

TE Verg Bescheid 2013/4/10 N/0027-BVA/14/2013-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.04.2013

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Ausschreibung über Kampfanzug leicht und schwer (Abrufvertrag) für das Jahr 2013 (Option 2014 bzw. 2015), GZ E90037/6/00-00-KA/2012" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 4. April 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Ausschreibung über Kampfanzug leicht und schwer (Abrufvertrag) für das Jahr 2013 (Option 2014 bzw. 2015), GZ E90037/6/00-00-KA/2012" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 4. April 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens über den Antrag der Antragstellerin die Erteilung des Zuschlags betreffend das Los 'Positionen 1-3, 6-8, 10, 11' des Vergabeverfahrens 'Ausschreibung über Kampfanzug leicht und schwer (Abrufvertrag) für 2013, GZ E90037/6/00-00-KA/2012' untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Ausschreibung über Kampfanzug leicht und schwer (Abrufvertrag) für das Jahr 2013 (Option 2014 bzw. 2015), GZ E90037/6/00- 00-KA/2012" hinsichtlich des Loses 'Positionen 1-3, 6-8, 10, 11' den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), brachte mit E-Mail vom 4.4.2013 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Nichtigkeitsklärung der mit Telefax vom 25.3.2013 übermittelten Entscheidung, das Angebot des Antragstellers für die Positionen 1-3, 6-8, 10, 11 auszuschneiden, gestellt. Unter Einem begehrte der Antragsteller den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

In seinem Schriftsatz vom 4.4.2013 brachte der Antragsteller vor:

Der Auftraggeber habe mit Bekanntmachung vom 5.10.2012 (ABL.2012/S192- 315696) bzw. mit Schreiben vom 18.9.2012, GZ E90037/6/00-00-KA/2012, einen Abrufvertrag für die Lieferung von Kampfanzügen leicht und schwer im Jahr 2013, nämlich ca. 4.900 Kampfanzugsjacken leicht (Position 1 des Leistungsverzeichnisses), ca. 50.000 Kampfanzugshosen leicht (Position 2 des Leistungsverzeichnisses), ca. 3.000 Hosenträger (Position 3 des Leistungsverzeichnisses), ca. 13.600 Kampfanzugsjacken schwer (Position 4 des Leistungsverzeichnisses), ca. 1.600 Kampfanzugshosen schwer (Position 5 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Klettverschlüsse (Position 6 des Leistungsverzeichnisses), ca. 500 Gummibänder (Position 7 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Gummischnüre 3mm (Position 8 des Leistungsverzeichnisses), ca. 15.000 Gummischnüre 4mm (Position 9 des Leistungsverzeichnisses), ca. 6.000 Schnüre 2,3mm (Position 10 des Leistungsverzeichnisses), ca. 40.000 Reißverschlussverlängerungen (Position 11 des Leistungsverzeichnisses) und ca. 10.000 Nationalitätsabzeichen (Position 12 des Leistungsverzeichnisses) im offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) europaweit ausgeschrieben. Dabei seien die Positionen 1-3, 6-8, 10, 11 als ein Los für eine gesonderte Vergabe, die Positionen 4, 5, 9 als ein weiteres Los für eine gesonderte Vergabe und die Position 12 als ein Los für eine gesonderte Vergabe festgelegt worden.

Als Zuschlagsprinzip sei das Billigstbieterprinzip festgelegt worden.

In der Leistungsbeschreibung sei hinsichtlich der Kampfanzugsjacken und Kampfanzugshosen leicht und schwer jeweils auf die Heeres-Spezifikationsdokumente "Kampfanzugsjacke leicht", "Kampfanzugsjacke schwer", "Kampfanzugshose leicht" und "Kampfanzugshose schwer" verwiesen worden. In diesen Dokumenten werde hinsichtlich der Knöpfe auf die Heeres-Spezifikationsdokumente "Hosenknopf" bzw. "Feldanzugsknopf" verwiesen. Als Material werde in diesen beiden Dokumenten unter Pkt. 2 (Seite 3) "PA 6.6" (das sei Polyamid), festgelegt.

Hinsichtlich der Kampfanzugsjacke leicht werde für die Klettverschlüsse in den Pkt. 2.2.2 bis 2.2.4 der Spezifikation auf das Spezifikationsdokument "Klettverschlüsse" verwiesen. In diesem Dokument werde hinsichtlich der Farbechtheit/Waschechtheit auf die ÖNORM EN 20105-C 06:1994 verwiesen. Daraus sei eine Echtheitszahl von mindestens 4 abzuleiten.

