

TE Verg Bescheid 2013/4/9 N/0026-BVA/13/2013-EV6

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.04.2013

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 29. März 2013 "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung untersagt wird" gemäß § 328 BVergG 2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 29. März 2013 "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung untersagt wird" gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird die Angebotsöffnung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 29. März 2013, beim BVA eingelangt am 2. April 2013, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die ausschreibungsgegenständlichen

Stoßwellentherapiegeräte bereits im Juli 2012 von der Auftraggeberin ausschreibungsfrei an die B*** vergeben worden seien. Das BVA habe den damaligen Auftrag allerdings mit Bescheid vom 18.10.2012, F/0007-BVA/11/2012-25, für nichtig erklärt. Hintergrund des damaligen ersten Vergabekontrollverfahrens sei der Wunsch der Auftraggeberin gewesen, Stoßwellentherapiegeräte eines bestimmten Herstellers, nämlich der Firma C***, zu beschaffen, wobei die B*** als angeblich exklusiver Vertriebspartner des Hersteller C*** beauftragt worden sei. Die Auftraggeberin habe dazu im Vorfeld keinerlei Anforderungen an die zu beschaffenden Geräte definiert. Vielmehr habe sich die Auftraggeberin ausschließlich auf Grund eines Gutachtens des von ihr beigezogenen D*** unmittelbar auf die Geräte des Herstellers C*** festgelegt. Der beigezogene D*** sei allerdings nicht nur Mitarbeiter der Auftraggeberin, sondern zugleich auch mittelbar Teilhaber der Herstellerfirma C***. Die Auftraggeberin habe diesen Interessenkonflikt dennoch in Kauf genommen und sich auf die Meinung von D*** gestützt. Im damaligen ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 habe die Auftraggeberin dann nachträglich und sukzessive weiterhin unter Berufung auf D*** bestimmte Merkmale der von ihr präferierten C***-Geräte ins Treffen geführt, um die ausschreibungsfreie Beschaffung dieser Geräte zu rechtfertigen. Beispielsweise sei von der Auftraggeberin dargelegt worden, dass die zu beschaffenden Geräte elektrohydraulisch sein müssten und elektrohydraulische Geräte nur von C*** hergestellt werden würden. Nachdem das BVA im Rahmen amtswegiger Ermittlungen in Erfahrung gebracht habe, dass die Anforderung eines elektrohydraulischen Gerätes auch von anderen Herstellern erfüllt würden, habe die damit offenbar in Argumentationsnot geratene Auftraggeberin weitere Merkmale der Geräte des Herstellers C*** gesucht und nachträglich zu Gunsten einer Entscheidung für diese Geräte ins Treffen geführt, wie etwa einen beweglichen Therapiekopf. Auf Grund der vom BVA verfüigten Nichtigerklärung des Auftrags über die Lieferung der C***-Geräte habe die Auftraggeberin zunächst mit Bekanntmachung vom 29.11.2012 (Supplement zum ABI 2012/S 230-378820) ein offenes Verfahren zur Vergabe von 7 Stück Stoßwellentherapiegeräten eingeleitet. Diese Ausschreibung sei mit dem zur GZ N/0005-BVA/07/2013 protokollierten Nachprüfungsantrag bekämpft worden (zweites Vergabekontrollverfahren). Hintergrund dieser Anfechtung sei vor allem gewesen, dass die Auftraggeberin die bereits im ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 erfolglos verteidigte Entscheidung zu Gunsten der Geräte des Herstellers C*** im Ergebnis weiterhin durchzusetzen versucht habe, indem die Ausschreibungsanforderungen an die zu liefernden Geräte nun auf die Geräte des Hersteller C*** zugeschnitten gewesen wären. Die Auftraggeberin habe das Ergebnis dieses zweiten Vergabekontrollverfahrens gar nicht erst abgewartet, sondern das am 29.11.2012 eingeleitete offene Verfahren mit Bekanntmachung vom 21.2.2013 widerrufen (Supplement zum ABI 2013/S 037-057722). Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die ausschreibungsgegenständlichen Stoßwellentherapiegeräte bereits im Juli 2012 von der Auftraggeberin ausschreibungsfrei an die B*** vergeben worden seien. Das BVA habe den damaligen Auftrag allerdings mit Bescheid vom 18.10.2012, F/0007-BVA/11/2012-25, für nichtig erklärt. Hintergrund des damaligen ersten Vergabekontrollverfahrens sei der Wunsch der Auftraggeberin gewesen, Stoßwellentherapiegeräte eines bestimmten Herstellers, nämlich der Firma C***, zu beschaffen, wobei die B*** als angeblich exklusiver Vertriebspartner des Hersteller C*** beauftragt worden sei. Die Auftraggeberin habe dazu im Vorfeld keinerlei Anforderungen an die zu beschaffenden Geräte definiert. Vielmehr habe sich die Auftraggeberin ausschließlich auf Grund eines Gutachtens des von ihr beigezogenen D*** unmittelbar auf die Geräte des Herstellers C*** festgelegt. Der beigezogene D*** sei allerdings nicht nur Mitarbeiter der Auftraggeberin, sondern zugleich auch mittelbar Teilhaber der Herstellerfirma C***. Die Auftraggeberin habe diesen Interessenkonflikt dennoch in Kauf genommen und sich auf die Meinung von D*** gestützt. Im damaligen ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 habe die Auftraggeberin dann nachträglich und sukzessive weiterhin unter Berufung auf D*** bestimmte Merkmale der von ihr präferierten C***-Geräte ins Treffen geführt, um die ausschreibungsfreie Beschaffung dieser Geräte zu rechtfertigen. Beispielsweise sei von der Auftraggeberin dargelegt worden, dass die zu beschaffenden Geräte elektrohydraulisch sein müssten und elektrohydraulische Geräte nur von C*** hergestellt werden würden. Nachdem das BVA im Rahmen amtswegiger Ermittlungen in Erfahrung gebracht habe, dass die Anforderung eines elektrohydraulischen Gerätes auch von anderen Herstellern erfüllt würden, habe die damit offenbar in Argumentationsnot geratene Auftraggeberin weitere Merkmale der Geräte des Herstellers C*** gesucht und nachträglich zu Gunsten einer Entscheidung für diese Geräte ins Treffen geführt, wie etwa einen beweglichen Therapiekopf. Auf Grund der vom BVA verfüigten Nichtigerklärung des Auftrags über die Lieferung der C***-Geräte habe die Auftraggeberin zunächst mit Bekanntmachung vom 29.11.2012 (Supplement zum Amtsblatt 2012/S 230-378820) ein offenes Verfahren zur Vergabe von 7 Stück Stoßwellentherapiegeräten eingeleitet. Diese Ausschreibung sei mit dem zur GZ N/0005-BVA/07/2013 protokollierten

