

TE Verg Bescheid 1997/7/10 N-11/97-20,, N-13/97-9;

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.07.1997

Norm

AVG §38

AVG §38a

BVergG 1997 §116 Abs5

BVergG 1997 §116 Abs4

EGV Art177

1. AVG § 38 heute
2. AVG § 38 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 38 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013
1. AVG § 38a heute
2. AVG § 38a gültig ab 01.01.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
3. AVG § 38a gültig von 01.07.1995 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

Text

BESCHEID:

Der Senat 8 des Bundesvergabeamtes hat am 10. Juli 1997 unter dem Vorsitz von Dr. Friederike Lenk mit den Beisitzern Dr. Friedrich Resel und Mag. Helmut Heindl in den aufgrund des Beschlusses vom 10. Juli 1997 verbundenen Rechtssachen N-11/97 und N-13/97 betreffend die Anträge der XXX Gesellschaft m. b. H., *** (im folgenden: Erstantragstellerin), vertreten durch ***, vom 25. Juni 1997 und die Anträge der YYY GmbH, *** (im folgenden: Zweitantragstellerin), vertreten durch *** vom 4. Juli 1997 sowie die Anträge der Antragsgegnerin betreffend das Auswahlverfahren zur Herausgabe eines Telefonverzeichnisses wie folgt entschieden: Der Senat 8 des Bundesvergabeamtes hat am 10. Juli 1997 unter dem Vorsitz von Dr. Friederike Lenk mit den Beisitzern Dr. Friedrich Resel und Mag. Helmut Heindl in den aufgrund des Beschlusses vom 10. Juli 1997 verbundenen Rechtssachen N-11/97 und N-13/97 betreffend die Anträge der römisch 30 Gesellschaft m. b. H., *** (im folgenden: Erstantragstellerin), vertreten durch ***, vom 25. Juni 1997 und die Anträge der YYY GmbH, *** (im folgenden: Zweitantragstellerin), vertreten durch *** vom 4. Juli 1997 sowie die Anträge der Antragsgegnerin betreffend das Auswahlverfahren zur Herausgabe eines Telefonverzeichnisses wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Die mit Bescheid vom 27. Juni 1997 erlassene einstweilige Verfügung Zl. N-11/97-5 wird aufgehoben römisch eins. Die mit Bescheid vom 27. Juni 1997 erlassene einstweilige Verfügung Zl. N-11/97-5 wird aufgehoben.

II. An ihrer Stelle wird die einstweilige Verfügung erlassen, daß es der Post und Telekom Austria AG (im folgenden:

Antragsgegnerin) nur unter folgenden Auflagen gestattet wird, einen Vertrag wie den streitgegenständlichen abzuschließen:römisch zwei. An ihrer Stelle wird die einstweilige Verfügung erlassen, daß es der Post und Telekom Austria AG (im folgenden: Antragsgegnerin) nur unter folgenden Auflagen gestattet wird, einen Vertrag wie den streitgegenständlichen abzuschließen:

