

TE Verg Bescheid 2012/12/17 N/0118-BVA/09/2012-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.12.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken - BBG: GZ - Nr. 2101.01635" der Auftraggeber "Republik Österreich (Bund) sowie aller weiterer öffentlicher Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Bundesgebiet der Republik Österreich", vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lasallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7. Dezember 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung

einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken - BBG: GZ - Nr. 2101.01635" der Auftraggeber "Republik Österreich (Bund) sowie aller weiterer öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Bundesgebiet der Republik Österreich", vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lasallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7. Dezember 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird und den Auftraggebern die Angebotsöffnung untersagt wird", wird stattgegeben.

Den Auftraggebern Republik Österreich (Bund) und den weiteren öffentlichen Auftraggebern im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich, soweit diese in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG), wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken - BBG: GZ - Nr. 2101.01635" die Angebote zu öffnen. Gleichzeitig wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt. Den Auftraggebern Republik Österreich (Bund) und den weiteren öffentlichen Auftraggebern im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich, soweit diese in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG), wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Herstellung des verwendungsfertigen Zustandes von Büromöbeln & Gerichtsschränken - BBG: GZ - Nr. 2101.01635" die Angebote zu öffnen. Gleichzeitig wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt.

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

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2012 einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigkeitsklärung einzelner Punkte der Ausschreibungsbestimmungen, sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Akteneinsicht sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber laut Ausschreibung die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber iSd §§ 3, 164 u. 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich, seien. Die Auftraggeber würden von der BBG vertreten. Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber laut Ausschreibung die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraphen 3, 164, u. 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich, seien. Die Auftraggeber würden von der BBG vertreten.

Die Auftraggeber würden gemeinsam ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung durchführen. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 31. Jänner 2013, 12.00 Uhr, festgelegt.

Die Ausschreibungsunterlagen und die Bekanntmachung würden zahlreiche rechtswidrige Vorgaben enthalten.

Im Hinblick darauf, dass zu den Auftraggebern auch Auftraggeber im Vollziehungsbereich der Länder zählen würden, werde angemerkt, dass der Antragstellerin die Anteile der Auftraggeber am Auftragswert nicht bekannt seien. In der Ausschreibung sei das Bundesvergabeamt als zuständige Nachprüfungsbehörde angegeben. Die Antragstellerin gehe von einem Überwiegen des Bundeanteils aus.

Die Antragstellerin wolle sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen und letztlich den Auftrag erhalten. Für die Beschaffung und das Studium der umfangreichen Ausschreibungsunterlagen seien der Antragstellerin bereits Kosten entstanden. Würden die gerügten Rechtswidrigkeiten nicht behoben, sei die Antragstellerin nicht in der Lage, sich an einer rechtskonformen Ausschreibung zu beteiligen und ein erfolgversprechendes Angebot zu legen. In weiterer Folge würde sie die Chance auf Auftragserhalt verlieren. Die bereits getätigten Aufwendungen wären frustriert. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Weiters drohe Schaden

aus entgangenem Gewinn. Auch würden ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeber in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren, das nicht nur zur Markterkundung, sondern aufgrund tatsächlicher Vergabeabsicht durchgeführt werde,
- -Strichaufzählung
auf Angebotslegung aufgrund einer rechtskonformen Ausschreibung, dem ein hinreichendes Mengengerüst zugrunde gelegt werde,
- -Strichaufzählung
auf Vergütung besonderer Ausarbeitungen,
- -Strichaufzählung
auf unbeschränkten Rechtsschutz und Geltendmachung aller Verschuldensgrade öffentlicher Auftraggeber,
- -Strichaufzählung
auf Abgabe eines Angebotes ohne Erbringung umfangreicher Vorarbeiten,
- -Strichaufzählung
auf Abgabe eines Angebotes ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken,
- -Strichaufzählung
auf Gleichbehandlung,
- -Strichaufzählung
auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren, das den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen entspreche.

