

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

27.12.2007

Geschäftszahl

N/0126-BVA/08/2007-EV7

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 27.12.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die Antragsgegnerin und Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Ausschreibung Beschallungsanlage Hauptbahnhof Innsbruck, 23/6000122510", über den am 20.12.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die anwaltlich vertretene Antragstellerin A***, in Miterledigung des Gegenantrags der anwaltlich vertretenen Auftraggeberin gemäß § 59 Abs 1 AVG, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem von der Antragstellerin am 20.12.2007 gestellten und im Akt des Bundesvergabeamts mit der Geschäftszahl N/0126-BVA/08/2007 in Papierform abgelegten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

wird teilweise
stattgegeben.

Der Auftraggeberin ist die Erklärung des Widerrufs im Vergabeverfahren "Ausschreibung Beschallungsanlage Hauptbahnhof Innsbruck, 23/6000122510" für die Dauer des beim Bundesvergabeamts zur GZ N/0126-BVA/08/2007 zu führenden Nachprüfungsverfahrens untersagt, dies allerdings längstens bis zum Ablauf des 31.1.2008. Das zeitlich nur für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens formulierte Begehren auf Untersagung des Widerrufs bei sonstiger Exekution wird, soweit über den vorstehend stattgebenden Spruch hinausgehend, abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328, 329 und 330 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/84; § 345 Abs 13 BVergG 2006 BGBl I 2007/86

Begründung

Sachverhalt samt Parteinovorbringen und Verfahrensgang:

Die anwaltlich vertretene Antragstellerin beehrte beim Bundesvergabeamt am 20.12.2007 die Nichtigerklärung einer mit 14.12.2007 datierten und am 17.12.2007 per Telefax an die Antragstellerin versandten Widerrufsentscheidung in dem im Spruch ersichtlichen Vergabeverfahren.

Zur Absicherung dieses Rechtsgestaltungsbegehrens trug sie das Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) vor, der [Auftraggeberin] bis zur Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren den Widerruf des Vergabeverfahrens bei sonstiger Exekution zu untersagen.

Die Auftraggeberin führt hinsichtlich der vorgenannten Widerrufsentscheidung seit Juni 2007 ein Verhandlungsverfahren durch, das kurz als "Ausschreibung Beschallungsanlage (Hauptbahnhof Innsbruck) 23/6000122510" bezeichnet wird und in dem die Planung und Ausführung einer Beschallungsanlage in der Kunden- und Schalterhalle des Hauptbahnhofs in Innsbruck vergabegegenständig ist.

Die Antragstellerin ist nach den Angaben der Auftraggeberin vom 21.12.2007 bislang nicht ausgeschieden worden; sie ist daher eine am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmerin iS des § 279 Abs 1 BVergG 2006.

Die Auftraggeberin versandte zuvor am 6.12.2007 eine Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren, die beim Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren N/0122-BVA/08/2007 angefochten wurde.

Am 17.12.2007 versandte die Auftraggeberin wie gesagt die angefochtene Widerrufsentscheidung betreffend das streitgegenständliche Vergabeverfahren, wobei damit die schlüssige Zurücknahme der zuvor angefochtenen Zuschlagsentscheidung nahe liegt, jedoch ex lege das Versenden einer Zuschlagsentscheidung und gleichzeitig einer Widerrufsentscheidung mit dem nachmaligen Wahlrecht des Auftraggebers nach Ablauf der jeweiligen Stillhaltefristen nicht zur Gänze denkunmöglich ist.

Die Widerrufsentscheidung vom 17.12.2007 wurde nach dem Vorbringen der Auftraggeberin und amtlicher Einschau ins Firmenbuch im Verfahren N/0122-BVA/08/2007 durch den laut Firmenbuch am 14.12.2007 nur kollektiv zeichnungsbefugten Prokuristen der vergebenden Stelle, Herrn We***, gefertigt.

Die Auftraggeberin legte dazu, protokolliert gemäß § 13 Abs 5 AVG am 27.12.2007, eine Erklärung des Alleingeschäftsführers der vergebenden Stelle, der ÖBB-Dienstleistungs GmbH vor, wonach der die Widerrufsentscheidung fertigende Kollektivprokurist - auf Basis einer über seine Prokura hinausgehenden sonstigen Alleinvertretungsbefugnis - die Widerrufsentscheidung rechtsverbindlich gefertigt habe.

In der Widerrufsentscheidung ist als sachlicher Grund für den beabsichtigten Widerruf angeführt, dass eine erst nachträglich hervorgetretene Änderung der Kalkulationsgrundlagen zum Widerruf zwingt; es sei nämlich eine Änderung der möglichen und zulässigen Lautsprecherpositionen [nachträglich] offenbar geworden.

