

TE Verg Bescheid 2003/11/19 08N-114/03-8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.11.2003

Norm

BVergG §7 Abs1 Z2

BVergG §171

ASVG §23 Abs5

ASVG §448 Abs1

1. BVergG § 7 gültig von 01.09.2002 bis 31.08.2002 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 99/2002
2. BVergG § 7 gültig von 01.07.1999 bis 31.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/1999
3. BVergG § 7 gültig von 28.05.1997 bis 30.06.1999

1. BVergG Art. 2 § 171 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. ASVG § 23 heute
2. ASVG § 23 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
3. ASVG § 23 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 162/2015
4. ASVG § 23 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
5. ASVG § 23 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2013
6. ASVG § 23 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
7. ASVG § 23 gültig von 01.01.2005 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
8. ASVG § 23 gültig von 20.04.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
9. ASVG § 23 gültig von 01.07.1994 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1994

1. ASVG § 448 heute
2. ASVG § 448 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
3. ASVG § 448 gültig von 01.03.2010 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2009
4. ASVG § 448 gültig von 01.01.2010 bis 28.02.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2009
5. ASVG § 448 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2006
6. ASVG § 448 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
7. ASVG § 448 gültig von 01.01.2005 bis 30.04.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 171/2004
8. ASVG § 448 gültig von 01.05.2003 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2006
9. ASVG § 448 gültig von 01.05.2003 bis 30.04.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
10. ASVG § 448 gültig von 01.09.2001 bis 30.04.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
11. ASVG § 448 gültig von 01.08.1998 bis 31.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
12. ASVG § 448 gültig von 01.01.1994 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 20/1994

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 19. November 2003 durch den Vertreter des Vorsitzenden des Senats 8, Dr. Christian Fink, wie folgt entschieden:

Spruch

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "Telefonie-Netzdienstleistungen" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstrasse 15-19, 1103 Wien, vertreten durch X***, wird dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber für einen Zeitraum von 2 Monaten die Zuschlagserteilung an die B*** untersagt wird, gemäß § 171 Abs. 1, 3, 4, 5 BVergG teilweise stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "Telefonie-Netzdienstleistungen" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstrasse 15-19, 1103 Wien, vertreten durch X***, wird dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber für einen Zeitraum von 2 Monaten die Zuschlagserteilung an die B*** untersagt wird, gemäß Paragraph 171, Absatz eins, 3, 4, 5, BVergG teilweise stattgegeben.

Dem Auftraggeber ist die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "Telefonie-Netzdienstleistungen" an die B*** bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis einschließlich 14. Jänner 2004, untersagt.

Das darüber hinausgehende, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffende Begehren wird gemäß § 171 Abs. 4 und 5 BVergG abgewiesen. Das darüber hinausgehende, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffende Begehren wird gemäß Paragraph 171, Absatz 4 und 5 BVergG abgewiesen.

Begründung

Die Antragstellerin beantragte am 14. November 2003 die Nichtigerklärung insbesondere der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung an die benannten potentielle Zuschlagsempfängerin untersagt wird.

Zur Begründung des Hauptantrages führte sie im Wesentlichen aus, dass der Grundsatz eines freien und lauten Wettbewerbs gemäß § 21 BVergG bedinge, dass nicht der Rechtslage entsprechende Angebote vom Vergabeverfahren auszuschneiden seien. Bei der potentiellen Zuschlagsempfängerin handle es sich um einen marktbeherrschenden Anbieter für den Sprachtelefondienst über ein festes Netz. Deren Entgelte würden daher einer Genehmigung durch die C*** bedürfen. Diesbezügliche behördlichen Entscheidungen seien auch im Hinblick auf die Entgelt- und Rabattbestimmungen sowie die Geschäftsbedingungen ergangen. Zur Begründung des Hauptantrages führte sie im Wesentlichen aus, dass der Grundsatz eines freien und lauten Wettbewerbs gemäß Paragraph 21, BVergG bedinge, dass nicht der Rechtslage entsprechende Angebote vom Vergabeverfahren auszuschneiden seien. Bei der potentiellen Zuschlagsempfängerin handle es sich um einen marktbeherrschenden Anbieter für den Sprachtelefondienst über ein festes Netz. Deren Entgelte würden daher einer Genehmigung durch die C*** bedürfen. Diesbezügliche behördlichen Entscheidungen seien auch im Hinblick auf die Entgelt- und Rabattbestimmungen sowie die Geschäftsbedingungen ergangen.