Vergabeverstöße:

Überschießender Auftraggeberkreis:

Gemäß Ausschreibung seien Auftraggeber die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 u. 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich. Diese Festlegung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Gemäß § 3 Abs 3 BB-GmbH- Gesetz sei die BBG zwar berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß § 3 Abs 1 Z 2 u. 3 sowie gemäß §§ 164 u. 165 BVergG Vergabeverfahren durchzuführen. Damit werde jedoch kein gesetzliches Vollmachtsverhältnis begründet - wozu wohl auch die Zustimmung der Länder erforderlich gewesen wäre - sondern der BBG bloß die Möglichkeit eröffnet, auch für andere Auftraggeber als für den Bund tätig zu werden, sofern zuvor eine entsprechende Vollmacht dazu erteilt werde. Die BBG müsse also entsprechend beauftragt und bevollmächtigt werden. Gemäß Ausschreibung seien Auftraggeber die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164, u. 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich. Diese Festlegung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Gemäß Paragraph 3, Absatz 3, BB-GmbH- Gesetz sei die BBG zwar berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, u. 3 sowie gemäß Paragraphen 164, u. 165 BVergG Vergabeverfahren durchzuführen. Damit werde jedoch kein gesetzliches Vollmachtsverhältnis begründet - wozu wohl auch die Zustimmung der Länder erforderlich gewesen wäre - sondern der BBG bloß die Möglichkeit eröffnet, auch für andere Auftraggeber als für den Bund tätig zu werden, sofern zuvor eine entsprechende Vollmacht dazu erteilt werde. Die BBG müsse also entsprechend beauftragt und bevollmächtigt werden.

Selbst wenn man § 3 Abs 3 BB-GmbH- Gesetz dahingehend verstehen wollte, dass damit der BBG eine gesetzliche Vollmacht eingeräumt würde, würde diese Vollmacht einen entsprechenden "Bedarf an Waren und Dienstleistungen" voraussetzen, der aber mit Sicherheit nicht bei allen Auftraggebern gegeben sei. Auch aus diesem Grund sei keine gesetzliche Vollmacht der BBG zur Vertretung aller öffentlichen Auftraggeber anzunehmen. Selbst wenn man Paragraph 3, Absatz 3, BB-GmbH- Gesetz dahingehend verstehen wollte, dass damit der BBG eine gesetzliche Vollmacht eingeräumt würde, würde diese Vollmacht einen entsprechenden "Bedarf an Waren und Dienstleistungen" voraussetzen, der aber mit Sicherheit nicht bei allen Auftraggebern gegeben sei. Auch aus diesem Grund sei keine gesetzliche Vollmacht der BBG zur Vertretung aller öffentlichen Auftraggeber anzunehmen.

Ebenso sei evident, dass die BBG über keine rechtsgeschäftliche Vollmacht verfüge, um alle in der Ausschreibung

genannten Auftraggeber zu vertreten. Immerhin werde in der Ausschreibung auf die mangelnde rechtsgeschäftliche Vollmacht sogar implizit hingewiesen, weil die Auftraggeber gemäß Pkt. 5.2 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung (RV) nur dann zur Erteilung von Einzelaufträgen berechtigt seien, wenn sie zum Zeitpunkt des Abrufes eine entsprechende Vereinbarung mit der BBG abgeschlossen hätten. Dies bedeute, dass es Auftraggeber geben müsse, die zumindest derzeit noch keine Vereinbarung samt entsprechender Vollmachtsbegründung mit der BBG abgeschlossen hätten. Ebenso sei evident, dass die BBG über keine rechtsgeschäftliche Vollmacht verfüge, um alle in der Ausschreibung genannten Auftraggeber zu vertreten. Immerhin werde in der Ausschreibung auf die mangelnde rechtsgeschäftliche Vollmacht sogar implizit hingewiesen, weil die Auftraggeber gemäß Pkt. 5.2 der Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung Regierungsvorlage nur dann zur Erteilung von Einzelaufträgen berechtigt seien, wenn sie zum Zeitpunkt des Abrufes eine entsprechende Vereinbarung mit der BBG abgeschlossen hätten. Dies bedeute, dass es Auftraggeber geben müsse, die zumindest derzeit noch keine Vereinbarung samt entsprechender Vollmachtsbegründung mit der BBG abgeschlossen hätten.

Abgesehen von dem aus vollmachts- und auftragslosen Handeln abzuleitenden materiell-rechtlichen Konsequenzen gegen die BBG, werde damit auch ein ordnungsgemäßer Vergaberechtschutz unterlaufen (vgl etwa § 323 Abs 3 BVerG). Abgesehen von dem aus vollmachts- und auftragslosen Handeln abzuleitenden materiell-rechtlichen Konsequenzen gegen die BBG, werde damit auch ein ordnungsgemäßer Vergaberechtschutz unterlaufen vergleiche etwa Paragraph 323, Absatz 3, BVerG).