In der Stellungnahme zum Nachprüfungs- und eV - Antrag vom 21.12.2007 konkretisierte die Auftraggeberin den Widerrufsgrund dahingehend, dass am 6.12.2007 nach Versenden der Zuschlagsentscheidung bewusst wurde, dass gewisse Montagepositionen für die Beschallungsanlagen bereits als Werbeflächen an private Unternehmen vermietet worden wären und daher die Auftraggeberin die entsprechende Vertretungsbefugnis/Verfügungsbefugnis bei der ursprünglichen Ausschreibung gefehlt hätte. Die erforderliche Neupositionierung würde zu Mehrkosten von 20% führen. Es wäre eine wesentliche Änderung der Ausschreibung notwendig, weil zB leistungsstärkere Boxen für Einzellautsprecher hinsichtlich dieser Änderungen erforderlich wären.

Eine Änderung des Leistungsgegenstands in diesem Vergabeverfahren wäre vergaberechtlich unzulässig.

Die Auftraggeberin hat in ihren bisherigen Eingaben jedenfalls nicht jene Mietverträge mit privaten Werbeinteressenten vorgelegt, die die nunmehrige Änderung des Leistungsgegenstands bedingen sollen. Sie hat auch nicht dargelegt, wer inwieweit über den Montageort laut Ausschreibung verfügen darf, bzw dass ihr die Vorlage der fraglichen Mietverträge unmöglich wäre.

Sonstige Interessen iS des § 329 Abs 1 BVergG 2006 wider die eV hat die Auftraggeberin nicht vorgebracht bzw sind derartige Interessen auch sonst nicht erkennbar.

Die Antragstellerin gab als Interessen iS des § 329 Abs 1 BVergG 2006 - in einer Gesamtbewertung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes, lfd Nr 1 des Akts, an, dass ihr im Widerrufsfall die Zuschlagschance und insbesondere damit ein Referenzauftrag zu entgehen drohe, dass damit betragsmäßig ein Gewinnentgang in Höhe von mindestens 10.000 Euro drohe; weiters nicht kompensierbare Auslastungsdefizite von zumindest 5.000 Euro; und frustrierte Kosten für den bisherigen Aufwand in Höhe von zumindest 7.000 Euro.

Insbesondere würde ihr im Falle des Widerrufs der Referenzauftrag endgültig entgehen.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Verwaltungsakten des Bundesvergabeamts N/0122-BVA/08/2007 und N/0126-BVA/08/2006, wobei die Vergabeunterlagen iS des § 313 BVergG 2006 bislang noch keinesfalls vollständig vorgelegt wurden, siehe zB die fehlende Vorlage der Dokumentation über die angeblich wegen anderweitiger Mietverträge nunmehr für die Montage der Beschallungsanlage nicht mehr nutzbaren Flächen.

Rechtliche Beurteilung:

Nach den vorliegenden Unterlagen leitete die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren 2007 ein, womit gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, kundgemacht in BGBl I 2007/86 eben die Stammfassung des BVergG 2006, wie in

BGBI I 2006/17 verlautbart, unter Berücksichtigung der Kassationskundmachung BGBI I 2007/84 anzuwenden ist. Paragraphenangaben ohne Gesetzesbezeichnung beziehen sich daher im Folgenden auf die Stamfassung des BVergG 2006.

Über den mit diesem Bescheid erledigten Antrag auf einstweilige Verfügung (= eV) hat gemäß § 306 Abs 1 - wegen der kurzen Entscheidungsfrist gemäß § 330 Abs 3 sachgerecht - der gemäß Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts (=BVA) zuständige Senatsvorsitzende allein zu entscheiden.

Damit ist für die nachstehenden Rechtsausführungen, sofern sie sowohl für die Beurteilung des eV - Antrags als auch für die Nichtigerklärungsbegehren bedeutsam sind, vorzuschicken, dass selbige - rechtlich - nur für die Erledigung des eV-Antrags gelten; ohne dass die hier vorgenommenen Tatsachen- und Rechtsausführungen die Senatsentscheidung über den Nichtigerklärungsantrag gemäß §§ 303 Abs 1 und 305 Abs 1 in irgendeiner Weise bindend präjudizieren.

Zur Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 ist festzuhalten, dass diese und insbesondere auch die Vergaberechtsunterworfenheit der Auftraggeberin - genauso wie die Strittigkeit einer Vergabe nach den Sektorenvergabebestimmungen - bislang nicht bestritten wurden - § 313 BVergG 2006.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren 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 eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen.