Der ausgewiesene Gesamtangebotspreis lege nunmehr den Schluss nahe, dass sich die potentielle Zuschlagsempfängerin über die Vorgaben der C*** hinweggesetzt habe. Bei rechtsrichtiger Berechnung der Entgelte und Rabatte wäre das Angebot der Antragstellerin als das preislich günstigste anzusehen. Zudem sei ins Treffen zu führen, dass bei der Bewertung der Angebotspreise die unterschiedlichen Takt- Abrechnungsmethoden nicht berücksichtigt worden seien. Während die Antragstellerin ab der ersten Sekunde sekundengenau abrechne, erfolge dies bei der potentiellen Zuschlagsempfängerin erst ab der 30. Sekunde eines Gesprächs.

Bisher seien ihr für die Erstellung des Angebotes Kosten in der Höhe von etwa Euro 3.000,- entstanden. Überdies drohe ihr durch die unrichtige Bewertung des Angebotes der potentiellen Zuschlagsempfängerin der Entgang des Deckungsbeitrages, der mit der Durchführung des Vertrages jährlich erwirtschaftet werden könnte. Der

Deckungsbeitrag belaufe sich auf rund 15 bis 20% des mit dem gegenständlichen Auftrag erzielbaren Jahresumsatzes. Je nach Verhältnis zwischen eingehenden und ausgehenden Gesprächen sei von einem jährlichen Betrag zwischen etwa Euro 88.650,- und etwa Euro 118.200,-

auszugehen. Des Weiteren sei anzumerken, dass die Antragstellerin bei rechtswidriger Vergabe an ein Konkurrenzunternehmen ein bedeutendes Referenzprojekt verlieren würde. Dies wiege umso schwerer, als dies zu einer weiteren Verfestigung der marktbeherrschenden Stellung des vom Auftraggeber ins Auge gefassten Unternehmens führen würde.

Zur anzustellenden Interessensabwägung sei zu vermerken, dass kein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens ersehen werden könne. Vielmehr bestehe ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Die Zuschlagserteilung an ein rechtswidriges Angebot würde diesem Grundsatz widersprechen. Das Fehlen einer besonderen Dringlichkeit auf Seiten des Auftraggebers könne im Übrigen daran ersehen werden, dass sich den Ausschreibungsunterlagen nicht einmal der genaue Zeitpunkt des Vertragsbeginns entnehmen lasse. Ein Leistungsaustausch mit 1. Jänner 2004 - wie in der Bekanntmachung angegeben - sei ohnedies unrealistisch, da den Bietern entsprechend den Ausschreibungsunterlagen für die Realisierung des Dienstleistungsauftrages eine Frist von 8 Wochen eingeräumt werde.

Selbst wenn ab 1. Jänner 2004 die kurzfristige Einholung von Sprachtelefonieleistungen notwendig wäre, entstehen dem Auftraggeber durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung vergleichsweise nur geringfügige Schäden. Bislang hatte der Auftraggeber der potentiellen Zuschlagsempfängerin etwa Euro 35.583,- pro Monat für Sprachtelefonieleistungen zu zahlen. Zieht man das nunmehr vorliegende preislich günstigere - wenn gleich unzulässige - Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin ins Kalkül, erwachsen dem Auftraggeber ab 1. Jänner 2004 pro Monat Mehrzahlungen von etwa Euro 10.750,-. Dem stehe der entgangene Deckungsbeitrag der Antragstellerin zwischen Euro 88.650,- und Euro 118.200,- bezogen auf eine Auftragsdauer von zumindest 24 Monaten gegenüber. Schließlich sei auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu verweisen, wonach ein Auftraggeber die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren im Vorfeld zu berücksichtigen habe.