Hinsichtlich der Vorlage von Bemusterungsexemplaren werde auf Seite 4 der Ausschreibungsunterlage wie folgt festgelegt:

"ANGEBOTSMUSTER: Im Rahmen der Prüfung der Angebote können zur Sicherstellung und Beurteilung der Qualitätsfordernisse zusätzlich Angebotsmuster (gem. techn. Spezifikation für Lieferaufträge) und gefordert werden. Diese sind auf Aufforderung durch das BMLVS/KA innerhalb von 14 Tagen, gem. beiliegender Auflistung (der Ausschreibungsunterlage war eine genaue Auflistung der zuzuliefernden Quantitäten an Musterexemplaren angeschlossen) zur Angebotsprüfung kostenlos (gem. DDP!!!) an die HBA... (es folgte die Adresse der Heeresbekleidungsanstalt Brunn am Gebirge) vorzulegen. Die NICHTERFÜLLUNG dieser Forderung bewirkt das Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren!"

Festlegungen zu den Rechtsfolgen, falls ein Angebotsmuster zwar entsprechend der mit dem Ausscheiden sanktionierten Verpflichtung zur Vorlage von Angebotsmustern vorgelegt werde, das vorgelegte Muster aber nicht den Spezifikationen entspreche, seien in der Ausschreibung nicht getroffen worden.

Auf Seite 5 der Ausschreibungsunterlage werde unter der Überschrift "AUSFALLMUSTER" angeordnet, dass der ausgewählte Auftragnehmer verpflichtet sei, vor Beginn der Serienfertigung der HBA ein "Ausfallmuster" (gemäß technischer Spezifikation für Lieferaufträge der HBA) zu übermitteln. Die Serienproduktion dürfe erst ab schriftlicher Freigabe durch die HBA erfolgen, welche diese erteilen würde, wenn die Ausfallmusterprüfung ergebe, dass die technischen Spezifikationen erfüllt seien.

In Blatt 5 zum Leistungsverzeichnis habe der Bieter unter "ANGEBOT" unter anderem zu unterfertigen gehabt, die Bestimmungen der Ausschreibung zu kennen und bereit zu sein, die angebotene Leistung zu diesen uneingeschränkt anerkannten Bestimmungen zu erbringen.

Der Antragsteller sei ein befugtes und leistungsfähiges Handelsunternehmen auf dem Gebiet militärischer Bekleidung. Er habe mittels ausgefüllten, unterfertigten und unveränderten Angebotsunterlagen am 3.12.2012 ein Angebot (beinhaltend Teilangebote für alle 3 Lose) gelegt. Für das Los "Positionen 1-3, 6-8, 10-11" sei ein Angebotspreis von Euro 612.680,- (exkl. USt.) angeboten worden. Damit sei das Angebot des Antragstellers für dieses Los das billigste Angebot gewesen. Das zweitbilligste Angebot für dieses Los habe die Firma B*** mit einem Angebotspreis von Euro 638.123,- gelegt.

Über Aufforderung habe der Antragsteller dem Auftraggeber (HBA) am 5.2.2013 die in der Musterliste der Ausschreibung angeführten Muster samt Begleitunterlagen übermittelt. Im Begleitschreiben sei entsprechend der üblichen Praxis hinsichtlich einzelner Produkte vermerkt worden, dass es sich um eigens hergestellte Musterexemplare handle, bei denen noch geringfügige Abweichungen zu einzelnen Spezifikationen auftreten würden, dass aber unter Serienproduktionsbedingungen jedenfalls die Einhaltung der Spezifikationen garantiert werde. Weder das Material der Hosen- und Feldanzugsknöpfe noch die Echtheitszahlen für die Waschechtheit seien Gegenstand solcher Vermerke gewesen.

Mit den Mustern seien unter anderem Qualitätszertifikatslisten der Fa. C*** übermittelt worden, wonach die vom Zulieferer des Antragstellers, der indonesischen Fa. D*** entsprechend der ausschreibungsgegenständlichen Spezifikation hergestellten Produkte hinsichtlich der Waschechtheit eine Echtheitszahl von 4 einhalten würden.

Vorgelegt worden seien auch technische Datenblätter der Lieferantenfirma E***, wonach die entsprechen den gegenständlichen Spezifikationen gefertigten Knöpfe aus PA (Polyamid) 6.6 hergestellt würden.