Nachprüfungsantrag bekämpft worden (zweites Vergabekontrollverfahren). Hintergrund dieser Anfechtung sei vor allem gewesen, dass die Auftraggeberin die bereits im ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 erfolglos verteidigte Entscheidung zu Gunsten der Geräte des Herstellers C*** im Ergebnis weiterhin durchzusetzen versucht habe, indem die Ausschreibungsanforderungen an die zu liefernden Geräte nun auf die Geräte des Hersteller C*** zugeschnitten gewesen wären. Die Auftraggeberin habe das Ergebnis dieses zweiten Vergabekontrollverfahrens gar nicht erst abgewartet, sondern das am 29.11.2012 eingeleitete offene Verfahren mit Bekanntmachung vom 21.2.2013 widerrufen (Supplement zum Amtsblatt 2013/S 037-057722).

Mit der nunmehr antragsgegenständlichen Ausschreibung seien erneut 7 Stück Stoßwellentherapiegeräte ausgeschrieben worden. Die nunmehr zum antragsgegenständlichen Vergabeverfahren vorliegenden Ausschreibungsunterlagen samt Bekanntmachung seien erneut in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig: Auch die nunmehr vorliegende antragsgegenständliche Ausschreibung zielen nicht darauf ab, einen echten Wettbewerb herzustellen. Vielmehr versuche die Auftraggeberin weiterhin, ihre Präferenz für die Geräte des Herstellers C*** durchzusetzen, indem die im Leistungsverzeichnis (Seite 16ff der Ausschreibungsunterlagen) enthaltenen Anforderungen auf die Geräte des Herstellers C*** zugeschnitten seien.