In seiner Stellungnahme vom 18. November 2003 führte der Auftraggeber zunächst aus, dass der gegenständliche Vergabevorgang im Oberschwellenbereich anzusiedeln sei. Zum behaupteten Schaden der Antragstellerin sei anzumerken, dass diese zum einen eine entsprechende Bescheinigung unterlassen habe. Zum anderen sei bemerkenswert, dass die Antragstellerin den Schaden lediglich mit einem ungefähren Deckungsbeitrag beziffere. Tatsächlich könne der Schaden der Antragstellerin wohl nur in einem entgangenen Gewinn bestehen. Der Deckungsbeitrag stelle demgegenüber eine rein kalkulatorische Größe dar. Die Höhe des entgangenen Gewinnes habe die Antragstellerin jedoch weder behauptet noch bescheinigt. Die übrigen ins Treffen geführten drohenden Schäden, die aus der frustrierten Ausarbeitung des Angebotes, aus dem Verlust eines Referenzprojektes sowie aus der Verfestigung der marktbeherrschenden Stellung der potentiellen Zuschlagsempfängerin herrühren sollen, sind ebenfalls nicht ordnungsgemäß bescheinigt geworden und könnten daher nur pauschal bestritten werden.

Der Auftraggeber stehe bereits derzeit in einer Geschäftsbeziehung mit der potentiellen Zuschlagsempfängerin. Das auf Grund dieses bestehenden Vertrages zu leistende Entgelt liege weit über dem Preis, der bei Zuschlag an das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin bezahlt werden müsste. Durch den Abschluss des neuen Leistungsvertrages würden Einsparungen in Höhe von Euro 8.350,- pro Monat erreicht. Angesichts der bekanntermaßen angespannten Finanzlage der Gebietskrankenkassen sei eine rasche Verwirklichung dieser Einsparung daher auch im öffentlichen Interesse gelegen.

Mit Schreiben vom 19. November 2003 stellte die potentielle Zuschlagsempfängerin einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren. Zudem äußerte sie sich zur gebotenen Interessensabwägung dahingehend, dass ihr durch eine verzögerte Vertragsabwicklung ein nicht bezifferter Schaden erwachsen würde. Überdies sei auf die Bedeutung von Referenzen bei öffentlichen Ausschreibungen zu verweisen. Eine zudem in besagtem Schreiben zum Ausdruck gebrachte Vermutung, wonach die Antragstellerin als derzeitige Vertragspartnerin der WGKK durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung lediglich das Vertragsende hinauszögern möchte, wurde in einem ergänzenden Telefonat vom selben Tag als irrig zurückgenommen.

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen der Antragstellerin, des Auftraggebers sowie der potentiellen Zuschlagsempfängerin steht folgender für das Provisorialverfahren maßgeblicher Sachverhalt fest:

Zur Erlangung von Sprachtelefonieleistungen hat die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung eingeleitet. Ziel ist es, eine nachhaltige Kostensenkung im Bereich der Festnetztelephonie für etwa 25 Standorte zu erreichen (siehe Bekanntmachung im Supplement S des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Juli 2003, OZ 5). Die ausgeschriebene Leistung wird derzeit bereits von der potentiellen Zuschlagsempfängerin erbracht (vgl. Ausführungen der Antragstellerin und des Auftraggebers, OZ 1 und 4, sowie Aktenvermerk vom 19. November 2003, OZ 7; eine gegenteilige Aussage findet sich in der Stellungnahme der potentiellen Zuschlagsempfängerin vom 19. November 2003, OZ 6). Zur Erlangung von Sprachtelefonieleistungen hat die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung eingeleitet. Ziel ist es, eine nachhaltige Kostensenkung im Bereich der Festnetztelephonie für etwa 25 Standorte zu erreichen (siehe Bekanntmachung im Supplement S des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Juli 2003, OZ 5). Die ausgeschriebene Leistung wird derzeit bereits von der potentiellen Zuschlagsempfängerin erbracht vergleiche Ausführungen der Antragstellerin und des Auftraggebers, OZ 1 und 4, sowie Aktenvermerk vom 19. November 2003, OZ 7; eine gegenteilige Aussage findet sich in der Stellungnahme der potentiellen Zuschlagsempfängerin vom 19. November 2003, OZ 6).

