



GZ: N/0057-BVA/13/2011-EV9

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „GIS Inkassodienstleistungen“ der Auftraggeberin GIS Gebühren Info Service GmbH, Operngasse 20b, 1040 Wien, vertreten durch X\*\*\*, aufgrund des Antrages der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, wie folgt entschieden:

Dem Antrag vom 24. Juni 2011 "*dem Auftraggeber, GIS Gebühren Info Service GmbH, wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen, in eventu, falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht statt geben sollte, wird untersagt, Teilnehmer zur 2. Stufe bzw. zu Erstgesprächen einzuladen, und die Angebotsfrist für die Abgabe des 1. Angebots, das für 28.06.2011 vorgesehen ist, aufrecht zu erhalten, sodass die Angebotsfrist auszusetzen ist*" wird gemäß § 328 BVergG 2006 stattgegeben. Der Auftraggeberin ist es für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen.

## **B e g r ü n d u n g**

### *1. Vorbringen der Parteien*

Mit Schreiben vom 24. Juni 2011, beim BVA eingelangt am 27. Juni 2011, begehrte die Antragstellerin "das Bundesvergabeamt wolle das Ausscheiden des Teilnahmeantrags der A\*\*\* im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession „Inkassodienstleistungen" für nichtig erklären", eine mündliche Verhandlung anberaumen, die im Spruch zitierte einstweilige Verfügung erlassen sowie der Auftraggeberin den Pauschalgebührenersatz auferlegen.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass sie von der Auftraggeberin zur Abgabe eines Teilnahmeantrags im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dienstleistungskonzession „Inkassodienstleistungen" im Rahmen eines 2-stufigen nicht offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach den Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 eingeladen worden sei. Die Antragstellerin habe einen entsprechenden Teilnahmeantrag gelegt. Mit Schreiben vom 16.06.2011, zugestellt am 16.06.2011 im elektronischen Wege, sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass der Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden könne, bzw. dass die Antragstellerin von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei.

Die Entscheidung der Ausscheidung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin erweise sich als rechtswidrig. Entgegen der Auffassung von GIS sei dem Schreiben vom 07.06.2011, in dem anscheinend irrtümlich von der Antragstellerin eine Urkunde zur Vorlage abgefordert worden sei, auf deren damalige Existenz, konkret zum Zeitpunkt der Überreichung des Teilnahmeantrages, sich die Antragstellerin tatsächlich gar nicht berufen habe, nicht nur entsprochen worden, vielmehr sei nicht zuletzt auch im Sinne des § 70 BVergG bereits die Bestätigung der Versicherung über die Erhöhung der Pauschalversicherungssumme auf EUR 2.000.000,00 mit Wirkung vom 01.07.2011, somit 6 Monate vor dem tatsächlich geforderten Beginn

der Versicherungsdeckung, in Vorlage gebracht worden. Ungeachtet dessen gelange die GIS zu der unhaltbaren Rechtsauffassung, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe über die geforderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ebenso wenig verfügt habe, wie zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeunterlagen (07.06.2011).

Im Zuge der Benachrichtigung der Antragstellerin seitens der Auftraggeberin vom 16.06.2011 werde weiters mitgeteilt, dass bei einer unpräjudiziellen Durchsicht und Bewertung der Unterlagen die Antragstellerin ohnehin an 4. Stelle zu reihen gewesen wäre, da eine A1-Telekom Referenz nicht gewertet werden könne. Tatsache sei, dass dem Teilnahmeantrag seitens der Antragstellerin bereits die geforderten Referenzen beigefügt worden seien. Der anscheinend seitens der Auftraggeberin erhobene Vorwurf, dass der Hinweis zur Referenz der A1-Telekom Austria nicht firmenmäßig gefertigt sei, erweise sich schon allein deswegen als haltlos, als dies weder in den Ausschreibungsunterlagen gefordert worden sei, vielmehr sei von Formfreiheit auszugehen, noch eine entsprechende Nachreichung hinreichend konkretisiert von der Antragstellerin gefordert worden sei.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die Möglichkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung für die Antragstellerin nur derart gewahrt werden könne, dass im Zuge einer einstweiligen Verfügung bis zur Rechtskraft der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren der GIS Gebühren Info Service GmbH untersagt werde, weitere Bewerber in der 2. Verfahrensstufe einzuladen, ein Anbot abzugeben, bzw. das Vergabeverfahren fortzusetzen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Juni 2011 (welches auch der Antragstellerin elektronisch übermittelt wurde) gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die GIS Gebühren Info Service GmbH sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 608.000,-, die in einem nicht offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Bekanntmachung sei am 4. Mai 2011 bzw am 6. Mai 2011 erfolgt. Da es sich um eine Dienstleistungskonzession handle, sei das Bundesvergabeamt für das Nachprüfungsverfahren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung

