

TE Verg Bescheid 2001/7/9 N-56/01-7;,, N-57/01-8;

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.07.2001

Norm

BVergG 1997 §11 Abs1 Z4

BVergG 1997 §15 Z15

BVergG 1997 §116 Abs3

BVergG 1997 §53a Abs1

BVergG 1997 §53a Abs2

ABGB §879

RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABl 1989 L 395 S 33) Art2 Abs4

1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

Text

BESCHEID

Der Senat 9 des Bundesvergabeamtes hat am 6. Juni 2001 durch die Richterin Dr. Friederike LENK als Vorsitzende und die Beisitzer MR. Mag. Paul STECHER als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als Mitglied der Auftragnehmerseite entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Bundesvergabe-gesetz 1997(BVergG)BGBl. I Nr. 58/1997 idFBGBl. I Nr. 27/1998, BGBl. I Nr. 80/1999, BGBl. Nr. 120/1999, BGBl. I Nr. 123/2000 betreffend das Verfahren zur Vergabe des Auftrages zur Konzeption, Planung und Aufbau eines Chipkarten gestützten EDV-Systems, einschließlich der österreichweiten Lieferung, Initialisierung, Personalisierung, Verteilung und Entsorgung der Karten, Lieferung, Installation und flächendeckende Wartung der Endgeräte sowie der Unterstützung beim EDV-Betrieb des Systems, der Unterstützung des Call-Center-Betrieb, beim Kartenmanagement und bei anderen zum Systembetrieb erforderlichen Dienstleistungen des Auftraggebers,Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Bundesvergabe-gesetz 1997(BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 58 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Nr. 120 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 123 aus 2000, betreffend das Verfahren zur Vergabe des Auftrages zur Konzeption, Planung und Aufbau eines Chipkarten gestützten EDV-Systems, einschließlich der österreichweiten Lieferung, Initialisierung, Personalisierung, Verteilung und Entsorgung der Karten, Lieferung, Installation und flächendeckende Wartung der Endgeräte sowie der Unterstützung beim EDV-Betrieb des Systems, der Unterstützung des Call-Center-Betrieb, beim Kartenmanagement und bei anderen zum Systembetrieb erforderlichen Dienstleistungen des Auftraggebers,

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 1031 Wien, Kundmanngasse 21, vertreten durch Rechtsanwälte ***, wird über

die Anträge

1.) vom 17. Mai 2001 auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der ARGE D*** (CB*** GmbH, ***, DA*** GmbH, ***, DB*** GmbH, ***, DC*** AG, ***, DE*** Gesellschaft für Unternehmensberatung mbH, ***, DD***

*** = in der Folge Erst- bis

Sechstantragsteller), vertreten durch Rechtsanwälte *** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt wird, Leistungen aus dem Vertrag zwischen dem Auftraggeber und der Bietergemeinschaft B*** in Vergabeverfahren über die Konzeption, Planung und Aufbau eines chipkartenbasierten EDV-Systems abzurufen und/oder anzunehmen, den Vertrag zwischen dem Auftraggeber und der Bietergemeinschaft B*** abzuwickeln und dem Auftraggeber alle Handlungen und Unterlassungen die den Widerruf des Vergabeverfahrens über die Konzeption, Planung und Aufbau eines chipkartenbasierten EDV-Systems erschweren untersagt werden;

sowie 2.) den Antrag vom 18. Mai 2001 der B*** AG

, (in der Folge Siebentantragstellerin) vertreten durch Rechtsanwälte ***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der das Bundesvergabeamt alle Vorkehrungen und Anordnungen treffen möge, mit denen dem Auftraggeber verboten wird, den nach Ansicht des Auftraggebers mit B "geschlossenen" Vertrag (weiter) abzuwickeln sowie das gesamte

Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über die Nichtigerklärungsanträge vorübergehend ausgesetzt wird, in eventu die Auftraggeberentscheidung, den Zuschlag an B*** erteilen zu wollen, bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über die Anträge auf Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt wird, wie folgt entschieden:

Sämtliche Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen werden
abgewiesen.

Rechtsgrundlage § 116 Abs. 1, 2, 3, 4 BVergG Rechtsgrundlage Paragraph 116, Absatz eins, 2, 3, 4, BVergG

Begründung:

Gemäß § 113 Abs. 2 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Z 1), sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers (Z 2). Gemäß Paragraph 113, Absatz 2, ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und hiezu ergangenen Verordnungen zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (Ziffer eins.), sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers (Ziffer 2.).