In der Bekanntmachung wurden interessierte Unternehmen aufgefordert, bis 31. Juli 2003 beim Auftraggeber ihr Interesse zu bekunden. Zugleich wurden als Beginn der Leistungserbringung der 1. Jänner 2004 sowie als Realisierungszeitraum maximal acht Wochen ab Auftragserteilung angeführt (siehe Bekanntmachung im Supplement S des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Juli 2003, OZ 5). Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens überschreitet Euro 200.000,- bei weitem (exkl. USt.; siehe diesbezüglich übereinstimmende Stellungnahmen der Antragstellerin sowie des Auftraggebers, OZ 1 und 4). Der Bekanntmachung kann zudem entnommen werden, dass der verfahrensgegenständliche Vergabevorgang auf den Abschluss eines Vertrages auf unbestimmte Zeit abzielt. Das Vertragsverhältnis soll zum Ablauf jedes Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist gekündigt werden können. Darüber hinaus gilt ein beidseitiger Kündigungsverzicht für 24 Monate als vereinbart (Bekanntmachung im Supplement S des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Juli 2003, OZ 5).

Zur Abgabe eines Angebotes wurden unter anderem die Antragstellerin sowie die B*** eingeladen. In den übermittelten Ausschreibungsunterlagen wurde eine Zuschlagserteilung an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vorgegeben. Zudem wurde aufgefordert, dem Auftraggeber bis 29. August 2003 betreffende Angebote zu übermitteln. In weiterer Folge fanden Verhandlungen mit den Bietern statt, in deren Rahmen technische Fragen abgeklärt wurden (soweit Stellungnahmen der Antragstellerin und des Auftraggebers, OZ 1 und 4).

Das "endverhandelte Angebot" der Antragstellerin wies für 24 Monate eine Gesamtsumme von Euro 603.370,80 (exkl. USt.) auf. Jenes der B*** lautete auf Euro 596.295,22 (exkl. USt.; soweit "Darstellung der endverhandelten Offerte" vom 15. September 2003, Beilage 5 zu OZ 1a). Mit Schreiben vom jeweils 31. Oktober 2003 teilte der Auftraggeber den Bietern mit, dass der B*** der Zuschlag erteilt werden soll (siehe Beilagen zu OZ 4).

Der vorliegende Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist rechtliche wie folgt zu beurteilen:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Wenngleich sich - entgegen dem Vorgängergesetz - im BVergG (2002) keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, ist die WGKK zweifellos als öffentlicher Auftraggeber anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. GP 18). Sämtliche der in § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß § 23 Abs. 5 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Demgemäß ist vom Erfüllen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art auszugehen (zum Fehlen von "gewerblichen Absichten" bei Sozialversicherungsträgern siehe etwa EuGH vom 17. Februar 1993, verb. Rs C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637, Rz 17ff). Nach § 448 Abs. 1 ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen des Weiteren der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (BMGF). Bei der WGKK handelt es sich somit um eine öffentliche Einrichtung, die entsprechend § 135 Abs. 2 BVergG zudem in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Wenngleich sich - entgegen dem Vorgängergesetz - im BVergG (2002) keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, ist die WGKK zweifellos als öffentlicher Auftraggeber anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21.