Gemäß § 19 Abs 4 BVerG dürften Vergabeverfahren nur dann durchgeführt werden, wenn die Absicht bestehe, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Dieser Grundsatz möge bei Rahmenvereinbarungen zwar abgeschwächt sein. Dies ändere aber nichts daran, dass der Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens zumindest subjektiv gewillt und objektiv dazu in der Lage sein müsse, die Leistung zu vergeben. Ein Blick in das Mengengerüst in der Ausschreibung verdeutliche, dass nicht einmal versucht worden sei, den Bedarf der Auftraggeber und damit deren Vergabeabsicht zu erheben. Es sei evident, dass nicht bei allen Auftraggebern die Absicht bestehen könne, die Leistung tatsächlich zur Vergabe zu bringen, zumal die meisten Auftraggeber nicht einmal von ihrem "Glück" wissen würden, dass in ihrem Namen ein Vergabeverfahren eingeleitet worden sei. Gemäß Paragraph 19, Absatz 4, BVerG dürften Vergabeverfahren nur dann durchgeführt werden, wenn die Absicht bestehe, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Dieser Grundsatz möge bei Rahmenvereinbarungen zwar abgeschwächt sein. Dies ändere aber nichts daran, dass der Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens zumindest subjektiv gewillt und objektiv dazu in der Lage sein müsse, die Leistung zu vergeben. Ein Blick in das Mengengerüst in der Ausschreibung verdeutliche, dass nicht einmal versucht worden sei, den Bedarf der Auftraggeber und damit deren Vergabeabsicht zu erheben. Es sei evident, dass nicht bei allen Auftraggebern die Absicht bestehen könne, die Leistung tatsächlich zur Vergabe zu bringen, zumal die meisten Auftraggeber nicht einmal von ihrem "Glück" wissen würden, dass in ihrem Namen ein Vergabeverfahren eingeleitet worden sei.

Unzureichendes Mengengerüst:

Der Leistungsgegenstand werde laut Ausschreibung je nach Liefergebiet und Leistung in mehrere Lose unterteilt und dazu die folgenden Abrufvolumen angegeben:

Los 1a: Büromöbel Wien: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro XXXX
Los 1a: Büromöbel Wien: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro römisch 40

Los 1b: Büromöbel Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Steiermark: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro XXXX
Los 1b: Büromöbel Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Steiermark: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro römisch 40

Los 1c: Büromöbel Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Vorarlberg: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro XXXX
Los 1c: Büromöbel Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Vorarlberg: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro römisch 40

Los 2: Gerichtsschränke Gesamtösterreich: geschätztes Abrufvolumen pro Jahr Euro
XXXX
römisch 40

Weiters sei in Pkt. 2.2 AAB festgelegt, dass der Auftraggeber das Recht habe, die wertmäßige Gesamtjahresmenge um +50% pro Los und Jahr zu überschreiten.

Es sei offensichtlich, dass diese Angaben über das Mengengerüst nicht auf einer Bedarfserhebung beruhen würden,

sondern bestenfalls auf einer untauglichen Hochrechnung. Es sei in keiner Weise nachvollziehbar, wie der Auftraggeber zu der regionalen Verteilung gelange. Darüber hinaus zeige auch die Möglichkeit zur Überschreitung der wertmäßigen Gesamtjahresmenge um 50%, dass keine ernsthafte Bedarfserhebung durchgeführt worden sein könne. Schließlich seien die angegebenen Umsatzzahlen für eine seriöse Kalkulation ohnehin auch deshalb unbrauchbar, da sich daraus nicht erschließe, welche konkreten Produkte in welcher Menge und an welche konkreten Orte zu liefern seien.

Ebenso unbrauchbar seien die im LV zum sogenannten "Kernwarenkorb" angegebenen Stückzahlen. Diese würden nämlich offensichtlich nicht auf einer Bedarfserhebung bei allen Auftraggebern beruhen. Vielmehr dürfte es sich hierbei um Berechnung aufgrund der bisher in den Vorjahren geltenden Rahmenvereinbarung handeln. Wenn nun aber die berechneten Mengen in den Vorjahren bereits an Auftraggeber geliefert worden seien, führe dies dazu, dass deren Bedarf vorerst gedeckt sei. Es könne daraus nicht auf den Bedarf für die kommenden Jahre geschlossen werden. Eher sei das Gegenteil der Fall. Überdies seien die Abrufzahlen aus der in den Vorjahren geltenden Rahmenvereinbarung auch deshalb unbrauchbar, da sich die damalige Rahmenvereinbarung auf einen anderen Auftraggeberkreis bezogen habe. Schließlich sei auch eine offenbar willkürliche Aufteilung auf die regionalen Lose vorgenommen worden. Auch aus den Stückzahlen des LV lasse sich im Übrigen in keiner Weise erschließen, an welchen konkreten Orten und in welchen Einzelmengen die Büromöbel zu liefern sein würden.