Gemäß § 116 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 § 116 Abs. 3 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Gemäß Paragraph 116, 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 116, Absatz 3, 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 § 116 Abs. 4 BVergG können mit einstweiliger Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 116, Absatz 4, BVergG können mit einstweiliger Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der Auftraggeber ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 11 Abs. 1 Z 4 BVergG. Nach seinen Angaben beträgt der geschätzte Auftragswert ATS 905 Millionen Schilling, sodass der für Lieferaufträge bzw. Dienstleistungsaufträge geltende Schwellenwert von 200.000 Euro (= ATS 2,752060 Millionen Schilling) gemäß § 5 Abs. 2 bzw 7 Abs. 1 BVergG jedenfalls überschritten wird. Der gegenständliche Auftrag zur Vergabe des Projekts "SV-Chipkarte" fällt daher jedenfalls in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes und ist das Bundesvergabeamt daher grundsätzlich gemäß § 113 BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. Der Auftraggeber ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG. Nach seinen Angaben beträgt der geschätzte Auftragswert ATS 905 Millionen Schilling, sodass der für Lieferaufträge bzw. Dienstleistungsaufträge geltende Schwellenwert von 200.000 Euro (= ATS 2,752060 Millionen Schilling) gemäß Paragraph 5, Absatz 2, bzw 7 Absatz eins, BVergG jedenfalls überschritten wird. Der gegenständliche Auftrag zur Vergabe des Projekts "SV-Chipkarte" fällt daher jedenfalls in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes und ist das Bundesvergabeamt daher grundsätzlich gemäß Paragraph 113, BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Die Erst- bis Sechsantragsteller haben mit Schriftsatz vom 17. Mai 2001 die im Spruch ersichtlichen Begehren sowie Anträge auf Nichtigkeitsklärung elf verschiedener Einzelentscheidungen des Auftraggebers im Zusammenhang mit seiner Entscheidung das Vergabeverfahren betreffend die "SV-Chipkarte" trotz dem ha. Bescheid vom 20. April 2001, Zl. N-43/01-20, N-46/01-18, nicht zu widerrufen und den Auftrag an die Bietergemeinschaft B*** zu vergeben, gestellt. Ferner haben sie Anträge auf Erlassung eines Bescheides gestellt, mit dem der Auftraggeber unter anderem verpflichtet werden soll, Nachfrage und Annahme der Leistungen aus dem auf Grund des Vergabeverfahrens "SV-Chipkarte" geschlossenen Vertrages nachzufragen oder anzunehmen bzw. den Vertrag abzuwickeln. Begründend wurde im wesentlichen ausgeführt, dass die Zuschlagserteilung vom 23. April 2001 schon deshalb gemäß § 53a Abs. 1, 2 nichtig sei, weil die vorausgegangene Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 18. Dezember 2000 nicht wirksam gewesen sei. Die damals bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung sei nicht wirksam gewesen, weil die Zuschlagsentscheidung noch von der Genehmigung des sogenannten Chipkartenausschusses abhängig gemacht worden war, am 18. Dezember 2000 noch nicht vorgelegen sei. Mangels Bekanntgabe einer wirksamen Zuschlagsentscheidung sei der Pflicht gemäß § 53a Abs. 1 BVergG zuwidergehandelt worden und ergebe sich daraus die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung. Ferner seien durch das Vergabeverfahren auch die Grundsätze des lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt worden, sodass auch von einer Nichtigkeit auf Grund der Bestimmung des § 879 ABGB auszugehen sei. Ferner ergebe sich die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung auch daraus, dass die Behörde rechtskräftig festgestellt habe, dass die Entscheidung den Auftrag zu vergeben und das Verfahren nicht zu widerrufen, rechtswidrig sei und diese Entscheidung daher für nichtig erklärt habe. Zudem verletze die Erteilung des Zuschlages trotz der entgegenstehenden behördlichen Entscheidung der Vergabekontrollinstanz das Gebot der Effektivität der europäischen Vergaberichtlinien und ergebe sich auch unter Bedachtnahme auf die deutsche Literatur daraus die Nichtigkeit des erteilten Zuschlages. Aus der bereits mit Bescheid vom 20. April 2001 festgestellten Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen betreffend das Verbot der Subvergabe und der Rechtswidrigkeit der Entscheidung, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, folge auch die Rechtswidrigkeit aller weiteren auf die Vertragsabwicklung gerichteten Auftraggeberentscheidungen, die nach dem 20. April 2001 getroffen wurden. Die Befugnis des Bundesvergabeamtes zur Erlassung der begehrten Unterlassungsgebote gegen den Auftraggeber ergebe sich unmittelbar aus Artikel 2 Abs. 7 der Rechtsmittelrichtlinie. Nach dieser Bestimmung seien die Mitgliedstaaten zur wirksamen Durchsetzbarkeit der Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen verpflichtet. Da die bestehende innerstaatliche Rechtslage dem Bundesvergabeamt die Erlassung vollstreckbarer Bescheide nicht