Weiters sei auch ein Qualitätszertifikat der Fa. F*** vom 4.10.2012 betreffend den "Hakenverschluss" (Klettverschluss in der Ausschreibung) übermittelt worden, in dem hinsichtlich der Waschechtheit nach DIN EN ISO 105 C 06 (das sei die der spezifizierten österreichischen Norm entsprechende deutsche Umsetzung der europäischen Norm) ein Wert von 4-5 festgestellt worden sei.

Die an den tatsächlich gelieferten Bemusterungsexemplaren angebrachten Hosen- bzw. Feldanzugsknöpfe seien nach Kenntnis des Antragstellers und Zusicherung des Lieferanten jedenfalls aus dem in den Spezifikationen geforderten Material (PA Polyamid) 6.6 gewesen und hätten Hakenverschlüsse mit einem Waschechtheitswert von 4 aufgewiesen.

Mit per Telefax übermitteltem Schreiben vom 25.3.2013 habe der Auftraggeber dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot für die Positionen 1-3, 6-8 und 10-11 wegen gravierender Mängel der von ihm vorgelegten Angebotsmuster ausgeschieden werde. Zusammengefasst habe der Auftraggeber das Angebot ausgeschieden, da die vorgelegten Bemusterungsexemplare hinsichtlich des Materials der Uniformknöpfe und der Farbechtheit/Waschechtheit der Klettverschlüsse nicht den technischen Spezifikationen entsprechen würden. Im Einzelnen habe der Auftraggeber ausgeführt, dass die Feldanzugsknöpfe für die Kampfanzugsjacken und Hosenknöpfe für Kampfanzugshosen (beide sowohl schwer als auch leicht, also die Positionen 1, 2, 4 und 5) entgegen den Spezifikationen nicht aus Polyamid 6.6, sondern aus Polyester gefertigt seien. Zudem habe sich hinsichtlich der Waschechtheit von Flausch- bzw. Hakenband für die leichten Kampfanzugsjacken und die Klettverschlüsse (Positionen 1 u. 6) bloß eine Echtheitszahl von 2 statt der geforderten 4 ergeben.

Durch diese Entscheidung drohe dem Antragsteller beträchtlicher wirtschaftlicher Schaden in Gestalt des drohenden Auftragsentganges. Dadurch würde ihm ein finanzieller Schaden, nämlich der Verlust der kalkulierten Gewinnspannen und der Deckungsbeiträge zu den Fixkosten entstehen. Zudem würde ihm ein Referenzprojekt entgehen.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht verletzt, dass sein Angebot nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werde, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen würden und in seinem Recht, als Bieter mit dem niedrigsten Preis für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen zu werden.

Der Auftraggeber habe das Angebot des Antragstellers allein deshalb ausgeschieden, da seiner Ansicht nach die vom Antragsteller vorgelegten Angebotsmuster nicht den Spezifikationen der Ausschreibung entsprechen würden. Diese Begründung verkenne, dass damit von vornherein kein Ausscheidenstatbestand angesprochen werde:

§ 129 BVergG kenne keinen Ausscheidenstatbestand "ausschreibungswidrige Angebotsmuster". Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage auch keine Regelungen dahingehend getroffen, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster (im Unterschied zur Verletzung der Vorlagepflicht überhaupt, die mit dem Ausscheiden sanktioniert werde), zum Ausscheiden des Angebotes des entsprechenden Bieters führe. Auch habe der Auftraggeber nicht festgelegt, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster als ausschreibungswidriges Angebot anzusehen sei. Der Auftraggeber habe nicht einmal festgelegt, dass die vorzulegenden Angebotsmuster den Angebotsspezifikationen jedenfalls entsprechen müssten. Paragraph 129, BVergG kenne keinen Ausscheidenstatbestand "ausschreibungswidrige Angebotsmuster". Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage auch keine Regelungen dahingehend getroffen, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster (im Unterschied zur Verletzung der Vorlagepflicht überhaupt, die mit dem Ausscheiden sanktioniert werde), zum Ausscheiden des Angebotes des entsprechenden Bieters führe. Auch habe der Auftraggeber nicht festgelegt, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster als ausschreibungswidriges Angebot anzusehen sei. Der Auftraggeber habe nicht einmal festgelegt, dass die vorzulegenden Angebotsmuster den Angebotsspezifikationen jedenfalls entsprechen müssten.