Auch bei Rahmenvereinbarungen sei es aber notwendig, ein hinreichendes Mengengerüst festzulegen, um einerseits die Preisgestaltung nicht zu einem unzumutbaren und unkalkulierbaren Risiko für die Bieter werden zu lassen und andererseits Spekulationen hintan zu halten. Ein solches hinreichendes Mengengerüst liege gegenständlich nicht vor.

Unbestimmte Produkte außerhalb "Kernwarenkorb":

In der Ausschreibung sei vorgesehen, dass die Bieter Produkte eines sogenannten Kernwarenkorb preislisch anzubieten hätten, wobei allein die Preise für die Produkte des Kernwarenkorb in die Angebotsbewertung einfließen würden. Gemäß Pkt. 4.2 RV sei dieser Kernwarenkorb aber keine abschließende Darstellung des Leistungsgegenstandes. Vielmehr könnten bei Einzelabrufen weitgehend beliebige Büromöbel abgerufen werden, wobei darunter laut Ausschreibung sämtliche Produkte zu verstehen seien, welche zur Gliederung bzw. Einrichtung eines Büroraumes erforderlich seien. In der Ausschreibung sei vorgesehen, dass die Bieter Produkte eines sogenannten Kernwarenkorb preislisch anzubieten hätten, wobei allein die Preise für die Produkte des Kernwarenkorb in die Angebotsbewertung einfließen würden. Gemäß Pkt. 4.2 Regierungsvorlage sei dieser Kernwarenkorb aber keine abschließende Darstellung des Leistungsgegenstandes. Vielmehr könnten bei Einzelabrufen weitgehend beliebige Büromöbel abgerufen werden, wobei darunter laut Ausschreibung sämtliche Produkte zu verstehen seien, welche zur Gliederung bzw. Einrichtung eines Büroraumes erforderlich seien.

Für derartige, inhaltlich nicht näher beschriebene Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorb, würden in der Ausschreibung keine Preise abgefragt und diese Möbel bei der Angebotsbewertung auch ignoriert. Im Ergebnis könnte somit der Auftraggeber aufgrund der Rahmenvereinbarung uneingeschränkt Leistungen beauftragen, die niemals einem Wettbewerb unterzogen worden seien. Auch damit sei die Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Die in der Ausschreibung vorgesehene Erweiterung der Rahmenvereinbarung auf Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorb in unbestimmtem Ausmaß und unbestimmten Eigenschaften verstoße gegen die Grundsätze des Wettbewerbs (§ 19 Abs 1 BVergG), da diese Produkte bei der Angebotsbewertung in keiner Weise Berücksichtigung finden würden und somit dem Wettbewerb entzogen seien. Hinzu komme, dass die Ausschreibung damit gegen § 78 Abs 3 BVergG verstoße, da mangels Konkretisierung und Auspreisung der Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorb die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. Die grundsätzlich vorhandene Flexibilität der Rahmenvereinbarung sei bereits dann überspannt, wenn an Ort geliefert werden solle, die in der Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen seien. Dies gelte umso mehr dann, wenn sich der Auftraggeber vorbehalte, abweichend vom auspreisenden Kernwarenkorb irgendwelche anderen nicht näher spezifizierte Produkte ohne preisliche Festlegung und ohne vorangehende Bewertung liefern zu lassen. Schließlich fehle zur Gänze eine mengenmäßige Bestimmung der Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorb, sodass die Erweiterung auf Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorb auch mangels hinreichendem Mengengerüst rechtswidrig sei. Für derartige, inhaltlich nicht näher beschriebene Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorb, würden in der Ausschreibung keine Preise abgefragt und diese Möbel bei der Angebotsbewertung auch ignoriert. Im Ergebnis könnte somit der Auftraggeber aufgrund der Rahmenvereinbarung uneingeschränkt Leistungen beauftragen, die niemals einem Wettbewerb unterzogen worden