ermögliche, befinde sie sich insofern im Widerspruch zu der Rechtsmittelrichtlinie und sei diese daher unmittelbar anzuwenden. Die Erst- bis Sechsantragsteller haben mit Schriftsatz vom 17. Mai 2001 die im Spruch ersichtlichen Begehren sowie Anträge auf Nichtigerklärung elf verschiedener Einzelentscheidungen des Auftraggebers im Zusammenhang mit seiner Entscheidung des Vergabeverfahrens betreffend die "SV-Chipkarte" trotz dem ha. Bescheid vom 20. April 2001, Zl. N-43/01-20, N-46/01-18, nicht zu widerrufen und den Auftrag an die Bietergemeinschaft B*** zu vergeben, gestellt. Ferner haben sie Anträge auf Erlassung eines Bescheides gestellt, mit dem der Auftraggeber unter anderem verpflichtet werden soll, Nachfrage und Annahme der Leistungen aus dem auf Grund des Vergabeverfahrens "SV-Chipkarte" geschlossenen Vertrages nachzufragen oder anzunehmen bzw. den Vertrag abzuwickeln. Begründend wurde im wesentlichen ausgeführt, dass die Zuschlagserteilung vom 23. April 2001 schon deshalb gemäß Paragraph 53 a, Absatz eins, 2, nichtig sei, weil die vorausgegangene Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 18. Dezember 2000 nicht wirksam gewesen sei. Die damals bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung sei nicht wirksam gewesen, weil die Zuschlagsentscheidung noch von der Genehmigung des sogenannten Chipkartenausschusses abhängig gemacht worden war, am 18. Dezember 2000 noch nicht vorgelegen sei. Mangels Bekanntgabe einer wirksamen Zuschlagsentscheidung sei der Pflicht gemäß Paragraph 53 a, Absatz eins, BVergG zuwidergehandelt worden und ergebe sich daraus die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung. Ferner seien durch das Vergabeverfahren auch die Grundsätze des lauter Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt worden, sodass auch von einer Nichtigkeit auf Grund der Bestimmung des Paragraph 879, ABGB auszugehen sei. Ferner ergebe sich die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung auch daraus, dass die Behörde rechtskräftig festgestellt habe, dass die Entscheidung den Auftrag zu vergeben und das Verfahren nicht zu widerrufen, rechtswidrig sei und diese Entscheidung daher für nichtig erklärt habe. Zudem verletze die Erteilung des Zuschlages trotz der entgegenstehenden behördlichen Entscheidung der Vergabekontrollinstanz das Gebot der Effektivität der europäischen Vergaberichtlinien und ergebe sich auch unter Bedachtnahme auf die deutsche Literatur daraus die Nichtigkeit des erteilten Zuschlages. Aus der bereits mit Bescheid vom 20. April 2001 festgestellten Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen betreffend das Verbot der Subvergabe und der Rechtswidrigkeit der Entscheidung, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, folge auch die Rechtswidrigkeit aller weiteren auf die Vertragsabwicklung gerichteten Auftraggeberentscheidungen, die nach dem 20. April 2001 getroffen wurden. Die Befugnis des Bundesvergabeamtes zur Erlassung der begehrten Unterlassungsgebote gegen den Auftraggeber ergebe sich unmittelbar aus Artikel 2 Absatz 7, der Rechtsmittelrichtlinie. Nach dieser Bestimmung seien die Mitgliedstaaten zur wirksamen Durchsetzbarkeit der Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen verpflichtet. Da die bestehende innerstaatliche Rechtslage dem Bundesvergabeamt die Erlassung vollstreckbarer Bescheide nicht ermögliche, befinde sie sich insofern im Widerspruch zu der Rechtsmittelrichtlinie und sei diese daher unmittelbar anzuwenden.