Aus der bloßen Verpflichtung zur Vorlage von Angebotsmustern ergebe sich nicht, dass die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster als ausschreibungswidriges Angebot anzusehen sei. Der Inhalt des zivilrechtlich wirksamen Angebotes ergebe sich aus der vom Bieter abgegebenen Willenserklärung und nicht aus faktischen Umständen, wie den tatsächlichen Eigenschaften eines Angebotsmusters. Mangels anderer Willenserklärung bzw. entsprechender gesetzlicher oder in der Ausschreibung getroffener Regelungen, habe sich der Antragsteller durch Unterfertigung des Angebotsblattes bindend zur spezifikationskonformen Lieferung verpflichtet. Diese Verpflichtung habe sich durch die Vorlage der Muster nicht geändert, zumal eine nachträgliche Änderung im offenen Vergabeverfahren ohnehin unzulässig wäre. Zumal sich der Antragsteller bei Vorlage der Muster nochmals ausdrücklich zur spezifikationskonformen Lieferung bekannt und entsprechende Qualitätsnachweise auch vorgelegt habe, sei an seinem diesbezüglichen Willen bzw. der Fähigkeit zur Einhaltung der Spezifikationen nicht zu zweifeln gewesen.

In einem vergleichbaren Fall habe der VwGH die Vorlage nicht spezifikationskonformer Angebotsmuster ebenfalls nicht als ausschreibungswidriges Angebot qualifiziert (VwGH 12.5.2011, 2007/04/0012).

Anders als der Auftraggeber offenbar annehme, verlange der Zweck einer Bemusterung auch nicht, dass die vorgelegten Muster bereits in jedem Fall sämtlichen Spezifikationen entsprechen müssten. Wie im konkreten Fall festgelegt, sollten die Muster dem Auftraggeber nur die "Beurteilung der Qualitätserfordernisse", also dessen, was erforderlich sei, um die verlangte Qualität zu erfüllen, ermöglichen. Stelle der Auftraggeber Abweichungen zwischen Muster und Spezifikationen fest, erlange er so die Möglichkeit, den Bieter vor Abruf der Lieferung und erster Herstellung der "Ausfallmuster" entsprechend darauf hinzuweisen, um die spezifikationskonforme Lieferung sicherzustellen. Erst dann würden die Ausfallmuster der Prüfung unterzogen, ob die Spezifikationen eingehalten würden. Daher diene die Verpflichtung zur Vorlage von Angebotsmustern lediglich informativen Zwecken und nicht der vorgezogenen Prüfung, ob die tatsächliche Lieferung spezifikationskonform sein werde. Letztere Prüfung sei anderen Prüfschritten ("Ausfallmuster") vorbehalten. Letztlich könne auch diese Prüfung nicht die tatsächliche Kontrolle der gelieferten Exemplare ersetzen, da stets die Möglichkeit einer Abweichung des tatsächlich Gelieferten vom Spezifizierten bestehe und durch eine Vorab-Prüfung nie ausgeschlossen werden könne.

Der Auftraggeber hätte weitreichendere Folgen für die fehlende Spezifikationskonformität festlegen können. Er hätte

über den bloß informativen Charakter der Bemusterung die Vorlage eines spezifikationskonformen Musters auch als Eignungsnachweis normieren können, der von allen Bietern im Bedarfsfall erfüllt werden müsste. Gerade dies habe er jedoch nicht getan, sondern lediglich eine fakultative, nicht einmal - wie bei einem Eignungskriterium - obligatorisch von allen Bietern einzufordernde, sondern in das Ermessen des Auftraggebers gestellte, Verpflichtung der Bieter geschaffen.

Demnach sei die Vorlage nicht spezifikationskonformer Muster im konkreten Fall auch kein Fall eines ausschreibungswidrigen Angebotes und mache der Auftraggeber mit dieser Begründung auch sonst keinen zulässigen Ausscheidensgrund geltend. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers sei daher bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

Darüber hinaus sei die Ausscheidensentscheidung auch deshalb rechtswidrig, da sie sich auf unzutreffende Sachverhaltsannahmen des Auftraggebers stütze. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers würden nämlich die vorgelegten Muster die Spezifikationen sowohl hinsichtlich des Materials für Uniformknöpfe wie auch hinsichtlich der Waschbarkeit der Klett-Flauschbänder erfüllen. Zum Beweis dafür habe der Antragsteller bereits im Vergabeverfahren entsprechende Qualitätsnachweise vorgelegt und habe dies auch die Lieferfirma der Knöpfe dies bestätigt.