unzuständig. Im Übrigen seien die beantragten Maßnahmen überschießend, da auch die Untersagung der Zuschlagserteilung beziehungsweise die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung möglich und das gelindere Mittel sei. Außerdem seien mittlerweile die ausgewählten Interessenten bereits zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Sie würden bereits die Details der Angebotsunterlagen kennen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 30. Juni 2011 brachte diese im Wesentlichen vor, dass es sich bei dem gegenständlichen Auftrag nicht um eine Dienstleistungskonzession handeln würde. Zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ergänzte die Antragstellerin, dass dieser für den Zeitraum bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebeamten, längstens bis 20. August 2011 erlassen werden solle.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

## *2. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)*

Die GIS Gebühren Info Service GmbH hat zur Beschaffung von Inkassodienstleistungen einen Auftrag im Wege eines nicht offenen Verfahrens nach vorheriger Bekanntmachung mit einem geschätzten Auftragswert von € 608.000,-- ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat einen Teilnahmeantrag gestellt. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 16. Juni 2011 mitgeteilt, dass ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden kann und ausgeschieden wird. (Schreiben der Antragstellerin vom 24. Juni 2011; Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Juni 2011)

## *3. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:*

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass

sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 16. Juni 2011 elektronisch übermittelten gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt (siehe Schreiben der Antragstellerin vom 24. Juni 2011, S. 2). Der Nachprüfungsantrag ist am 27. Juni 2011 beim BVA eingelangt und somit unter Berücksichtigung von § 56 Abs 6 BVergG 2006 rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt – soweit im Provisorialverfahren ersichtlich – auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

#### *4. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung*

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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. 3 BVergG 2006 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.

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, es handle sich um eine Dienstleistungskonzession und deshalb sei das Bundesvergabeamt im gegenständlichen Fall unzuständig, so ist ihr entgegenzuhalten, dass die Frage ob es sich tatsächlich um eine Dienstleistungskonzession handelt oder nicht erst im nachfolgenden Hauptverfahren nach Durchführung entsprechender Ermittlungen, nicht jedoch im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantwortet werden kann. Es wird daher vorläufig davon ausgegangen, dass das Bundesvergabeamt im gegenständlichen Fall nicht unzuständig ist.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt: *"Dem Auftraggeber GIS Gebühren Info Service GmbH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen, in eventu, falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht statt geben sollte, wird untersagt, Teilnehmer zur 2. Stufe bzw. zu Erstgesprächen einzuladen, und die Angebotsfrist für die Abgabe des 1. Angebots, das für 28.06.2011 vorgesehen ist, aufrecht zu erhalten, sodass die Angebotsfrist auszusetzen ist."*

Da die Antragstellerin nicht zur Teilnahme zugelassen wurde, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht

kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie etwa infolge des Informationsvorsprunges anderer Bieter ein Schaden, der nur durch das Untersagen des Vergabeverfahrens fortzusetzen abgewendet werden kann.

Die Auftraggeberin hat zusammengefasst gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vorgebracht, dass die beantragten Maßnahmen überschießend seien, da auch die Untersagung der Zuschlagserteilung beziehungsweise die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung möglich und das gelindere Mittel sei. Außerdem seien mittlerweile die ausgewählten Interessenten bereits zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Sie würden bereits die Details der Angebotsunterlagen kennen.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Dies insbesondere deshalb, weil mittlerweile die ausgewählten Interessenten bereits zur Angebotsabgabe eingeladen worden sind, diese bereits die Details der Angebotsunterlagen kennen, entsprechend den Ausschreibungsunterlagen bereits am 28.6.2011 die Angebote abzugeben waren und geplant ist, in der Kalenderwoche 27 Verhandlungen mit den Bietern zu führen. Diese würden dadurch einen (noch größeren) Informationsvorsprung gegenüber der Antragstellerin erhalten. Daher erscheint die beantragte Maßnahme der Untersagung des Vergabeverfahrens fortzusetzen nötig und geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup> [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Wien, am 1. Juli 2011

Der Vorsitzende des Senats 13:

MR Mag. Thomas Gruber