Gesetzgebungsperiode 18). Sämtliche der in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß Paragraph 23, Absatz 5, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Demgemäß ist vom Erfüllen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art auszugehen (zum Fehlen von "gewerblichen Absichten" bei Sozialversicherungsträgern siehe etwa EuGH vom 17. Februar 1993, verb. Rs C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637, Rz 17ff). Nach Paragraph 448, Absatz eins, ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen des Weiteren der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (BMGF). Bei der WGKK handelt es sich somit um eine öffentliche Einrichtung, die entsprechend Paragraph 135, Absatz 2, BVergG zudem in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt.

Dem konkreten Vergabeverfahren liegt die Erbringung von Dienstleistungen zugrunde, die der Kategorie 5 des Anhang III BVergG zuzuordnen sind. Es handelt sich sohin um so genannte "prioritäre" Dienstleistungen, auf die das BVergG ohne jegliche Einschränkungen anzuwenden ist. Entsprechend den Ausführungen der Antragstellerin und des Auftraggebers wird ferner der von der EU-DienstleistungsRL vorgegebene Betrag von Euro 200.000,- bei weitem überschritten. Dies bestätigt überdies ein Blick auf die Angebotssummen, weshalb für die gegenständliche Vergabe den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich (OSB) Berücksichtigung zu schenken ist. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 18. November 2003 wurde ein Zuschlag bislang noch erteilt. Zudem liegen keinerlei Gründe vor, die die Zulässigkeit entsprechend § 166 Abs. 2 BVergG in Abrede stellen, sodass das Bundesvergabeamt gemäß §§ 162 Abs. 2 iVm 169 Abs. 1 Z 3 lit. e BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungs- sowie eines Provisorialverfahrens berufen ist. Dem konkreten Vergabeverfahren liegt die Erbringung von Dienstleistungen zugrunde, die der Kategorie 5 des Anhang römisch drei BVergG zuzuordnen sind. Es handelt sich sohin um so genannte "prioritäre" Dienstleistungen, auf die das BVergG ohne jegliche Einschränkungen anzuwenden ist. Entsprechend den Ausführungen der Antragstellerin und des Auftraggebers wird ferner der von der EU-DienstleistungsRL vorgegebene Betrag von Euro 200.000,- bei weitem überschritten. Dies bestätigt überdies ein Blick auf die Angebotssummen, weshalb für die gegenständliche Vergabe den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich (OSB) Berücksichtigung zu schenken ist. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 18. November 2003 wurde ein Zuschlag bislang noch erteilt. Zudem liegen keinerlei Gründe vor, die die Zulässigkeit entsprechend Paragraph 166, Absatz 2, BVergG in Abrede stellen, sodass das Bundesvergabeamt gemäß Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 169 Absatz eins, Ziffer 3, Litera e, BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungs- sowie eines Provisorialverfahrens berufen ist.

B. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 171 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs. 3 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß § 171 Abs. 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG

können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Seitens des Auftraggebers ist die Vergabe an die B*** vorgesehen. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Behauptung der Antragstellerin, wonach durch rechtswidriges Außerachtlassen der behördlich vorgegebenen Entgelts- und Rabattbestimmungen der Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs verletzt worden ist, zutrifft. Überdies kommt die Antragstellerin – nach bisherigem Ermittlungsstand – für die Zuschlagserteilung in Betracht. Es droht ihr daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin macht allenfalls frustrierte Aufwendungen für die Angebotserstellung in Höhe von Euro 3.000,- geltend. Zudem verweist sie auf den jährlichen Verlust eines Deckungsbeitrags von etwa Euro 88.650,- bis etwa Euro 118.200,-. Diesbezüglich wird vom Auftraggeber eingewendet, dass der Deckungsbeitrag lediglich eine kalkulatorische Größe darstelle und der Schaden der Antragstellerin wohl nur in einem nicht dargelegten entgangenen Gewinn liegen könne. Hiezu ist anzumerken, dass der Deckungsbeitrag in diesem Zusammenhang wohl als Differenz zwischen Preis des Auftrags und den leistungsabhängigen Kosten zu verstehen ist. Er beinhaltet somit auch den zu erzielenden Gewinn. Dieser kann angesichts mangelnder Kenntnis von der Höhe der variablen Kosten in der Tat ziffernmäßig nicht abgeschätzt werden. Seitens des erkennenden Senatsvorsitzenden bestehen jedoch keine Zweifel am dem Grunde nach drohenden Gewinnentgang. Ein wesentlicher Schaden, der der Antragstellerin droht, ist zudem im Verlust eines Referenzprojektes zu erblicken (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 06N-41/03-11 und vom 22. Februar 2002, N-136/01-22, RPA 2002, 93 = ZVB 2002/57 (Latzenhofer). Ein Umstand, der angesichts der marktbeherrschenden Stellung der ins Auge gefassten Zuschlagsempfängerin, besonders schwer wiegt.

Gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung werden vom Auftraggeber die Mehrkosten ins Treffen geführt, die durch ein weiteres Aufrechterhalten des bestehenden Leistungsvertrages entstehen. Unter Zugrundelegung des Angebots der potentiellen Zuschlagsempfängerin entgehen monatliche Einsparungen von Euro 8.350,-. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die einstweilige Verfügung spätestens mit 14. Jänner 2004 außer Kraft tritt. Angesichts eines intendierten Leistungsbeginns am 1. Jänner 2004 ist wohl maximal mit einer Zeitverzögerung von zwei Monaten zu rechnen, sodass dem Auftraggeber Mehrkosten in Höhe von etwa Euro 16.700,- erwachsen. In Anbetracht der ungleich größeren Schäden, die der Antragstellerin insbesondere durch den Verlust eines bedeutenden Referenzprojekts drohen, ist somit von einem Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen. Anzumerken ist überdies, dass ein Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hat (siehe etwa BVA vom 5. November 2003, 16N-109/03-18; vom 11. August 2003, 16N-74/03-7; 10. Juli 2003, 04N-65/03-7 sowie vom 19. Mai 2003, 07N-48/03-15).

Zum seitens der B*** geltend gemachten drohenden Verlust eines Referenzprojekts ist festzuhalten, dass diese derzeit ohnedies als Zuschlagsempfängerin ausersehen ist. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung ändert sich nichts an dieser Position. Vielmehr soll das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten werden, der dem Bundesvergabeamt – ohne dass vollendete Tatsachen geschaffen werden – eine Überprüfung der Zuschlagsentscheidung ermöglicht. Unter Berücksichtigung des von der höchstgerichtlichen Judikatur entwickelten Grundsatzes, wonach auch eine Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01), war daher die Untersagung der Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene Zuschlagsempfängerin geboten. Eine Untersagung ohne Berücksichtigung des (Ab-)Laufs des Nachprüfungsverfahrens findet jedoch in § 171 BVergG keine Deckung, weshalb diesbezüglich abweislich zu entscheiden war. Zum seitens der B*** geltend gemachten drohenden Verlust eines Referenzprojekts ist festzuhalten, dass diese derzeit ohnedies als Zuschlagsempfängerin ausersehen ist. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung ändert sich nichts an dieser Position. Vielmehr soll das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten werden, der dem Bundesvergabeamt – ohne dass vollendete Tatsachen geschaffen werden – eine Überprüfung der Zuschlagsentscheidung ermöglicht. Unter Berücksichtigung des von der höchstgerichtlichen Judikatur entwickelten Grundsatzes, wonach auch eine Zuschlagserteilung an den tatsächlichen

Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01), war daher die Untersagung der Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene Zuschlagsempfängerin geboten. Eine Untersagung ohne Berücksichtigung des (Ab-)Laufs des Nachprüfungsverfahrens findet jedoch in Paragraph 171, BVergG keine Deckung, weshalb diesbezüglich abweislich zu entscheiden war.

Schlagworte

einstweilige Verfügung; Telephoniedienstleistungen; Deckungsbeitrag; Verzögerung durch Nachprüfungsverfahren;

Dokumentnummer

VERGT_20031119_08N_114_03_8_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