Die entgegenstehenden Ausführungen in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung würden daher auf Fehler bei der Vorgangsweise des Auftraggebers während der Prüfung zurückgehen, etwa dahingehend, dass bei der Prüfung der Knopfqualität nicht die gesondert zu den Kleidungsstücken als Musterknöpfe gelieferten Knöpfe, sondern allenfalls andere als diese Musterknöpfe (etwa auf dem Kleidungsstück angenähte Knöpfe) in Prüfung gezogen worden seien.

Zum Beweis für die Spezifikationskonformität der vorgelegten Muster werde die Befundung und Begutachtung durch einen Sachverständigen auf dem Gebiet der Materialkunde für militärische Uniformknöpfe bzw Klett-Flauschbänder beantragt.

Der Antragsteller erhob sein Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen seines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Schriftsatz vom 9.4.2013 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren:

Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose belaufe sich auf Euro 950.000 exkl. USt pro Jahr (Euro 2.850.000 exkl. USt einschließlich der Optionen für die Jahre 2014 und 2015). Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses (Pos. 1-3, 6-8 und 10-11) belaufe sich auf Euro 600.000 exkl. USt.

Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 5.12.2012 erfolgt. Es sei weder ein Zuschlag erteilt worden noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilte der Auftraggeber mit, dass keine zwingenden Gründe bestünden, das Vergabeverfahren vor Klärung der in Rede stehenden Angelegenheit in einem Nachprüfungsverfahren fortzuführen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens liege nicht vor.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf förmlich eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Es handelt sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG, der EU-weit bekannt gemacht wurde und in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Es handelt sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG, der EU-weit bekannt gemacht wurde und in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg.cit. 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, leg.cit. 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.

Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4.4.2013 wurde im Zusammenhang mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4.4.2013 wurde im Zusammenhang mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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 derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da ein möglicherweise bestehender Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen Vertragsabschluss mit dem Antragsteller ermöglicht.

Gemäß § 131 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß den EBRV 2009 zu § 131 Abs. 1 BVergG gilt ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (vgl. dazu schon RV 1171 BlgNR XXII. GP 85). Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß den EBRV 2009 zu Paragraph 131, Absatz eins, BVergG gilt ein Bieter dann als

im Vergabeverfahren verblieben, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann vergleiche dazu schon Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 85).

Der Antragsteller hat am 4.4.2013 einen Nachprüfungsantrag gegen das Ausscheiden seines Angebotes beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass das Ausscheiden iSd Ausführungen der EBRV 2009 zu § 131 Abs. 1 BVergG noch nicht "bestandfest" geworden ist. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der Auftraggeber dem Antragsteller entgegen den oben zitierten gesetzlichen Bestimmungen die Entscheidung, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt werden soll, nicht bzw. nicht rechtzeitig mitteilt, um dagegen fristgerecht einen Nachprüfungsantrag einbringen zu können. Der Antragsteller hat am 4.4.2013 einen Nachprüfungsantrag gegen das Ausscheiden seines Angebotes beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass das Ausscheiden iSd Ausführungen der EBRV 2009 zu Paragraph 131, Absatz eins, BVergG noch nicht "bestandfest" geworden ist. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der Auftraggeber dem Antragsteller entgegen den oben zitierten gesetzlichen Bestimmungen die Entscheidung, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt werden soll, nicht bzw. nicht rechtzeitig mitteilt, um dagegen fristgerecht einen Nachprüfungsantrag einbringen zu können.

Der Antragsteller hat sein Interesse an einem Auftragserhalt jedenfalls durch Abgabe eines Angebotes und durch Einbringung eines Nachprüfungsantrages dokumentiert. Zum drohenden Schaden hat der Antragsteller neben dem Auftragsentgang samt Verlust der kalkulierten Gewinnspannen und Deckungsbeiträgen zu den Fixkosten den Verlust eines Referenzprojektes ins Treffen geführt.

Der Auftraggeber hat das Bestehen eines öffentlichen Interesses, das gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würde, ausdrücklich verneint. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stehen würde, bekannt.

Hingegen besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Hingegen besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die verfügte Maßnahme stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG dar. Die verfügte Maßnahme stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG dar.

Entsprechend dem Antrag war die verfügte Maßnahme mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2013

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