1. 1.Ziffer eins

Die Antragsgegnerin wird im Falle des Abschlusses eines Vertrages, zu dessen Vertragsgegenstand die Herstellung, der Verlag und der Druck eines Telefonverzeichnisses, die damit verbundenen Nebenleistungen sowie die kommerzielle Verwertung der Teilnehmerdaten zählen und der das Ziel verfolgt, die Verpflichtungen der Antragsgegnerin gemäß § 31 Fernmeldegesetz oder vergleichbarer gesetzlicher Verpflichtungen aus nachfolgenden Rechtsvorschriften zu erfüllen, verpflichtet, in diesen Vertrag eine Klausel aufzunehmen, wonach die Antragsgegnerin den Vertrag im Falle der Nichtigerklärung ihrer Entscheidung, ein Auswahlverfahren für die Bewerber ohne Einhaltung der zwingenden Bekanntmachungsbestimmungen des BVergG und der in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Vergabeverfahren durchzuführen, durch das Bundesvergabeamt diesen Vertrag binnen eines Monats ab der Zustellung eines derartigen Bescheides des Bundesvergabeamtes aufkündigen wird.Die Antragsgegnerin wird im Falle des Abschlusses eines Vertrages, zu dessen Vertragsgegenstand die Herstellung, der Verlag und der Druck eines Telefonverzeichnisses, die damit verbundenen Nebenleistungen sowie die kommerzielle Verwertung der Teilnehmerdaten zählen und der das Ziel verfolgt, die Verpflichtungen der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 31, Fernmeldegesetz oder vergleichbarer gesetzlicher Verpflichtungen aus nachfolgenden Rechtsvorschriften zu erfüllen, verpflichtet, in diesen Vertrag eine Klausel aufzunehmen, wonach die Antragsgegnerin den Vertrag im Falle der Nichtigerklärung ihrer Entscheidung, ein Auswahlverfahren für die Bewerber ohne Einhaltung der zwingenden Bekanntmachungsbestimmungen des BVergG und der in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Vergabeverfahren durchzuführen, durch das Bundesvergabeamt diesen Vertrag binnen eines Monats ab der Zustellung eines derartigen Bescheides des Bundesvergabeamtes aufkündigen wird.

2. 2.Ziffer 2

Die Antragsgegnerin ist berechtigt, im Falle der unter II. 1. genannten Kündigung mit dem bisherigen Vertragspartner die Geschäftsbeziehungen solange aufrecht zu erhalten, als es unbedingt notwendig ist, um die Versorgung der Öffentlichkeit mit einem jährlich erscheinenden Telefonverzeichnis sicherzustellen. Dieser Zeitraum darf 18 Monate nicht überschreiten. Diese Frist verlängert sich nicht durch die Dauer eines Vergabeverfahrens entsprechend den Bestimmungen des BVergG.Die Antragsgegnerin ist berechtigt, im Falle der unter römisch zwei. 1. genannten Kündigung mit dem bisherigen Vertragspartner die Geschäftsbeziehungen solange aufrecht zu erhalten, als es unbedingt notwendig ist, um die Versorgung der Öffentlichkeit mit einem jährlich erscheinenden Telefonverzeichnis sicherzustellen. Dieser Zeitraum darf 18 Monate nicht überschreiten. Diese Frist verlängert sich nicht durch die Dauer eines Vergabeverfahrens entsprechend den Bestimmungen des BVergG.

III. Diese einstweilige Verfügung tritt mit dem Zeitpunkt außer Kraft, in dem die Entscheidung des Bundesvergabeamtes der Antragsgegnerin in der Hauptsache zugestellt wird.römisch drei. Diese einstweilige Verfügung tritt mit dem Zeitpunkt außer Kraft, in dem die Entscheidung des Bundesvergabeamtes der Antragsgegnerin in der Hauptsache zugestellt wird.

Begründung:

Am 25. Juni 1997 hat die Erstantragstellerin beim Bundesvergabeamt die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 115 Abs. 1 und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 116 BVergG beantragt. Das Bundesvergabeamt hat mit Bescheid vom 27. Juni 1997, ZI N-11/97-5 eine einstweilige Verfügung erlassen, deren Wirkung am 15. Juli 1997 endet.Am 25. Juni 1997 hat die Erstantragstellerin beim Bundesvergabeamt die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 115, Absatz eins und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 116, BVergG beantragt. Das Bundesvergabeamt hat mit Bescheid vom 27. Juni 1997, ZI N-11/97-5 eine einstweilige Verfügung erlassen, deren Wirkung am 15. Juli 1997 endet.

Am 4. Juni 1997 hat die Zweitantragstellerin beim Bundesvergabeamt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 115 Abs. 1 und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 116 BVergG beantragt. Aufgrund der bereits erlassenen einstweiligen Verfügung ging letzterer Antrag ins Leere.Am 4. Juni 1997 hat die Zweitantragstellerin

beim Bundesvergabeamt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 115, Absatz eins und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 116, BVergG beantragt. Aufgrund der bereits erlassenen einstweiligen Verfügung ging letzterer Antrag ins Leere.

