

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

09.01.2008

Geschäftszahl

N/0001-BVA/12/2008-5

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, betreffend die Auftragsvergabe "Implementierung eines Unternehmensservice in Niederösterreich, OE/16-44120-Stab/2007" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Niederösterreich, Abteilung: N 2, Grenzgasse 11, Top 3, 3100 St. Pölten, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 28. Dezember 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Fortführung des Vergabeverfahrens zu untersagen sowie das Vergabeverfahren aussetzen; in eventu das gesamte gegenständliche Vergabeverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens aussetzen; in eventu dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote zu untersagen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird.

Im übrigen Umfang wird der Antrag abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG 2006

Begründung

Die Antragsteller stellten am 28. Dezember 2007, gemäß § 13 Abs 5 AVG am 2. Jänner 2008 beim BVA eingelangt, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren einen Antrag auf Nichtigerklärung der am

20. bzw. 27. Dezember 2007 bekanntgegebenen "Nicht-Zulassung zur Teilnahme". Zur Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung führten sie im Einzelnen nachfolgende Gründe an:

Gemäß § 103 Abs 7 BVergG habe eine rechtskonforme und gültige "Nicht- Zulassung zur Teilnahme" die Gründe für die Nichtzulassung zu beinhalten. Dabei sei insbesondere eine Individualisierung der Gründe für die Ablehnung des Teilnahmeantrages erforderlich. Der Auftraggeber habe diesen Erfordernissen weder mit der Mitteilung vom 20. Dezember 2007 noch in der – nach entsprechendem Hinweis durch die Antragsteller erteilten – Mitteilung vom 27. Dezember 2007 entsprochen.

Der Auftraggeber habe zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit Mindestanforderungen herangezogen, die in weiterer Folge auch in der Auswahlentscheidung berücksichtigt worden seien. Dabei handle es sich grundsätzlich um eine unzulässige Doppelverwertung.

Weiters sei festzuhalten, dass durch die Festlegung des Auswahlkriteriums "Beratungserfahrung" ein in unzulässiger Weise nivellierender Auswahlaspekt festgelegt werde. Im Hinblick auf die geforderten Mindestanforderungen sei festzuhalten, dass jedes Referenzprojekt jedenfalls das Kriterium der "Beratungserfahrung" erfülle. Die Verwendung eines derartigen Kriteriums sei für sich rechtswidrig.

Auswahlkriterien müssten der Transparenz und der Objektivität dienen und zur Beurteilung nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sein. Selbst im Hinblick auf die Bestandkraft von Auftraggeberfestlegungen sei festzustellen, dass die vorliegenden Auswahlkriterien teilweise einen rechtswidrig weiten Bewertungsspielraum beinhalten und als unzulässige Worthülsen anzusehen seien.

Schließlich sei auch die konkrete Bewertung der Antragsteller aus verschiedenen Gründen nicht nachvollziehbar. Auch zu den weiteren Auswahlkriterien hinsichtlich der Referenzen sei die Bewertung der Antragsteller zu ihren Lasten unrichtig erfolgt. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass die den Antragstellern vorgelegte Berechnung und die darin aufscheinenden Punktezahlen in keiner Weise mit den Angaben im Teilnahmeantrag korrespondieren bzw. in Einklang zu bringen seien. Es sei daher davon auszugehen, dass das Bewertungsverfahren insgesamt in Abweichung von den eigenen, bestandfest gewordenen Festlegungen des Auftraggebers durchgeführt worden sei.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachten die Antragsteller insbesondere vor, dass der Auftraggeber unmittelbar vor Weiterführung des Vergabeverfahrens durch Aufforderung zur Angebotsabgabe der von ihm ermittelten drei Bewerberinnen für die zweite Verfahrensstufe stehe bzw. diese bereits durchgeführt habe. Bei unverminderter Weiterführung des Vergabeverfahrens wäre es den Antragstellern allerdings trotz der geäußerten rechtlichen Bedenken nicht möglich, unter gleich behandelnden Voraussetzungen am Vergabeverfahren teilzunehmen. Es handle sich bei der beantragten Maßnahme um die gelindeste, noch zum Ziel führende, da nur dadurch verhindert werden könne, dass die Antragsteller sich mit gleichen Chancen wie die übrigen Bieter am Vergabeverfahren beteiligen könnten. Es sei daher notwendig, das gesamte Vergabeverfahren auszusetzen.

Der Auftraggeber erstattete am 8. Jänner 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und trat den seitens der Antragsteller behaupteten Rechtswidrigkeiten entgegen. Zur beantragten einstweiligen Verfügung wurde dagegen nicht Stellung genommen.

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, Kategorie 11 Anhang III, iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 1.133.333,- (ohne Ust) und liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass den Antragstellern die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes

öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragsteller beabsichtigt ist bzw bereits eingeleitet wurde. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von den Antragstellern relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen werden können, wodurch ihnen auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher – bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG – Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragsteller ermöglicht.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ist aber für das BVA nicht erkennbar, zumal auch der Auftraggeber kein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens dargelegt hat.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragsteller den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragsteller ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Entgegen den Ausführungen der Antragsteller erscheint es jedoch nicht erforderlich, dem Auftraggeber jedes Tätigwerden im vorliegenden Vergabeverfahren zu untersagen, zumal eine solche Maßnahme auch zur Folge hätte, dass es dem Auftraggeber nicht möglich wäre, die Antragsteller nachträglich zur Angebotsabgabe aufzufordern. Daher war anstelle der beantragten Untersagung der Fortführung bzw. Aussetzung des Vergabeverfahrens die (eventualiter begehrte) Untersagung der Angebotsöffnung als die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG zu verfügen.