Dieses Bild einer diskriminierend auf die Geräte eines Herstellers abgestimmten Ausschreibung werde dadurch bestätigt, dass in der antragsgegenständlichen Ausschreibung weiterhin insbesondere folgende "Auffälligkeiten" enthalten seien, die die wahre Intention der Auftraggeberin offenbaren würden:

Nach wie vor würden sich in der Ausschreibung unter anderem gerade jene im Feststellungsverfahren F/0007-BVA/11/2012 von der Auftraggeberin als vermeintliche Alleinstellungsmerkmale der C***-Geräte genannten Anforderungen wiederfinden, nämlich insbesondere die Anforderung "elektrohydraulischer" Geräte und "beweglicher Therapiekopf". Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass die Auftraggeberin diese Anforderungen keineswegs im Vorfeld etwa durch Konsultation der verschiedenen Nutzer der Geräte festgelegt habe, sondern diese erst nachträglich im Vergabekontrollverfahren unter Berufung auf D*** zur Rechtfertigung der ausschreibungsfreien Vergabe ge- oder erfunden worden seien. Die Einschränkung auf elektrohydraulische Geräte sei nicht nur - gemessen am Bedarf der Auftraggeberin - unüblich sondern auch unsachlich, weil diese Einschränkung einerseits den Wettbewerb grundlos beschränke und andererseits nicht auf den Bedarf der Nutzer zurückgehe, sondern auf den Rat eines rechtswidrig konsultierten Arztes, dem letztlich sogar das BVA mit ungewöhnlich deutlichen Worten die Glaubwürdigkeit abgesprochen habe.

In der Ausschreibung seien Anforderungen teilweise nicht als "Muss- Anforderungen" sondern als "Leistungsmerkmale" festgelegt, die "im Rahmen der Zuschlagskriterien" bewertet würden. Diese Leistungsmerkmale seien teilweise durch bestimmte zahlenmäßige Werte (zB 150cm) beschrieben und mit einer bestimmten Punktezahl verknüpft:

für das Los 1 ("Stoßwellentherapiegerät klein"):

"Die Elektroden (Therapieköpfe geben mehr als 90.000 Impulse ab, ohne dass ein Tausch erforderlich ist" (4 Punkte).

"Die Verbindung zwischen Gerät und Therapiekopf ist mindestens 150cm lang" (3 Punkte).

für das Los 2 ("Stoßwellentherapiegerät groß"):

"Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000

Impulse" (4 Punkte).

Ein derartiges Bewertungssystem sei zunächst ganz allgemein unsachlich, weil einerseits marginale Unterschiede der zur Bewertung gelangenden Eigenschaften zu exorbitant hohen Bewertungssprüngen führen würden (zB 0 statt 4 Punkten bei 90.000 statt 90.001 Impulsen) und andererseits exorbitant große Unterschiede bei denselben Eigenschaften völlig gleich bewertet werden könnten (zB 4 Punkte bei 90.001 und 1.000.000 Impulsen).

Darüber hinaus würden damit jene Geräte bevorzugt, die die in den Leistungsmerkmalen vorgegebenen Eigenschaften gerade erreichen oder nur in geringem Ausmaß überschreiten; diese Geräte würden die volle Punktezahl erhalten. Andere Geräte, würden demgegenüber bei geringfügiger Unterschreitung einen unverhältnismäßig hohen Punkteabschlag erhalten oder würden trotz hoher Überschreitung nicht besser bewertet. Dem Vernehmen nach würden gerade die Geräte des Herstellers C*** die Leistungsmerkmale gerade erfüllen oder nur in überschaubarem Ausmaß überschreiten, sodass diese Geräte gegenüber anderen Geräten bevorzugt würden.