Aufgrund der Aktenlage, der schriftlichen Vorbringen der Parteien und der Beteiligten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 1997 steht fest, daß die hier zu beantwortende Rechtsfrage, ob ein Vertrag wie der verfahrensgegenständliche den Bestimmungen des BVergG unterliegt, die Beantwortung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorfrage voraussetzt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, daß zwischen den Parteien streitig ist, ob der verfahrensgegenständliche Vertrag eine Dienstleistung oder eine "Dienstleistungskonzession" zum Gegenstand hat. Da eine Bereichsausnahme für eine "Dienstleistungskonzession" in Art. 1 Abs. 4 lit c der Richtlinie 93/38/EWG fehlt, ist auf Grund der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation des BVergG der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 1 Z 8 BVergG an gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben zu messen. Daher ist mangels einer Judikatur zu dieser konkreten Frage im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 177 Abs. 3 EGV zu ermitteln, ob ein Vertrag wie der verfahrensgegenständliche dem sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG oder allenfalls der Richtlinie 92/50/EWG unterliegt. Aufgrund der Aktenlage, der schriftlichen Vorbringen der Parteien und der Beteiligten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 1997 steht fest, daß die hier zu beantwortende Rechtsfrage, ob ein Vertrag wie der verfahrensgegenständliche den Bestimmungen des BVergG unterliegt, die Beantwortung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorfrage voraussetzt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, daß zwischen den Parteien streitig ist, ob der verfahrensgegenständliche Vertrag eine Dienstleistung oder eine "Dienstleistungskonzession" zum Gegenstand hat. Da eine Bereichsausnahme für eine "Dienstleistungskonzession" in Artikel eins, Absatz 4, Litera c, der Richtlinie 93/38/EWG fehlt, ist auf Grund der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation des BVergG der Ausnahmetatbestand des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG an gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben zu messen. Daher ist mangels einer Judikatur zu dieser konkreten Frage im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Artikel 177, Absatz 3, EGV zu ermitteln, ob ein Vertrag wie der verfahrensgegenständliche dem sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG oder allenfalls der Richtlinie 92/50/EWG unterliegt.

Daher war das Verfahren gemäß § 38 AVG auszusetzen. Gemäß § 38 a AVG ist die entscheidende Behörde verpflichtet, im Falle der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 177 EGV bis zum Einlangen der Vorabentscheidung nur solche Verfahrenshandlungen vorzunehmen oder Entscheidungen zu treffen, die durch die Vorabentscheidung nicht beeinflußt werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten. Dies entspricht auch dem Gebot der Effektivität des nationalen Rechtsschutzverfahrens, wie es in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG niedergelegt ist. Daher war das Verfahren gemäß Paragraph 38, AVG auszusetzen. Gemäß Paragraph 38, a AVG ist die entscheidende Behörde verpflichtet, im Falle der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Artikel 177, EGV bis zum Einlangen der Vorabentscheidung nur solche Verfahrenshandlungen vorzunehmen oder Entscheidungen zu treffen, die durch die Vorabentscheidung nicht beeinflußt werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten. Dies entspricht auch dem Gebot der Effektivität des nationalen Rechtsschutzverfahrens, wie es in Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665/EWG niedergelegt ist.

Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat, wäre es jedoch auf Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Bereitstellung von aktuellen Telefonverzeichnissen für die Teilnehmer unbillig, der Antragsgegnerin für die Dauer eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH den Abschluß von Verträgen, die auf die Bereitstellung derartiger Verzeichnisse gerichtet sind, überhaupt zu untersagen.