seien. Auch damit sei die Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Die in der Ausschreibung vorgesehene Erweiterung der Rahmenvereinbarung auf Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorbs in unbestimmtem Ausmaß und unbestimmten Eigenschaften verstoße gegen die Grundsätze des Wettbewerbs (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG), da diese Produkte bei der Angebotsbewertung in keiner Weise Berücksichtigung finden würden und somit dem Wettbewerb entzogen seien. Hinzu komme, dass die Ausschreibung damit gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG verstoße, da mangels Konkretisierung und Auspreisung der Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorbs die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. Die grundsätzlich vorhandene Flexibilität der Rahmenvereinbarung sei bereits dann überspannt, wenn an Ort geliefert werden solle, die in der Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen seien. Dies gelte umso mehr dann, wenn sich der Auftraggeber vorbehalte, abweichend vom auspreisten Kernwarenkorb irgendwelche anderen nicht näher spezifizierte Produkte ohne preisliche Festlegung und ohne vorangehende Bewertung liefern zu lassen. Schließlich fehle zur Gänze eine mengenmäßige Bestimmung der Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorbs, sodass die Erweiterung auf Büromöbel außerhalb des Kernwarenkorbs auch mangels hinreichendem Mengengerüst rechtswidrig sei.

Rechtswidrige Bemusterung:

Gemäß Pkt. 8.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) behalte sich die BBG vor, die ausgeschriebenen Produkte einer Bemusterung zu unterziehen. Auf Aufforderung habe der Bieter die Produkte binnen 10 Tagen zur Bemusterung bereit zu stellen, wobei diese ausnahmslos den geforderten Spezifikationen entsprechen müssten. Die Bemusterung habe kostenlos zu erfolgen. Darüber hinaus könne die Bemusterung auch zerstörend sein, wobei auch in diesem Fall kein Kostenersatz geleistet würde. Schließlich werde der Bieter sogar dazu verpflichtet, im Falle eines negativen Prüfergebnisses durch ein externes Prüfinstitut einen Kostenersatz an die BBG zu leisten. Auch diese Regelung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Mit dieser Festlegung werde nämlich eine besondere Ausarbeitung iSd § 111 Abs 3 BVergG gefordert, sodass für die Bemusterung eine angemessene Vergütung zu leisten wäre, dies umso mehr, als die Bemusterung zerstörend sein könne. Hinzu komme, dass die Bieter aufgrund der sehr kurzen Frist zur Bemusterung entgegen § 79 Abs 3 BVergG (Verbot umfangreicher Vorarbeiten) genötigt würden, bereits in der Angebotsphase mit der Produktion der Musterstücke zu beginnen, um die Bemusterungsfrist überhaupt einhalten zu können. Gemäß Pkt. 8.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) behalte sich die BBG vor, die ausgeschriebenen Produkte einer Bemusterung zu unterziehen. Auf Aufforderung habe der Bieter die Produkte binnen 10 Tagen zur Bemusterung bereit zu stellen, wobei diese ausnahmslos den geforderten Spezifikationen entsprechen müssten. Die Bemusterung habe kostenlos zu erfolgen. Darüber hinaus könne die Bemusterung auch zerstörend sein, wobei auch in diesem Fall kein Kostenersatz geleistet würde. Schließlich werde der Bieter sogar dazu verpflichtet, im Falle eines negativen Prüfergebnisses durch ein externes Prüfinstitut einen Kostenersatz an die BBG zu leisten. Auch diese Regelung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Mit dieser Festlegung werde nämlich eine besondere Ausarbeitung iSd Paragraph 111, Absatz 3, BVergG gefordert, sodass für die Bemusterung eine angemessene Vergütung zu leisten wäre, dies umso mehr, als die Bemusterung zerstörend sein könne. Hinzu komme, dass die Bieter aufgrund der sehr kurzen Frist zur Bemusterung entgegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG (Verbot umfangreicher Vorarbeiten) genötigt würden, bereits in der Angebotsphase mit der Produktion der Musterstücke zu beginnen, um die Bemusterungsfrist überhaupt einhalten zu können.

