

TE Verg Bescheid 2013/5/22 N/0038-BVA/10/2013-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.05.2013

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3 idF 2010/I/15

BVergG 2006 §329 Abs4 idF 2010/I/15

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Beschaffung von Hygienepapier GZ 4805 01960" der Auftraggeber Republik Österreich (Bund), Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle sowie der Auftraggeber gemäß den Teilnahmebedingungen beiliegender Kundenliste vertreten durch die Finanzprokuratur eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Beschaffung von Hygienepapier GZ 4805 01960" der Auftraggeber Republik Österreich (Bund), Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle sowie der Auftraggeber gemäß den Teilnahmebedingungen beiliegender Kundenliste vertreten durch die Finanzprokuratur eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch:

X*** Rechtsanwälte GmbH vom 14. Mai 2013 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "den AG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen und den Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge im Sinne einer Fortlaufshemmung auszusetzen, in eventu jeweils für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den AG die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen oder den Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge im Sinne einer Fortlaufshemmung auszusetzen", wird stattgegeben.

Den Auftraggebern, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Hygienepapier GZ 4805 01960", die Teilnahmeanträge zu öffnen. Der Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Sinne einer Fortlaufshemmung ausgesetzt.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 14. Mai 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung gesamten Teilnahmeunterlagen, in eventu der Rz 8-12, 20, 67, 74-78, 82-86, 98, 101-114, 132 der Teilnahmebedingungen und die im Teilnahmeschreiben auf Seite 1, in Punkt 5 enthaltene Festlegung "dass für den Fall, dass wir die Ausschreibungsunterlagen nicht direkt von der BBG bezogen haben und es aus welchen Gründen auch immer zu Meinungsverschiedenheiten auf Grund unterschiedlicher Ausschreibungsunterlagen kommt, ausschließlich das im Vergabeakt der BBG aufliegende Original gelten soll". Nach Darstellung des Sachverhalts führt die Antragstellerin aus, dass der Auftrag ein wesentliches Referenzprojekt darstelle. Bereits mit der Einholung der Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Überdies habe sie zeitgerecht Fragen an die Auftraggeberin gerichtet. Sie habe daher Interesse am Vertragsabschluss. Sie sei im Stande, einen derartigen Auftrag abzuwickeln. Die Antragstellerin werde durch mehrere Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen gehindert, sich erfolgreich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Dies seien die Rz 8-12, 20, 67, 74-78, 81-86, 98-114 und 132 sowie Punkt 5 auf Seite 1 des Teilnahmeschreibens. Als drohenden Schaden machte die Antragstellerin den Entgang des Gewinns bzw von Deckungsbeiträgen, den Verlust eines Referenzprojekts und die bisher entstandenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie Rechtsberatungskosten in der Höhe von ca Euro 4.000. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Teilnahme am Vergabeverfahren, eine gesetzmäßige und vergaberechtskonforme Ausschreibung, Eignungskriterien sowie Auswahlkriterien, Abschluss der Rahmenvereinbarung, ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie des Diskriminierungsverbotes, Beachtung der Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbes, Ausschreibungsunterlagen, in denen keine unangemessenen bzw. nicht durch den Auftragsgegenstand erforderlichen Anforderungen hinsichtlich Eignung und Auswahl der Bewerber enthalten sind und Gleichbehandlung aller Bewerber. Zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen und nicht über das vernünftiger Weise erforderliche Maß hinausgehen dürften. Es dürfe nur verlangt werden, was für eine ordnungsgemäße Erbringung des Auftrags erforderlich sei. Dies gelte auch für die Auswahl der Bewerber. Der Auftraggeber müsse den Auftragsgegenstand entsprechend dem tatsächlich feststehenden Beschaffungsbedarf festlegen. Der in Rz 8-12 der Teilnahmebedingungen festgelegte Beschaffungsbedarf liege etwa 50 % über dem tatsächlich feststehenden Beschaffungsbedarf. Tatsächlich habe die vergebende Stelle den Ausschreibungsgegenstand nicht aufgrund konkret gemeldeter Beschaffungsaufträge der angeführten Auftraggeber festgesetzt, sondern ohne Rücksicht auf das Fehlen konkreter Aufträge für die Beschaffung der ausschreibungsgegenständlichen Hygieneartikel mutmaßlichen Bedarf von Auftraggebern berücksichtigt, die in anderen Beschaffungsbereichen (also hinsichtlich anderer Liefergüter) von der vergebenden Stelle bezögen. Die vergebende Stelle habe dies mutmaßlich in der Absicht getan, dadurch quantitativ überhöhte Eignungskriterien und Auswahlkriterien rechtfertigen zu können. Selbst auf Basis des von den AG festgelegten Ausschreibungsgegenstands