Im nunmehrigen Leistungsverzeichnis seien zwar keine Größenvorgaben mehr enthalten - diese Auffälligkeit habe die Auftraggeberin beseitigt. Weiterhin seien aber hinsichtlich der Position 1 ("Stoßwellentherapiegerät klein") gefordert, dass dieses Stoßwellentherapiegerät unter 20kg schwer sein dürfe. Wenig überraschend wiege das Gerät "orthogold100" von C*** laut einem im Internet verfügbaren Datenblatt 16,5kg. Aufgerundet auf ganze 10kg ergebe sich exakt die in der Ausschreibung festgelegte Gewichtsgrenze (20kg).

Zur Klarstellung sei festzuhalten, dass die einzelnen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses ("Muss-Anforderungen" und "Leistungsmerkmale") isoliert betrachtet natürlich von mehreren Geräten auch anderer Hersteller erfüllt würden. Anzubieten seien aber Geräte, die alle Muss-Anforderungen erfüllen bzw hinsichtlich der "Leistungsmerkmale" möglichst exakt erfüllen, sodass letztlich nur die von der Auftraggeberin bereits ursprünglich bevorzugten Geräte des Herstellers C*** übrig blieben oder zumindest von vornherein eine optimale Bewertung im Rahmen der Zuschlagskriterien zu erwarten hätten.

Die Ausschreibung verstoße damit insbesondere gegen § 96 Abs 1 BVergG (Gebot zur neutralen Leistungsbeschreibung) und § 96 Abs 3 BVergG, wonach die Leistung nicht so umschrieben werden dürfe, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Darüber hinaus widerspreche die Ausschreibung insbesondere im Hinblick auf die dargelegte Bewertung der "Leistungsmerkmale" auch allgemein den Grundsätzen der Sachlichkeit und Gleichbehandlung und im Speziellen gegen § 2 Z 20 aa) BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlichen günstigsten Angebotes zu dienen hätten und nicht diskriminierend sein dürfen. Die Ausschreibung verstoße damit insbesondere gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG (Gebot zur neutralen Leistungsbeschreibung) und Paragraph 96, Absatz 3, BVergG, wonach die Leistung nicht so umschrieben werden dürfe, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Darüber hinaus widerspreche die Ausschreibung insbesondere im Hinblick auf die dargelegte Bewertung der "Leistungsmerkmale" auch allgemein den Grundsätzen der Sachlichkeit und Gleichbehandlung und im Speziellen gegen Paragraph 2, Ziffer 20, aa) BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlichen günstigsten Angebotes zu dienen hätten und nicht diskriminierend sein dürfen.

Rechtswidrig seien auch einige weitere Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, wie etwa

- -Strichaufzählung
die Regelung unter Punkt 8. der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), wonach für die Erstellung des Angebotes "gleichgültig, welche Vorarbeiten hiezu erforderlich waren - keine Vergütung geleistet" werde (insbesondere Verstoß gegen § 111 Abs 3 BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei), die Regelung unter Punkt 8. der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), wonach für die Erstellung des Angebotes "gleichgültig, welche Vorarbeiten hiezu erforderlich waren - keine Vergütung geleistet" werde (insbesondere Verstoß gegen Paragraph 111, Absatz 3, BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei),
- -Strichaufzählung
die Regelung unter Punkt 10 a) (7) der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), worin ausschließlich Referenzen für die Lieferung von elektrohydraulischen Geräten zugelassen würden, weil die Einschränkung auf "elektrohydraulische" Geräte unsachlich sei, keine Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Bieters zulasse und überdies offenbar ebenfalls darauf abziele, den Hersteller C*** bzw dessen Vertriebspartner zu bevorzugen (Verstoß unter anderem gegen § 70 Abs 1 BVergG, wonach geforderte Nachweise durch den Ausschreibungsgegenstand gerechtfertigt sein müssten) die Regelung unter Punkt 10 a) (7) der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), worin ausschließlich Referenzen für die Lieferung von elektrohydraulischen Geräten zugelassen würden, weil die Einschränkung auf "elektrohydraulische" Geräte unsachlich sei, keine Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Bieters zulasse und überdies offenbar ebenfalls darauf abziele, den Hersteller C*** bzw dessen Vertriebspartner zu bevorzugen (Verstoß unter anderem gegen Paragraph 70, Absatz eins, BVergG, wonach geforderte Nachweise durch den Ausschreibungsgegenstand gerechtfertigt sein müssten)
- -Strichaufzählung
die Regelung unter Punkt 16 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach die Auftraggeberin bei nicht geringfügigen Mängeln nach eigener Wahl und somit ohne vorherige Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit Wandlung verlangen könne oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen könne (Verstoß gegen § 78 Abs 3 BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden

werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei ganz einfach zu behebenden Mängeln, den Vertrag zur Gänze aufzulösen oder zu völlig unbestimmten Mehrkosten eine Ersatzvornahme durchzuführen, ohne dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu geben, den Mangel selbst zu beheben), die Regelung unter Punkt 16 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach die Auftraggeberin bei nicht geringfügigen Mängeln nach eigener Wahl und somit ohne vorherige Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit Wandlung verlangen könne oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen könne (Verstoß gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei ganz einfach zu behebenden Mängeln, den Vertrag zur Gänze aufzulösen oder zu völlig unbestimmten Mehrkosten eine Ersatzvornahme durchzuführen, ohne dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu geben, den Mangel selbst zu beheben),

- -Strichaufzählung

die Regelung unter Punkt 20 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach ein primär als Bareinbehalt vorgesehener Hafrücklass durch einen näheren Modalitäten unterliegenden "Garantiebrief" ersetzt werden könne (Verstoß gegen § 85 Abs 2 BVergG, wonach als Sicherstellungsmittel eine Bankgarantie festzulegen sei), die Regelung unter Punkt 20 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach ein primär als Bareinbehalt vorgesehener Hafrücklass durch einen näheren Modalitäten unterliegenden "Garantiebrief" ersetzt werden könne (Verstoß gegen Paragraph 85, Absatz 2, BVergG, wonach als Sicherstellungsmittel eine Bankgarantie festzulegen sei),

- -Strichaufzählung

die Regelung unter Punkt 25 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 8), wonach die Auftraggeberin bei Verzug eine Pönale von bis zu 20% des Auftragswertes fordern und/oder ohne Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten könne (Verstoß gegen § 78 Abs 3 BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei geringfügiger Überschreitung der Lieferfrist vom Vertrag zurückzutreten und zugleich eine Vertragsstrafen von 20% zu fordern, was für den Bieter zu nicht kalkulierbaren Risiken führe, zumal die Regelung unabhängig vom Vorliegen eines Schadens gelte). Hinzu komme, dass die Regelung widersprüchlich und daher umso mehr in ihren Auswirkungen für den Bieter nicht abschätzbar sei: die Regelung unter Punkt 25 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 8), wonach die Auftraggeberin bei Verzug eine Pönale von bis zu 20% des Auftragswertes fordern und/oder ohne Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten könne (Verstoß gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei geringfügiger Überschreitung der Lieferfrist vom Vertrag zurückzutreten und zugleich eine Vertragsstrafen von 20% zu fordern, was für den Bieter zu nicht kalkulierbaren Risiken führe, zumal die Regelung unabhängig vom Vorliegen eines Schadens gelte). Hinzu komme, dass die Regelung widersprüchlich und daher umso mehr in ihren Auswirkungen für den Bieter nicht abschätzbar sei:

Einerseits sei nämlich festgelegt, dass es auf ein Verschulden des Auftragnehmers nicht ankomme. Zugleich werde - damit im Widerspruch stehend - ausgeführt, dass die Regelung dann nicht gelte, wenn der Auftragnehmer nachweise, dass ihn kein Verschulden treffe.