Die Siebentantragstellerin hat mit Schriftsatz vom 18. Mai 2001 die im Spruch ersichtlichen Begehren gestellt sowie ferner Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidungen des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, den Zuschlag an B*** erteilen zu wollen, ein Zuschlagsschreiben zu versenden, ohne die Zuschlagsentscheidung rechtswirksam bekanntgegeben zu haben und den Vertrag mit B*** abzuwickeln ohne die Zuschlagsentscheidung rechtswirksam bekanntgegeben zu haben, beantragt. Begründend wurde die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht und die sich daraus ergebende zwingende Notwendigkeit eines Widerrufs behauptet und ferner ausgeführt, dass eine Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe der wirksamen Zuschlagsentscheidung jedenfalls rechtswidrig sei. Die den Bietern am 18. Dezember 2000 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung sei aber nicht wirksam gegeben, weil sie noch von der Genehmigung des Chipkartenausschusses abhängig gewesen sei.

Durch die Schriftsätze vom 17. Mai 2001 bzw. vom 18. Mai 2001 ist ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden und daher diese Voraussetzung des § 116 Abs. 1 BVergG erfüllt. Über die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages sowie über seine inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nur insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der behaupteten Verletzung der Pflicht zum Widerruf der Ausschreibung nicht der Fall. Hinsichtlich der vom Auftraggeber behaupteten (vgl. Stellungnahme, OZ 9) Zuschlagserteilung ist zunächst festzustellen, dass sich aus den übermittelten Unterlagen zwar ergibt, dass der Auftraggeber am 23. April 2001 per Fax ein Zuschlagsschreiben an die Bietergemeinschaft B*** abgefertigt hat. Gleichwohl kann jedoch aufgrund der vorliegenden Aktenlage noch nicht von einer wirksamen Zuschlagserteilung im Sinne des § 113 Abs. 2 BVergG ausgegangen werden. Gemäß § 53a Abs. 1 BVergG hat der Auftraggeber nämlich den in Vergabeverfahren verbliebenen Bietern schriftlich mitzuteilen, welchen

Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Der Zuschlag darf bei sonstiger Nichtigkeit gemäß Abs. 2 leg.cit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von zwei Wochen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erteilt werden. Im Hinblick auf den offensichtlichen Zweck dieser Bestimmung, in Umsetzung der Ökopunkteentscheidung des EuGH die Anfechtbarkeit der Zuschlagserteilung sicher zu stellen, ist davon auszugehen das nicht bloß die Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist von der Nichtigkeitssanktion bedroht ist, Durch die Schriftsätze vom 17. Mai 2001 bzw. vom 18. Mai 2001 ist ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden und daher diese Voraussetzung des Paragraph 116, Absatz eins, BVergG erfüllt. Über die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages sowie über seine inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nur insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der behaupteten Verletzung der Pflicht zum Widerruf der Ausschreibung nicht der Fall. Hinsichtlich der vom Auftraggeber behaupteten vergleichs Stellungnahme, OZ 9) Zuschlagserteilung ist zunächst festzustellen, dass sich aus den übermittelten Unterlagen zwar ergibt, dass der Auftraggeber am 23. April 2001 per Fax ein Zuschlagsschreiben an die Bietergemeinschaft B*** abgefertigt hat. Gleichwohl kann jedoch aufgrund der vorliegenden Aktenlage noch nicht von einer wirksamen Zuschlagserteilung im Sinne des Paragraph 113, Absatz 2, BVergG ausgegangen werden. Gemäß Paragraph 53 a, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber nämlich den in Vergabeverfahren verbliebenen Bieter schriftlich mitzuteilen, welchen Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Der Zuschlag darf bei sonstiger Nichtigkeit gemäß Absatz 2, leg.cit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von zwei Wochen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erteilt werden. Im Hinblick auf den offensichtlichen Zweck dieser Bestimmung, in Umsetzung der Ökopunkteentscheidung des EuGH die Anfechtbarkeit der Zuschlagserteilung sicher zu stellen, ist davon auszugehen das nicht bloß die Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist von der Nichtigkeitssanktion bedroht ist,