verletzten die Mindestanforderungen bzw. Auswahlkriterien die Gebote der Erforderlichkeit und Eignung. Die Mindestvoraussetzung für die technische Leistungsfähigkeit in Rz 67 betrügen 50 % des jährlichen Ausschreibungsgegenstandes. Referenzaufträge bis zum vierfachen jährlichen Auftragswert würden im Rahmen der Auswahlkriterien in Rz 101-109 positiv bewertet. Im vorliegenden Fall mache es keinen Unterschied, ob bei der Lieferung von im Rahmen von Massenfertigung erzeugten Standardprodukten der Auftragswert Euro 10.000.000 oder Euro 100.000 betrage. Die Bewertung der Anzahl der Referenzaufträge würde Sinn machen. Die hinsichtlich der Referenzaufträge festgesetzten, quantitativen Anforderungen gingen daher über das vernünftigerweise erforderliche Maß bei weitem hinaus. Die Festlegung des Projektrisikos mit 0,5 in Rz 82-86 der Teilnahmeunterlagen sei unverhältnismäßig, zumal es ja geeignetere Mittel als die bloßen - über die tatsächliche Liquidität und Bonität nichts aussagenden - Umsätze gebe, um die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu beweisen, wie etwa das Rating einer Ratingagentur oder das Beibringen einer Bankerklärung (Bonitätsauskunft). Die Mindestanforderung an die Anzahl der Außendienstmitarbeiter in Rz 74-78 der Teilnahmebedingungen und die Bewertung einer darüber hinausgehenden Anzahl in Rz 110-114 der Teilnahmebedingungen im Zuge der Auswahlkriterien sei nicht angemessen, weil ein Beratungsbedarf vor Ort in der Praxis kaum vorkomme. Die meisten Beratungsfälle könnten telefonisch oder schriftlich abgewickelt werden. Es seien daher mehr Innendienstmitarbeiter erforderlich. Diese Forderungen stünden in keinem vernünftigen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand, zumal die Teilnahmebedingungen selbst die Vorortberatung als bloße Nebenleistung festlegten. Sie gingen daher über das vernünftiger Weise erforderliche Maß bei Weitem hinaus. Überdies müssten sie bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung verfügbar sein, was unverhältnismäßig sei. Die Forderung nach einer fünfjährigen Berufserfahrung und entsprechenden Lebensläufen sei gesetzwidrig, weil derartige Forderungen nur für Dienstleistungsaufträge zulässig seien. Der Ausscheidensgrund bei Erteilung unrichtiger oder ungenügender Angaben in Rz 132 der Teilnahmebedingungen stehe in Widerspruch zu § 68 Abs 1 Z 7 BVergG. Die Festlegung in Rz 20 und Rz 98 der Teilnahmebedingungen, dass alle geeigneten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen würden, wenn weniger als fünf Teilnahmeanträge einlangten oder weniger als fünf Bewerber die Eignungskriterien erfüllten, diene nur der Rechtfertigung der überzogenen Eignungskriterien. Die Festlegung in Punkt 5 auf Seite 1 des Teilnahmeschreibens, dass im Zweifel das bei der BBG aufliegende Original der Unterlage gelten solle, sei wegen der Bindung an den Inhalt einer Unterlage, die die Bewerber nicht sehen könnten, sei unsachlich und verletze das Gleichbehandlungsgebot nach § 19 Abs 1 BVergG. Da der Wegfall von Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen den Bieterkreis verändere und die Streichung von Eignungs- und Auswahlkriterien den Inhalt der Ausschreibung grundlegend ändere, sei die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung geboten. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 14. Mai 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung gesamten Teilnahmeunterlagen, in eventu der Rz 8-12, 20, 67, 74-78, 82-86, 98, 101-114, 132 der Teilnahmebedingungen und die im Teilnahmeschreiben auf Seite 1, in Punkt 5 enthaltene Festlegung "dass für den Fall, dass wir die Ausschreibungsunterlagen nicht direkt von der BBG bezogen haben und es aus welchen Gründen auch immer zu Meinungsverschiedenheiten auf Grund unterschiedlicher Ausschreibungsunterlagen kommt, ausschließlich das im Vergabeakt der BBG aufliegende Original gelten soll". Nach Darstellung des Sachverhalts führt die Antragstellerin aus, dass der Auftrag ein wesentliches Referenzprojekt darstelle. Bereits mit der Einholung der Ausschreibungsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Überdies habe sie zeitgerecht Fragen an die Auftraggeberin gerichtet. Sie habe daher Interesse am Vertragsabschluss. Sie sei im Stande, einen derartigen Auftrag abzuwickeln. Die Antragstellerin werde durch mehrere Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen gehindert, sich erfolgreich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Dies seien die Rz 8-12, 20, 67, 74-78, 81-86, 98-114 und 132 sowie Punkt 5 auf Seite 1 des Teilnahmeschreibens. Als drohenden Schaden machte die Antragstellerin den Entgang des Gewinns bzw von Deckungsbeiträgen, den Verlust eines Referenzprojekts und die bisher entstandenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie Rechtsberatungskosten in der Höhe von ca Euro 4.000. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Teilnahme am Vergabeverfahren, eine gesetzmäßige und vergaberechtskonforme Ausschreibung, Eignungskriterien sowie Auswahlkriterien, Abschluss der Rahmenvereinbarung, ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie des Diskriminierungsverbotes, Beachtung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes, Ausschreibungsunterlagen, in denen keine unangemessenen bzw. nicht durch den Auftragsgegenstand erforderlichen Anforderungen hinsichtlich Eignung und Auswahl der Bewerber enthalten sind und Gleichbehandlung