Kostenlose "Nebenleistungen":

Gemäß Pkt. 7 RV habe der Rahmenvereinbarungspartner Nebenleistungen zu erbringen. Zunächst sei auf Aufforderung eine Besichtigung vor Ort vorzunehmen und der Auftraggeber zu beraten. Anschließend seien ein Grundrissplan im Maßstab 1:50 zu erstellen und auf Wunsch des Auftraggebers bis zu zwei Umplanungen vorzunehmen. Darüber hinaus müssten die Partner für bis zu drei Beratungsgespräche vor Ort zur Verfügung stehen. Alle diese Leistungen seien kostenlos durchzuführen und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Ausmaß im Einzelfall überhaupt zu vergütende Leistungen abgerufen würden. Das Ausmaß der kostenlosen Nebenleistungen sei letztlich auch in Anbetracht des Auftraggeberkreises völlig unbestimmt. Die Partner könnten damit verhalten sein, ständig kostenlose Leistungen unbestimmten Ausmaßes zu erbringen ohne auch nur einen einzigen Cent zu verdienen. Gemäß Pkt. 7 Regierungsvorlage habe der Rahmenvereinbarungspartner Nebenleistungen zu erbringen. Zunächst sei auf Aufforderung eine Besichtigung vor Ort vorzunehmen und der Auftraggeber zu beraten. Anschließend seien ein Grundrissplan im Maßstab 1:50 zu erstellen und auf Wunsch des Auftraggebers bis zu zwei Umplanungen vorzunehmen. Darüber hinaus müssten die Partner für bis zu drei Beratungsgespräche vor Ort zur Verfügung stehen.

Alle diese Leistungen seien kostenlos durchzuführen und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Ausmaß im Einzelfall überhaupt zu vergütende Leistungen abgerufen würden. Das Ausmaß der kostenlosen Nebenleistungen sei letztlich auch in Anbetracht des Auftraggeberkreises völlig unbestimmt. Die Partner könnten damit verhalten sein, ständig kostenlose Leistungen unbestimmten Ausmaßes zu erbringen ohne auch nur einen einzigen Cent zu verdienen.

Damit verstoße die Ausschreibung insbesondere gegen § 78 Abs 3 BVergG, wonach die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden würden. Damit verstoße die Ausschreibung insbesondere gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG, wonach die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden würden.

Änderung der Vertragsbedingungen (Pkt. 5.2 RV):

Gemäß Pkt. 5.2 RV könne der Einzelabruf nach Aufforderung zur Vervollständigung, Abänderung oder Verbesserung des jeweiligen Angebotes auf Grundlage der vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung erteilt werden. Wenn die dabei spezifizierten Produkte den Produkten des Kernwarenkorbs entsprechen würden, dürfe der dafür angebotene Preis allerdings nicht überschritten werden. Neben den technischen Spezifikationen könnten in einer solchen Aufforderung aber auch etwa Änderungen der Garantielaufzeit, Rechnungslegung, Haftungsrücklass, Stornoreglung etc. getroffen werden. Diese Regelung sei jedoch entgegen § 78 Abs 3 BVergG bereits deshalb unkalkulierbar und rechtswidrig, da sie dem Partner auferlege, den ursprünglich angebotenen Preis selbst dann aufrecht zu erhalten, wenn die Vertragsbedingungen (zB das Zahlungsziel) zu Lasten des Auftragnehmers geändert würden. Gemäß Pkt. 5.2 Regierungsvorlage könne der Einzelabruf nach Aufforderung zur Vervollständigung, Abänderung oder Verbesserung des jeweiligen Angebotes auf Grundlage der vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung erteilt werden. Wenn die dabei spezifizierten Produkte den Produkten des Kernwarenkorbs entsprechen würden, dürfe der dafür angebotene Preis allerdings nicht überschritten werden. Neben den technischen Spezifikationen könnten in einer solchen Aufforderung aber auch etwa Änderungen der Garantielaufzeit, Rechnungslegung, Haftungsrücklass, Stornoreglung etc. getroffen werden. Diese Regelung sei jedoch entgegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG bereits deshalb unkalkulierbar und rechtswidrig, da sie dem Partner auferlege, den ursprünglich angebotenen Preis selbst dann aufrecht zu erhalten, wenn die Vertragsbedingungen (zB das Zahlungsziel) zu Lasten des Auftragnehmers geändert würden.