sondern analog auch eine Zuschlagserteilung nichtig ist, der überhaupt keine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vorausgegangen ist. Eine wirksame Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a Abs. 1 BVergG setzt aber voraus, dass die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung tatsächlich die wirksame Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers ist. Gemäß § 15 Z 15 BVergG ist der Zuschlag, die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Eine wirksame Zuschlagsentscheidung kann daher nur vorliegen, wenn nach Vorliegen dieser Entscheidung ohne weiteres eine wirksame Erklärung an den Bieter abgegeben werden kann, dass sein Angebot angenommen wird. Dies setzt voraus, dass Zuschlagserteilung bzw. Vertragsabschluß nicht von der Zustimmung anderer Stellen abhängig ist. Ob dies der Fall, ist nach den diesbezüglichen internen organisationsrechtlichen Vorgaben beim Auftraggeber zu beurteilen. Demnach liegt eine wirksame Zuschlagsentscheidung nur dann vor, wenn alle jene Organe, die nach der internen Organisation des Auftraggebers über den Vertragsabschluß zu entscheiden haben, die Zuschlagsentscheidung genehmigt haben. Nur die Bekanntgabe einer solchen wirksamen Zuschlagsentscheidung erfüllt die gesetzlichen Anforderungen des § 53a Abs. 1 und 2 BVergG. sondern analog auch eine Zuschlagserteilung nichtig ist, der überhaupt keine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vorausgegangen ist. Eine wirksame Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 53 a, Absatz eins, BVergG setzt aber voraus, dass die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung tatsächlich die wirksame Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers ist. Gemäß Paragraph 15, Ziffer 15, BVergG ist der Zuschlag, die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Eine wirksame Zuschlagsentscheidung kann daher nur vorliegen, wenn nach Vorliegen dieser Entscheidung ohne weiteres eine wirksame Erklärung an den Bieter abgegeben werden kann, dass sein Angebot angenommen wird. Dies setzt voraus, dass Zuschlagserteilung bzw. Vertragsabschluß nicht von der Zustimmung anderer Stellen abhängig ist. Ob dies der Fall, ist nach den diesbezüglichen internen organisationsrechtlichen Vorgaben beim Auftraggeber zu beurteilen. Demnach liegt eine wirksame Zuschlagsentscheidung nur dann vor, wenn alle jene Organe, die nach der internen Organisation des Auftraggebers über den Vertragsabschluß zu entscheiden haben, die Zuschlagsentscheidung genehmigt haben. Nur die Bekanntgabe einer solchen wirksamen Zuschlagsentscheidung erfüllt die gesetzlichen Anforderungen des Paragraph 53 a, Absatz eins und 2 BVergG.

Aus dem Protokoll (vgl. OZ 11a) des Auftraggebers von der Sitzung seines geschäftsführenden Organs § 442c ASVG) Vorstandsvorstand vom 18.12.2000 geht klar hervor, dass der Vorstandsvorstand bei dieser Sitzung beschlossen hat, der Bietergemeinschaft B*** den Zuschlag als Bestbieter zu erteilen. Doch geht ebenso klar hervor, dass der mit dieser Bietergemeinschaft abzuschließende Vertrag vor Aus dem Protokoll vergleiche OZ 11a) des Auftraggebers von der Sitzung seines geschäftsführenden Organs (Paragraph 442 c, ASVG) Vorstandsvorstand vom 18.12.2000 geht klar

hervor, dass der Verbandsvorstand bei dieser Sitzung beschlossen hat, der Bietergemeinschaft B*** den Zuschlag als Bestbieter zu erteilen. Doch geht ebenso klar hervor, dass der mit dieser Bietergemeinschaft abzuschließende Vertrag vor

Vertragsabschluß von einem weiteren Organ des Auftraggebers nämlich dem sogenannten "Chipkartenausschuss" (der in der Folge den Vertragsabschluss am 22.3.2001 genehmigt hat) noch zu genehmigen war. Der den Beschluss zugrundeliegende Antrag enthält unter Punkt d die Formulierung "der abzuschließende Vertrag mit B*** ist im Chipkartenausschuss zur Genehmigung vorzulegen". Vor Vertragsabschluss sohin vor Zuschlagserteilung sollte daher noch die Genehmigung eines anderen Organs eingeholt werden, sodass jedenfalls aufgrund der gegebenen Aktenlage im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht von einer wirksamen Zuschlagsentscheidung gesprochen werden kann.