aller Bewerber. Zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit dem Auftragsgegenstand angemessen sein müssen und nicht über das vernünftiger Weise erforderliche Maß hinausgehen dürften. Es dürfe nur verlangt werden, was für eine ordnungsgemäße Erbringung des Auftrags erforderlich sei. Dies gelte auch für die Auswahl der Bewerber. Der Auftraggeber müsse den Auftragsgegenstand entsprechend dem tatsächlich feststehenden Beschaffungsbedarf festlegen. Der in Rz 8-12 der Teilnahmebedingungen festgelegte Beschaffungsbedarf liege etwa 50 % über dem tatsächlichen feststehenden Beschaffungsbedarf. Tatsächlich habe die vergebende Stelle den Ausschreibungsgegenstand nicht aufgrund konkret gemeldeter Beschaffungsaufträge der angeführten Auftraggeber festgesetzt, sondern ohne Rücksicht auf das Fehlen konkreter Aufträge für die Beschaffung der ausschreibungsgegenständlichen Hygieneartikel mutmaßlichen Bedarf von Auftraggebern berücksichtigt, die in anderen Beschaffungsbereichen (also hinsichtlich anderer Liefergüter) von der vergebenden Stelle bezögen. Die vergebende Stelle habe dies mutmaßlich in der Absicht getan, dadurch quantitativ überhöhte Eignungskriterien und Auswahlkriterien rechtfertigen zu können. Selbst auf Basis des von den AG festgelegten Ausschreibungsgegenstands verletzten die Mindestanforderungen bzw. Auswahlkriterien die Gebote der Erforderlichkeit und Eignung. Die Mindestvoraussetzung für die technische Leistungsfähigkeit in Rz 67 betrügen 50 % des jährlichen Ausschreibungsgegenstandes. Referenzaufträge bis zum vierfachen jährlichen Auftragswert würden im Rahmen der Auswahlkriterien in Rz 101-109 positiv bewertet. Im vorliegenden Fall mache es keinen Unterschied, ob bei der Lieferung von im Rahmen von Massenfertigung erzeugten Standardprodukten der Auftragswert Euro 10.000.000 oder Euro 100.000 betrage. Die Bewertung der Anzahl der Referenzaufträge würde Sinn machen. Die hinsichtlich der Referenzaufträge festgesetzten, quantitativen Anforderungen gingen daher über das vernünftigerweise erforderliche Maß bei weitem hinaus. Die Festlegung des Projektrisikos mit 0,5 in Rz 82-86 der Teilnahmeunterlagen sei unverhältnismäßig, zumal es ja geeignetere Mittel als die bloßen - über die tatsächliche Liquidität und Bonität nichts aussagenden - Umsätze gebe, um die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu beweisen, wie etwa das Rating einer Ratingagentur oder das Beibringen einer Bankerkklärung (Bonitätsauskunft). Die Mindestanforderung an die Anzahl der Außendienstmitarbeiter in Rz 74-78 der Teilnahmebedingungen und die Bewertung einer darüber hinausgehenden Anzahl in Rz 110-114 der Teilnahmebedingungen im Zuge der Auswahlkriterien sei nicht angemessen, weil ein