Andererseits wäre es unbillig, allein auf Grund dieses öffentlichen Interesses der Antragsgegnerin zuzugestehen, unter Außerachtlassung der Bestimmungen des BVergG einen unbefristeten Leistungsvertrag (Punkt 19, Seite 7 des vorgelegten Entwurfes für einen Konzessionsvertrag, Beilage zu den Akten der Bundes-Vergabekontrollkommission ZI S-43/97 und S-44/97) schließen zu dürfen, obwohl die Anwendbarkeit des BVergG auf den vorliegenden Sachverhalt wenn schon nicht zwingend, so jedenfalls denkmöglich ist. Für den Fall, daß der Abschluß des verfahrensgegenständlichen Vertrages doch den Bestimmungen des BVergG unterliegen sollte, hat die Antragsgegnerin wesentliche Vorschriften dieses Bundesgesetzes verletzt. Daher war auch dem Rechtsschutzinteresse der Antragsteller Rechnung zu tragen.

Gemäß § 116 Abs. 4 BVergG kann das Bundesvergabeamt mittels einstweiliger Verfügung das gesamte

Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend aussetzen oder sonstige geeignete Maßnahmen anordnen (Hervorhebung durch den Senat). Gemäß Paragraph 116, Absatz 4, BVergG kann das Bundesvergabeamt mittels einstweiliger Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend aussetzen oder sonstige geeignete Maßnahmen anordnen (Hervorhebung durch den Senat).

Daher war der Antragsgegnerin der Vertragsabschluß nur unter Auflagen zu gestatten. Diese Auflagen stellen sicher, daß für den Fall, daß der Abschluß dieses Leistungsvertrages den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes unterliegt, dieser Vertrag innerhalb eines Zeitraumes, der mit dem oben angeführten öffentlichen Interesse vereinbar ist, zu beenden ist. Damit werden die Voraussetzungen geschaffen, um ein in diesem Fall notwendiges Vergabeverfahren entsprechend den Bedingungen des Bundesvergabegesetzes durchzuführen. Da es mit der nützlichen Wirkung ("effet utile") das Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar wäre, die zeitliche Wirkung der einstweiligen Verfügung nicht soweit zu erstrecken, daß die Entscheidung des EuGH noch einen tatsächlichen Eingriff in den Vertrag ermöglicht, war davon auszugehen, daß die Bestimmungen des § 38 iVm § 38 a AVG den Ablauf der in § 116 Abs. 5 genannten Frist für die Dauer der Aussetzung hemmt. Allerdings ist auch diese Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Daher war der Antragsgegnerin der Vertragsabschluß nur unter Auflagen zu gestatten. Diese Auflagen stellen sicher, daß für den Fall, daß der Abschluß dieses Leistungsvertrages den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes unterliegt, dieser Vertrag innerhalb eines Zeitraumes, der mit dem oben angeführten öffentlichen Interesse vereinbar ist, zu beenden ist. Damit werden die Voraussetzungen geschaffen, um ein in diesem Fall notwendiges Vergabeverfahren entsprechend den Bedingungen des Bundesvergabegesetzes durchzuführen. Da es mit der nützlichen Wirkung ("effet utile") das Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar wäre, die zeitliche Wirkung der einstweiligen Verfügung nicht soweit zu erstrecken, daß die Entscheidung des EuGH noch einen tatsächlichen Eingriff in den Vertrag ermöglicht, war davon auszugehen, daß die Bestimmungen des Paragraph 38, in Verbindung mit Paragraph 38, a AVG den Ablauf der in Paragraph 116, Absatz 5, genannten Frist für die Dauer der Aussetzung hemmt. Allerdings ist auch diese Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

Somit hat das Bundesvergabeamt in Erfüllung seiner Verpflichtung gemäß § 116 Abs. 4 BVergG die gelindeste zum Ziel führende Maßnahme ergriffen. Somit hat das Bundesvergabeamt in Erfüllung seiner Verpflichtung gemäß Paragraph 116, Absatz 4, BVergG die gelindeste zum Ziel führende Maßnahme ergriffen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Maßnahmen, Interessenabwägung, Vorabentscheidung, Auflagen; Einstweilige Verfügung, Frist, Außerkrafttreten, Vorabentscheidung, Hemmung des Ablaufs;

Dokumentnummer

VERGT_19970710_N_11_97_20_00

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