An diesem vorläufigen Ermittlungsergebnis konnten die bisherigen Vorbringen des Auftraggebers nichts ändern. Insbesondere hat sich aus diesen in keiner auch nur irgendwie mit den Denkgesetzen im Einklang stehenden Weise ergeben, welchen anderen Sinn als die vorläufige Unwirksamkeit der Zuschlagsentscheidung die Einräumung eines Genehmigungsvorbehaltes zu Gunsten des Chipkartenausschusses gehabt haben soll. Soweit Vertreter des Auftraggebers in der Verhandlung vom 6. Juni 2001 der Formulierung "Genehmigung" einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Sinn beizumessen versuchten, wird es erforderlich sein, durch zeugenschaftliche Einvernahme der Mitglieder des Chipkartenausschusses wie auch des Verbandsvorstandes festzustellen, inwieferne sich diese Funktionäre der Sozialversicherung einer nur ihnen eigentümlichen

Ausdrucksweise bedienen, in der bestimmte Begriffe einen vom allgemeinen Sprachgebrauch wesentlich abweichenden - offenkundig spezifisch sozialversicherungsrechtlichen - Sinngehalt haben.

Mangels wirksamer Zuschlagsentscheidung kann auch der beabsichtigte Zuschlag nicht gemäß 53a BVerG wirksam bekanntgegeben und in der Folge auch nicht wirksam erteilt worden sein. Demnach ist vorläufig noch nicht von einer Zuschlagserteilung auszugehen und ist das Bundesvergabeamt zur Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung daher immer noch zuständig. Da auch die sonstigen Prozessvoraussetzungen vorliegen, sind die Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen inhaltlich zu beurteilen.

Auf Grund der im Vorverfahren vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 18. April 2001 ist davon auszugehen, dass die Einführung des Chipkartensystems zu jährlichen Einsparungen von ca. ATS 450 Millionen im Bereich der Dienstgeber führen würde, die durch Reduktion des Personaleinsatzes auf Grund des Wegfalls der Krankenscheinausstellung ermöglicht würden. Die Höhe dieser Zahlen konnte im Ermittlungsverfahren weder von der Behörde selbst noch von den Parteien der früheren Nachprüfungsverfahren noch von den nunmehrigen Antragstellern widerlegt werden. Der diesen Zahlen zugrundeliegende geschätzte Zeitaufwand der für die Krankenscheinadministration erforderlichen Bearbeitung wie auch die Lohnkosten für diesen Zeitaufwand (vgl. insbesondere Seite 2 - 3 der Unterlage des Auftraggebers vom 10. April 2001) erscheinen dem Senat auf Grund der allgemein bekannten durchschnittlichen Lohnverhältnisse für Personalverrechner nachvollziehbar. Wie auch der Privatgutachter der Erst- bis Sechstantragsteller einräumt (vgl. Beilage zu OZ 1), ist die Aktualisierung dieser Einsparungsmöglichkeiten volkswirtschaftlich nicht als Verursachung von Arbeitslosigkeit sondern vielmehr als Freisetzung von Personalkapazitäten für andere, produktivere Aufgaben anzusehen. Soweit der Privatgutachter ausführt, dass Voraussetzung hierfür das Bestehen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten ist und das vom Auftraggeber diesbezüglich angegebene Ausmaß der Einsparungsmöglichkeiten unsicher sei, da eher davon auszugehen wäre, dass es tatsächlich kaum zum Abbau von Fixkosten sondern lediglich zur Umwandlung von Nutzkosten in Leerkosten kommen wird, verkennt er, dass es für die volkswirtschaftliche Beurteilung naturgemäß auf die Freisetzung von zusätzlichen Produktionskapazitäten als für sich zu bewertenden Vorteil ankommt und nicht darauf, ob diese freigewordenen Kapazitäten in jedem Fall auch genützt werden können. Auf Grund der im Vorverfahren vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 18. April 2001 ist davon auszugehen, dass die Einführung des Chipkartensystems zu jährlichen Einsparungen von ca. ATS 450 Millionen im Bereich der Dienstgeber führen würde, die durch Reduktion des Personaleinsatzes auf Grund des Wegfalls der Krankenscheinausstellung ermöglicht würden. Die Höhe dieser Zahlen konnte im Ermittlungsverfahren weder von der Behörde selbst noch von den Parteien der früheren Nachprüfungsverfahren noch von den nunmehrigen Antragstellern widerlegt werden. Der diesen Zahlen zugrundeliegende geschätzte Zeitaufwand der für die Krankenscheinadministration erforderlichen Bearbeitung wie auch die Lohnkosten für diesen Zeitaufwand vergleiche insbesondere Seite 2 - 3 der Unterlage des Auftraggebers vom