Diese Regelung widerspreche auch § 152 Abs 3 Z 2 BVergG. Demnach könne der Auftraggeber zwar eine Angebotslegung aufgrund von vervollständigten oder von anderen in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen verlangen. Die vorliegende Ausschreibungsbestimmung gehe jedoch darüber bei weitem hinaus. Die darin exemplarisch angesprochenen Vertragsbedingungen (zB Rechnungslegung) seien bereits vorhanden und könnten insofern gar nicht vervollständigt werden. In Betracht komme somit nur eine Abänderung dieser Bedingungen. Eine Abänderung sei aber nur insofern denkbar, als andere in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen zugrunde gelegt würden. In der Ausschreibung gebe es jedoch keine derartigen anderen konkret genannten Bedingungen. Im Ergebnis würden sich daher die Auftraggeber entgegen § 152 Abs 3 BVergG vorbehalten, die Bedingungen der Rahmenvereinbarung in jeder nur erdenklichen Weise abzuändern. Dadurch werde zusätzlich die Vergleichbarkeit der Angebote ausgeschlossen und darüber hinaus der Wettbewerbsgrundsatz verletzt. Diese Regelung widerspreche auch Paragraph 152, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG. Demnach könne der Auftraggeber zwar eine Angebotslegung aufgrund von vervollständigten oder von anderen in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen verlangen. Die vorliegende Ausschreibungsbestimmung gehe jedoch darüber bei weitem hinaus. Die darin exemplarisch angesprochenen Vertragsbedingungen (zB Rechnungslegung) seien bereits vorhanden und könnten insofern gar nicht vervollständigt werden. In Betracht komme somit nur eine Abänderung dieser Bedingungen. Eine Abänderung sei aber nur insofern denkbar, als andere in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen zugrunde gelegt würden. In der Ausschreibung gebe es jedoch keine derartigen anderen konkret genannten Bedingungen. Im Ergebnis würden sich daher die Auftraggeber entgegen Paragraph 152, Absatz 3, BVergG vorbehalten, die Bedingungen der Rahmenvereinbarung in jeder nur erdenklichen Weise abzuändern. Dadurch werde zusätzlich die Vergleichbarkeit der Angebote ausgeschlossen und darüber hinaus der Wettbewerbsgrundsatz verletzt.

Fehlende Kalkulierbarkeit im Hinblick auf Umfang und Ort der Einzelabrufe und unzureichender Mindermengenzuschlag:

Nach der Ausschreibung gebe es keine Vorgaben für eine Mindestabrufmenge. Die Rahmenvereinbarungspartner müssten daher bei einem Einzelabruf jede beliebige Menge an jeden beliebigen Ort innerhalb eines Loses liefern, ohne ein Recht auf entsprechende Preisanpassung zu haben. Die Ausschreibung sehe lediglich in Pkt. 10.3 RV einen Mindermengenzuschlag von Euro XXXX bei einem Abrufwert von Euro XXXX vor. Dieser Mindermengenzuschlag stehe aber mit den tatsächlichen Kosten der Bieter in keiner Relation und werde allein durch die in der Ausschreibung verlangten kostenlosen Nebenleistungen mehr als aufgebraucht. Dies stelle unkalkulierbare Risiken für den Bieter dar.

Nach der Ausschreibung gebe es keine Vorgaben für eine Mindestabrufmenge. Die Rahmenvereinbarungspartner müssten daher bei einem Einzelabruf jede beliebige Menge an jeden beliebigen Ort innerhalb eines Loses liefern, ohne ein Recht auf entsprechende Preisanpassung zu haben. Die Ausschreibung sehe lediglich in Pkt. 10.3 Regierungsvorlage einen Mindermengenzuschlag von Euro römisch 40 bei einem Abrufwert von Euro römisch 40 vor. Dieser Mindermengenzuschlag stehe aber mit den tatsächlichen Kosten der Bieter in keiner Relation und werde allein durch die in der Ausschreibung verlangten kostenlosen Nebenleistungen mehr als aufgebraucht. Dies stelle unkalkulierbare Risiken für den Bieter dar.

Rechtswidrige Haftungsbeschränkung:

Gemäß Pkt. 10 AAB werde die Haftung der Auftraggeber und der BBG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz eingeschränkt. Diese Festlegung stelle jedoch eine unzulässige Beschränkung des national- und gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Rechtsschutzes dar. Gemäß § 337 Abs 1 BVergG sei für einen Schadenersatzanspruch wegen Vergaberechtsverstößen kein Verschulden erforderlich (vgl. EuGH 30.9.2012, Rs C-314/09).