Beratungsbedarf vor Ort in der Praxis kaum vorkomme. Die meisten Beratungsfälle könnten telefonisch oder schriftlich abgewickelt werden. Es seien daher mehr Innendienstmitarbeiter erforderlich. Diese Forderungen stünden in keinem vernünftigen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand, zumal die Teilnahmebedingungen selbst die Vorortberatung als bloße Nebenleistung festlegten. Sie gingen daher über das vernünftiger Weise erforderliche Maß bei Weitem hinaus. Überdies müssten sie bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung verfügbar sein, was unverhältnismäßig sei. Die Forderung nach einer fünfjährigen Berufserfahrung und entsprechenden Lebensläufen sei gesetzwidrig, weil derartige Forderungen nur für Dienstleistungsaufträge zulässig seien. Der Ausscheidungsgrund bei Erteilung unrichtiger oder ungenügender Angaben in Rz 132 der Teilnahmebedingungen stehe in Widerspruch zu Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG. Die Festlegung in Rz 20 und Rz 98 der Teilnahmebedingungen, dass alle geeigneten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen würden, wenn weniger als fünf Teilnahmeanträge einlangten oder weniger als fünf Bewerber die Eignungskriterien erfüllten, diene nur der Rechtfertigung der überzogenen Eignungskriterien. Die Festlegung in Punkt 5 auf Seite 1 des Teilnahmeschreibens, dass im Zweifel das bei der BBG aufliegende Original der Unterlage gelten solle, sei wegen der Bindung an den Inhalt einer Unterlage, die die Bewerber nicht sehen könnten, sei unsachlich und verletze das Gleichbehandlungsgebot nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG. Da der Wegfall von Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen den Bieterkreis verändere und die Streichung von Eignungs- und Auswahlkriterien den Inhalt der Ausschreibung grundlegend ändere, sei die Nichtigserklärung der gesamten Ausschreibung geboten.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag und führte im Wesentlichen aus, dass zur Abwehr der im Nachprüfungsantrag genannten Schädigungen ihrer Interessen die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen seien, um ihr entsprechend den Ergebnissen des Hauptverfahrens die Teilnahme am Vergabeverfahren unter den gleichen Bedingungen wie anderen Bewerbern zu ermöglichen. Dazu sei die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen und der Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge im Sinne einer Fortlaufshemmung auszusetzen. Denn nur durch diese Maßnahmen erlange die Antragstellerin einerseits die Möglichkeit, sich überhaupt - aufgrund einer von allen Rechtswidrigkeiten bereinigten Unterlage - zu bewerben und andererseits nicht dabei Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren

Mitbewerbern zu erleiden, die ansonsten im Rahmen der Fortsetzung des Vergabeverfahrens bereits in die zweite Stufe des Verfahrens treten könnten. Der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung stehen auch keine überwiegenden nachteiligen Interessen der Auftraggeber oder der Öffentlichkeit entgegen. Insbesondere läge keiner jener Ausnahmefälle vor, bei denen von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzusehen wäre. Denn nach Kenntnis der ASt verfügten die Auftraggeber über ausreichende Möglichkeiten ihren Hygienepapierbedarf bis zu einem ohnehin nicht zwingend vorgesehenen Abruf aus der abzuschließenden Rahmenvereinbarung anderweitig zu decken. Davon gingen auch die vergebende Stelle und die Auftraggeber aus, sei doch in den Teilnahmebedingungen der Abschluss der Rahmenvereinbarung erst für Ende September 2013 vorgesehen.

Die Auftraggeber erteilten in ihrer Stellungnahme vom 16. Mai 2013 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, stellten die Urkundenvorlage in Aussicht, nahmen zum Umfang der Akteneinsicht Stellung und gaben an, dass ein besonderes Interesse der Auftraggeber im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen an der Fortführung des Verfahrens nicht bestehe. Die Auftraggeber könnten nicht beurteilen, ob Interessen sonstiger Bieter durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung beeinträchtigt würden. Aus advokatorischer Vorsicht beantragten sie jedoch die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Am 21. Mai 2013 legten die Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle sowie die Auftraggeber gemäß den Teilnahmebedingungen beiliegender Kundenliste schreiben unter der Bezeichnung "Beschaffung von Hygienepapier GZ 4805.01960" eine Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Hygienepapier mit einer Laufzeit von drei Jahren und einem geschätzten Gesamtwert von Euro 16.200.000 in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung aus. Der CPV-Code beträgt 33770000 - Hygienepapier. Der Auftrag ist in zwei Lose geteilt. Los 1 umfasst die Lieferung von Hygienepapier mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 4.000.000 pro Jahr, Los 2 umfasst die Lieferung von Rollenhandtuchpapier mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 500.000 pro Jahr. Die Auftraggeber beabsichtigen, fünf Unternehmer zur Angebotslegung einzuladen. Die Rahmenvereinbarung soll mit Bieter abgeschlossen werden, der das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot legt.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 23. April 2013, 2013/S 079-132898, abgesandt am 19. April 2013, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 22. April 2013 zur Zahl L-526033-3415, abgesandt am 19. April 2013, veröffentlicht. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und www.auftrag.at)

Mit der 1. Berichtigung vom 14. Mai 2013 ersetzten die Auftraggeber das Teilnahmeschreiben und änderten die Spezifikationen in Los 2, Rz 12 der Teilnahmeunterlagen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit der 2. Berichtigung vom 16. Mai 2013 verlängerten die Auftraggeber die Teilnahmefrist bis 13. Juni 2013, 10.00 Uhr. Diese wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 18. Mai 2013, 2013/S 096-162458, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 17. Mai 2013 zur Zahl L-528073-3516, veröffentlicht. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und www.auftrag.at)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 4.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Republik Österreich (Bund) und eine Reihe weiterer öffentlicher und Sektorenauftraggeber, die in der Liste der registrierten Drittkunden der BBG als Beilage zu den Teilnahmeunterlagen genannt sind. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei den übrigen Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG sowie Sektorenauftraggeber gemäß §§ 164 und 165 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über sämtlichen allenfalls relevanten Schwellenwerten der §§ 12 Abs 1 Z 1 und 2 und 180 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Republik Österreich (Bund) und eine Reihe weiterer öffentlicher und Sektorenauftraggeber, die in der Liste der registrierten Drittkunden der BBG als Beilage zu den Teilnahmeunterlagen genannt sind. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei den übrigen Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins und 2 BVergG sowie Sektorenauftraggeber gemäß Paragraphen 164 und 165 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über sämtlichen allenfalls relevanten Schwellenwerten der Paragraphen 12, Absatz eins, Ziffer eins und 2 und 180 Absatz eins, Ziffer eins, 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 Bundesvergabebeamten 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. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

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

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, 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. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 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 Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, 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 Paragraph 329, Absatz eins, 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 3 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, 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.

Nach § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

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 der Auftraggeber die Durchführung eines Vergabeverfahrens auf Grundlage behauptet rechtswidriger Teilnahmeunterlagen eingeleitet wurde. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr 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 Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeber die Durchführung eines Vergabeverfahrens auf Grundlage behauptet rechtswidriger Teilnahmeunterlagen eingeleitet wurde. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden,

dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr 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 Paragraph 329, Absatz eins, 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 Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in der vorläufigen Abwendung der Schädigung ihrer Interessen sowie in der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren.

Die Auftraggeber machen keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend.

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 (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) 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 (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). 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 (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin 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 Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Bei der Untersagung der Angebotsöffnung handelt es sich ebenso wie bei der Aussetzung der Angebotsfrist um jene Maßnahmen die gerade noch erforderlich sind, um den oben genannten Sicherungszweck zu erfüllen.

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 Exekutionsordnung² [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. Der Auftraggeber 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 (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). 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 Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 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. Der Auftraggeber 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 (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Schlagworte

einstweilige Verfügung;

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2013

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at