- -Strichaufzählung

die Regelung in Punkt 33 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 9), wonach "Interventionsversuche" bei Entscheidungsträgern durch den Bieter, mit dem Ziel den Ausgang des Vergabeverfahrens zu beeinflussen, zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen würden (Verstoß gegen die abschließend in § 68 BVergG aufgezählten Ausschlussgründe; die gegenständliche Regelung würde es der Auftraggeberin erlauben, einen Bieter selbst dann auszuschließen, wenn dieser die Auftraggeberin auf einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Vergabefehler allenfalls auch im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens hinweise, um so die tatsächlich oder zumindest mutmaßlich gebotene Korrektur einer Vergabeentscheidung zu erwirken), die Regelung in Punkt 33 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 9), wonach "Interventionsversuche" bei Entscheidungsträgern durch den Bieter, mit dem Ziel den Ausgang des Vergabeverfahrens zu beeinflussen, zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen würden (Verstoß gegen die abschließend in Paragraph 68, BVergG aufgezählten Ausschlussgründe; die gegenständliche Regelung würde es der Auftraggeberin erlauben, einen Bieter selbst dann auszuschließen, wenn dieser die Auftraggeberin auf einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Vergabefehler allenfalls auch im Rahmen

eines Vergabekontrollverfahrens hinweise, um so die tatsächlich oder zumindest mutmaßlich gebotene Korrektur einer Vergabeentscheidung zu erwirken),

- -Strichaufzählung

die Regelung unter Punkt 3 der Besonderen Bedingungen (Seite 10), wonach das angebotene Stoßwellentherapiegeräte 14 Tage probeweise auf Kosten und Gefahr des Bieters bereitzustellen sei (insbesondere Verstoß gegen § 111 Abs 3 BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei).die Regelung unter Punkt 3 der Besonderen Bedingungen (Seite 10), wonach das angebotene Stoßwellentherapiegeräte 14 Tage probeweise auf Kosten und Gefahr des Bieters bereitzustellen sei (insbesondere Verstoß gegen Paragraph 111, Absatz 3, BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei).

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch die Angebotsöffnung und später die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von ihr mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Öffnung der Angebote würde zur Schaffung von Tatsachen führen, die von ihr mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Durch die Öffnung der Angebote würden nämlich Konkurrenten Kenntnis über Inhalte ihres Angebotes erlangen. Bei Nichtigerklärung der Ausschreibung und Neudurchführung bzw allenfalls Berichtigung derselben, könnten Konkurrenten diese Informationen zu ihrem Nachteil verwerten.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 5. April 2013 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin des Vergabeverfahrens "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 670.000,00 exklusive USt der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Auftraggeberin aus, dass die sofortige Vergabe des Auftrages zur Lieferung von 7 Stück elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräten nicht erforderlich sei. Es seien keine Interessen von Bewerbern bekannt, welche den unverzüglichen Fortgang des Vergabeverfahrens erforderlich machen würden.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, hat zur Beschaffung "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von €

670.000,00,-- exklusive USt ausgeschrieben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 4. April 2013)

Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 8. April 2013, 11:00 Uhr, festgelegt. (Schreiben der Antragstellerin vom 29. März 2013)

1. 3.Ziffer 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 Angebotsöffnung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - 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.Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach

Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Angebotsöffnung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - 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 Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 4 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 8. April 2013, 11:00 Uhr, festgelegt. Der Nachprüfungsantrag ist am 29. März 2013 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 8. April 2013, 11:00 Uhr, festgelegt. Der Nachprüfungsantrag ist am 29. März 2013 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

1. 4.Ziffer 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 Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 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 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 Paragraph 329, Absatz eins, 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 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.

Die Antragstellerin hat einen Antrag "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung untersagt wird" gestellt.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Ausschreibung die Angebotsöffnung beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass durch die Öffnung der Angebote Konkurrenten Kenntnis über Inhalte ihres Angebotes erlangen und bei Nichtigerklärung der Ausschreibung und Neudurchführung bzw allenfalls Berichtigung derselben, Konkurrenten diese Informationen zum Nachteil der Antragstellerin verwerten könnten, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Der Lauf der Angebotsfrist kann nicht mehr ausgesetzt werden, da er bereits abgelaufen ist.

Die Auftraggeberin hat zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vorgebracht, dass die sofortige Vergabe des Auftrages zur Lieferung von 7 Stück elektrohydraulischen Stoßwellentherapiegeräten nicht erforderlich sei. Es seien keine Interessen von Bewerbern bekannt, welche den unverzüglichen Fortgang des Vergabeverfahrens erforderlich machen würden.

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.

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 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. 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). 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. 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 vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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