10. April 2001) erscheinen dem Senat auf Grund der allgemein bekannten durchschnittlichen Lohnverhältnisse für Personalverrechner nachvollziehbar. Wie auch der Privatgutachter der Erst- bis Sechstantragsteller einräumt (vergleiche Beilage zu OZ 1), ist die Aktualisierung dieser Einsparungsmöglichkeiten volkswirtschaftlich nicht als Verursachung von Arbeitslosigkeit sondern vielmehr als Freisetzung von Personalkapazitäten für andere, produktivere Aufgaben anzusehen. Soweit der Privatgutachter ausführt, dass Voraussetzung hierfür das Bestehen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten ist und das vom Auftraggeber diesbezüglich angegebene Ausmaß der Einsparungsmöglichkeiten unsicher sei, da eher davon auszugehen wäre, dass es tatsächlich kaum zum Abbau von Fixkosten sondern lediglich zur Umwandlung von Nutzkosten in Leerkosten kommen wird, verkennt er, dass es für die volkswirtschaftliche Beurteilung naturgemäß auf die Freisetzung von zusätzlichen Produktionskapazitäten als für sich zu bewertenden Vorteil ankommt und nicht darauf, ob diese freigewordenen Kapazitäten in jedem Fall auch genutzt werden können.

Der bloße Zugewinn an verfügbarer Kapazität ist als relevanter Vorteil zu betrachten. Wie ja auch etwa eine finanzielle Zuwendung an eine Person für diese einen bestimmten Vorteil bedeutet, selbst wenn diese finanzielle Zuwendung von der Person dann nicht einem sinnvollen Zweck zugeführt wird. Überdies verkennt der Privatgutachter, dass es nicht um den Abbau von Arbeitskräften und daher um die angesprochene Reduzierung von Fixkosten geht, vielmehr ist im Rahmen der betrieblichen Verhältnisse amtsbekannterweise davon auszugehen, dass Personalverrechnungsbedienstete im Rahmen eines gegebenen Zeitraums ein bestimmtes Ausmaß von Arbeiten verrichten können. Sind nun bestimmte Arbeiten nicht mehr notwendig, können andere Arbeiten, die ansonsten erst in einem späteren Zeitraum hätten durchgeführt werden können, vorgezogen werden, sodass es zu einem Anstieg der Arbeitsproduktivität kommt. Ferner verkennt der Privatgutachter, dass das Ausmaß der solcherart verursachten volkswirtschaftlichen Einsparungseffekte unabhängig davon ist, ob diese durch eine Lösung eintreten, die nach bestimmter Zeit nicht mehr dem Stand der Technik entspricht und für sich genommen als Provisorium betrachtet werden muss.

Demnach ist im Falle der Verzögerung der Durchführung der Vergabe von den vorerwähnten 450 Millionen jährlich Schilling an volkswirtschaftlichen Kosten auszugehen und sind diese daher als besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens anzusehen. Bereits diese öffentlichen Interessen bewirken, dass die gesetzlich vorgeschriebene Interessenabwägung zulasten der Antragsteller ausfallen muss, da das hier gegebene Ausmaß der volkswirtschaftlichen Kosten der Verzögerung besonders hoch ist. Entgegen dem Vorbringen der Erst- bis Sechstantragsteller kommt es hierbei nicht darauf an, ob das zugrundeliegende Vergabeprojekt ein größeres Volumen aufweist, sondern lediglich auf das Ausmaß der durch die Verzögerung beeinträchtigten öffentlichen Interessen. Soweit die Erst- bis Sechstantragsteller ausführen, dass es auch öffentliche Interessen an der Erlassung der beantragten einstweiligen Maßnahme und daher an der Verzögerung der Durchführung des Projektes gebe (öffentliches Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung, eine allenfalls nach der Hauptentscheidung der Behörde notwendige Rückabwicklung wird durch den Zeitverlauf schwieriger), sind diese Argumente zwar an sich zutreffend, doch wird verkannt, dass die Behörde nach dem klaren Wortlaut des § 116 Abs. 3 BVergG nur jene öffentlichen Interessen zu berücksichtigen hat, die an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehen und daher allfällige andere öffentliche Interessen, die von den Antragstellern angezogen wurden und gegen die Fortführung des Vergabeverfahrens sprechen, für die Behörde im Rahmen der Interessenabwägung nicht zu berücksichtigen sind. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese öffentlichen Interessen von den dazu befugten Entscheidungsträgern der Verwaltung wahrzunehmen sind. Demnach ist im Falle der Verzögerung der Durchführung der Vergabe von den vorerwähnten 450 Millionen jährlich Schilling an volkswirtschaftlichen Kosten auszugehen und sind diese daher als besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens anzusehen. Bereits diese öffentlichen Interessen bewirken, dass die gesetzlich vorgeschriebene Interessenabwägung zulasten der Antragsteller ausfallen muss, da das hier gegebene Ausmaß der volkswirtschaftlichen Kosten der Verzögerung besonders hoch ist. Entgegen dem Vorbringen der Erst- bis Sechstantragsteller kommt es hierbei nicht darauf an, ob das zugrundeliegende Vergabeprojekt ein größeres Volumen aufweist, sondern lediglich auf das Ausmaß der durch die Verzögerung beeinträchtigten öffentlichen Interessen. Soweit die Erst- bis Sechstantragsteller ausführen, dass es auch öffentliche Interessen an der Erlassung der beantragten einstweiligen Maßnahme und daher an der Verzögerung der Durchführung des Projektes gebe (öffentliches Interesse an der Einhaltung der Rechtsordnung, eine allenfalls nach der Hauptentscheidung der Behörde notwendige Rückabwicklung wird durch den Zeitverlauf schwieriger), sind diese Argumente zwar an sich zutreffend, doch wird verkannt, dass die Behörde nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 116, Absatz 3, BVergG nur jene öffentlichen