Die Antragstellerin beehrte mit dem am 20.12.2007 protokollierten eV - Antrag das im Sachverhalt wiedergegebene Begehren. Dieses Begehren ist gemäß § 13 AVG - iS der gebotenen objektiven Auslegung von Parteierklärungen im Verwaltungsverfahren - unzweifelhaft als Begehren dahin zu verstehen, dass die Antragstellerin - iS des § 328 Abs 5 Z 2 BVergG 2006 - einen Widerruf des Vergabeverfahrens vorläufig verhindern will.

Diesbezüglich ist generell vorzuschicken, dass die eV im Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 - gleich wie im BVergG 2002 und im BVergG 1997 - den Zweck hat, dass durch die zu verfügenden Provisorialmaßnahmen bei Vorliegen der sonstigen gesetzlich erforderlichen Stattgabevoraussetzungen verhindert wird, dass der mit dem Nichtigerklärungsbegehren vorgetragene Rechtsgestaltungsantrag (auf Aufhebung und damit Beseitigung der jeweils angefochtenen Entscheidung aus dem Rechtsbestand) vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsgestaltungsbegehren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 - so wie hier im Falle des hier drohenden Widerrufs - zulässig bleibt.

Der vorgetragene Sicherungsantrag auf Untersagung des Widerrufs ist auf Basis der insoweit singulär begehrten Maßnahme ein und insgesamt auch das gelindeste Mittel gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006, das geeignet erscheint, den Widerruf derzeit für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu verhindern und damit den der Antragstellerin drohenden Grundschaden der Vereitelung ihrer Zuschlagschance in diesem Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu verhindern.

Das Widerrufsverbot war daher unter Berücksichtigung der aktuellen, den Primärrechtsschutz sehr effektiv sichernden Spruchpraxis der Höchstgerichte - siehe dazu VfGH 11.12.2007, B- 2298/07-5 sowie VwGH AW 11.12.2007, 2007/04/0054-4 - grundsätzlich zu verhängen, bis abgeklärt ist, ob die angefochtene Widerrufsentscheidung wirksam - mit ausreichender Vertretungsmacht - erklärt wurde und ob insbesondere tatsächlich sachliche Gründe für den Widerruf tatsächlich vorliegen; um eben das Risiko zu vermeiden, dass der Rechtsgestaltungsantrag der Antragstellerin vor der Klärung dessen Begründetheit bzw Zulässigkeit endgültig - gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 - vernichtet werden könnte, weil das Bundesvergabeamt keine eV verhängt hätte.

Relevante Interessen der Auftraggeberin stehen diesem Verbot nicht entgegen, zumal die Auftraggeberin in der angefochtenen Widerrufsentscheidung selbst ausführt, dass ein Termin für den geplanten Neustart des [Vergabe-] Verfahrens noch nicht absehbar wäre.

Die relativ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristete eV ergibt sich ex lege aus der gesetzlichen Befristung der eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006. Die Höchstfrist von 6 Wochen ergibt sich daraus, dass einerseits dieser Entscheidungszeitraum gemäß § 326 BVergG 2006 für die Entscheidung über das Nichtigkeitsbegehren vom Gesetzgeber in § 326 BVergG 2006 als ohnehin schon sehr kurzer - gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 allerdings verlängerbarer - Entscheidungszeitraum festgeschrieben ist und derzeit keine kürzere Dauer des Nachprüfungsverfahrens auch nur mit annähernder Sicherheit prognostiziert werden kann;

dass aber andererseits derzeit auch nicht erkennbar ist, dass das Bundesvergabeamt länger als diesen Zeitraum benötigen würde, um die sich auf Basis des aktuellen Parteivorgangs stellenden Sach- und Rechtsfragen zu klären, sofern nicht - insbesondere zB im Falle der Notwendigkeit der Beiziehung von Sachverständigen - über eine allfällige Verlängerung der Provisorialmaßnahme - gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 gesondert zu befinden sein wird;

daher die Abweisung des Mehrbegehrens;

wobei im derzeit definierten Untersagungszeitraum auf Basis der in diesem Zeitraum erfolgenden oder aber nicht erfolgenden Mitwirkung der Verfahrensparteien an der Wahrheitsfindung auf deren jeweilige Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 für oder wider eine allenfalls zur Verlängerung bzw sofortige - auch amtswegige - Aufhebung der derzeit verhängten Provisorialmaßnahme geschlossen wird werden können - § 313 BVergG 2006.