilung nicht zu rechnen. Für den Fall, dass der Auftraggeber seine Rechtsmeinung revidieren und nunmehr auch der Antragstellerin gemäß § 131 erster Satz BVergG die Zuschlagsentscheidung bekanntgeben sollte, hätte die Antragstellerin in weiterer Folge innerhalb der in § 321 BVergG geregelten Anfechtungsfrist immer noch die Möglichkeit zur effektiven Bekämpfung dieser - bis dato nicht übermittelten - Zuschlagsentscheidung. Auch die zusätzlich begehrte vorläufige Maßnahme, "den Auftrag zu erteilen, das Verfahren auszusetzen", erscheint in Anbetracht dessen, dass seitens des Auftraggebers im gegenständlichen Vergabeverfahren keine weiteren Handlungen mehr zu erwarten sind, als nicht notwendig und geeignet iSd Bestimmung des § 328 Abs. 1 BVergG. Im Übrigen würde diese Maßnahme darauf hinauslaufen, dem Auftraggeber jedes Tätigwerden im vorliegenden Vergabeverfahren zu untersagen, was wiederum zur Folge hätte, dass der Auftraggeber spruchgemäß auch an der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin gehindert wäre, weshalb diese Maßnahme aber als überschießend iSd § 329 Abs. 1 BVergG abzuweisen war (siehe dazu auch Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 [2002] E.5. zu § 171 Abs. 4). Die von der Antragstellerin begehrte vorläufige Maßnahme (Untersagung der Zuschlagserteilung) erscheint gegenständlich nicht nötig und geeignet, um den behaupteten unmittelbar drohenden Schaden der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Da der Auftraggeber die – nach den obigen Ausführungen des Senatsvorsitzenden unzutreffende – Rechtsmeinung vertritt, dass bereits ein rechtswirksamer Zuschlag vorliegt, ist nach Ansicht des BVA mit einer neuerlichen Zuschlagserteilung nicht zu rechnen. Für den Fall, dass der Auftraggeber seine Rechtsmeinung revidieren und nunmehr auch der Antragstellerin gemäß Paragraph 131, erster Satz BVergG die Zuschlagsentscheidung bekanntgeben sollte, hätte die Antragstellerin in weiterer Folge innerhalb der in Paragraph 321, BVergG geregelten Anfechtungsfrist immer noch die Möglichkeit zur effektiven Bekämpfung dieser - bis dato nicht übermittelten - Zuschlagsentscheidung. Auch die zusätzlich begehrte vorläufige Maßnahme, "den Auftrag zu erteilen, das Verfahren auszusetzen", erscheint in Anbetracht dessen, dass seitens des Auftraggebers im gegenständlichen Vergabeverfahren keine weiteren Handlungen mehr zu erwarten sind, als nicht notwendig und geeignet iSd Bestimmung des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG. Im Übrigen würde diese Maßnahme darauf hinauslaufen, dem Auftraggeber jedes Tätigwerden im vorliegenden Vergabeverfahren zu untersagen, was wiederum zur Folge hätte, dass der Auftraggeber spruchgemäß auch an der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin gehindert wäre, weshalb diese Maßnahme aber als überschießend iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG abzuweisen war (siehe dazu auch Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 [2002] E.5. zu Paragraph 171, Absatz 4,).

Schlagworte

Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung, Zuschlagserteilung, absolute Nichtigkeit;

Dokumentnummer

VERGT_20070504_N_0038_BVA_12_2007_EV10_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