Interessen zu berücksichtigen hat, die an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehen und daher allfällige andere öffentliche Interessen, die von den Antragstellern angezogen wurden und gegen die Fortführung des Vergabeverfahrens sprechen, für die Behörde im Rahmen der Interessenabwägung nicht zu berücksichtigen sind. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese öffentlichen Interessen von den dazu befugten Entscheidungsträgern der Verwaltung wahrzunehmen sind.

Der Umstand, dass es bereits zu erheblichen Verzögerungen gekommen ist, ohnehin kein fixer Zeitrahmen für die Durchführung des Projektes gegeben ist und der Auftraggeber die Verzögerungen bzw. Nachteile durch Verzögerungen durch sein rechtswidriges Verhalten selbst verschuldet hat, kann ebenso wie die Bedeutung der zugrundeliegenden Rechtsverstöße im Rahmen der Interessenabwägung nicht berücksichtigt werden, da es nach dem klaren Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes bzw. des Artikel 2 Abs. 4 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG darauf nicht ankommt. Der Umstand, dass es bereits zu erheblichen Verzögerungen gekommen ist, ohnehin kein fixer Zeitrahmen für die Durchführung des Projektes gegeben ist und der Auftraggeber die Verzögerungen bzw. Nachteile durch Verzögerungen durch sein rechtswidriges Verhalten selbst verschuldet hat, kann ebenso wie die Bedeutung der zugrundeliegenden Rechtsverstöße im Rahmen der Interessenabwägung nicht berücksichtigt werden, da es nach dem klaren Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes bzw. des Artikel 2 Absatz 4, der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG darauf nicht ankommt.

Stellt man nun die vorher beschriebenen besonderen

öffentlichen Interessen, die gegen die Verzögerung der Vergabe sprechen, den Interessen der Antragsteller gegenüber, ergibt sich dass die Interessen der Antragsteller zwar nicht unbeachtlich sind, doch insgesamt von den gegenläufigen Interessen überwogen werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere festzustellen, dass die Antragsteller ja nicht die Möglichkeit der bevorstehenden Zuschlagserteilung verlieren, sondern lediglich die Möglichkeit einer nochmaligen Bewerbung, die sie hätten, wenn der Auftraggeber wie dies rechtmäßigerweise geboten wäre, ein nochmaliges

Vergabeverfahren durchführen würde. Daher sind die Interessen der Antragsteller auch unter Berücksichtigung dessen, dass das Projekt für sie einen hohen Referenzwert hätte, nicht in dem von ihnen angegebenen wirtschaftlichen Ausmaß als gegeben anzusehen.

Insgesamt ergibt daher die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der beantragten einstweiligen Verfügungen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Veröffentlichungen

RPA 2001, 142; ZVB 2001/3, 10;

Schlagworte

Chipcard III; Nachprüfungsverfahren, einstweilige Verfügung, Wirksamkeit der Zuschlagserteilung, Bekanntgabe, interner Genehmigungsvorbehalt; Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, Verzögerungen des Projektes, schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers, kein fixer Zeitrahmen; Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, geringere Bieterinteressen, Referenzprojekt, Verlust, Chance auf den Zuschlag im Folgeverfahren;

Dokumentnummer

VERGT_20010709_N_56_01_7_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>