Gemäß Pkt. 10 AAB werde die Haftung der Auftraggeber und der BBG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz eingeschränkt. Diese Festlegung stelle jedoch eine unzulässige Beschränkung des national- und gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Rechtsschutzes dar. Gemäß Paragraph 337, Absatz eins, BVergG sei für einen Schadenersatzanspruch wegen Vergaberechtsverstößen kein Verschulden erforderlich (vergleiche EuGH 30.9.2012, Rs C-314/09).

Die Antragstellerin erhebe ihr gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Bei Fortlauf der Angebotsfrist werde die Antragstellerin genötigt, ein Angebot zu einem offenkundig rechtswidrigen Vergabeverfahren abzugeben. Durch die Angebotsöffnung würden Konkurrenten Kenntnis über Inhalt des Angebotes der Antragstellerin erlangen.

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründe sich insbesondere darauf, dass die Antragstellerin nach Ablauf der Angebotsfrist kein auf der Basis einer rechtskonformen Ausschreibung erstelltes Angebot abgeben könne. Dies obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren wie dargestellt mit gravierenden Mängeln behaftet sei. Gegenständlich würde daher das Interesse auf Beseitigung der Vergabeverstöße bei weitem allfällige nachteilige Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber überwiegen. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien nicht ersichtlich. Es handle sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Die beantragten Maßnahmen seien zweifellos geeignet und nicht überschießend, da die Interessen der Antragstellerin bereits durch den Fortlauf der Antragsfrist geschädigt würden.

Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber iSd §§ 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich. Vergebende Stelle sei die Bundesbeschaffung GmbH.

Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber seien die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich. Vergebende Stelle sei die Bundesbeschaffung GmbH.

Es handle sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro XXXX netto für die gesamte Dauer der Rahmenvereinbarung inkl Option von einem Jahr (max Laufzeit 2,5 Jahre) zuzüglich eines Überschreitungsrahmens von 50%. Der geschätzte Auftragswert (geschätztes Abrufvolumen) des Loses 1a (Büromöbel Wien) betrage Euro XXXX jener des Loses 1b (Büromöbel Ost) Euro XXXX des

Loses 1c (Büromöbel West) Euro XXXX und der des Loses 2 (Gerichtsschränke) Euro XXXX (zuzüglich eines Überschreitungsrahmens von jeweils 50%). Es handle sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro römisch 40 netto für die gesamte Dauer der Rahmenvereinbarung inkl Option von einem Jahr (max Laufzeit 2,5 Jahre) zuzüglich eines Überschreitungsrahmens von 50%. Der geschätzte Auftragswert (geschätztes Abrufvolumen) des Loses 1a (Büromöbel Wien) betrage Euro römisch 40 jener des Loses 1b (Büromöbel Ost) Euro römisch 40 des Loses 1c (Büromöbel West) Euro römisch 40 und der des Loses 2 (Gerichtsschränke) Euro römisch 40 (zuzüglich eines Überschreitungsrahmens von jeweils 50%).

Die Rahmenvereinbarung solle in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip (Gesamtpreis 85%, Garantieverlängerung 15%) zur Vergabe gelangen solle.

Der Auftrag sei am 28.11.2012 im Amtlichen Lieferanzeiger und am 29.11.2012 im Amtsblatt der EG bekannt gemacht worden. Das Verfahren befinde sich im Stadium der Angebotsfrist (31.1.2013). Eine Angebotsöffnung sei nicht erfolgt. Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht ergangen. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Ein besonderes Interesse der Auftraggeber iSd gesetzlichen Bestimmungen an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe nicht

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorganges iSd § 2 Z 8 BVergG sind Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorganges iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind

die Republik Österreich (Bund) und weitere - im Einzelnen nicht angeführte,

sondern nur cursorisch umschriebene - öffentliche Auftraggeber. Die Republik Österreich (Bund), die Länder, die Gemeinden bzw Gemeindeverbände sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Weiters sind nach den Angaben in der Ausschreibung auch "alle weiteren öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 sowie 164 und 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich", Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens. Eine Zuständigkeit des BVA ist nur dann gegeben, soweit es sich um öffentliche Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG). Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren - unvorgreiflich anderer Ergebnisse im Hauptverfahren - vorläufig von einem Überwiegen des Bundesanteils aus (vgl Art 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG) und somit von einer Zuständigkeit zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus. sondern nur cursorisch umschriebene - öffentliche Auftraggeber. Die Republik Österreich (Bund), die Länder, die Gemeinden bzw Gemeindeverbände sind öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Weiters sind nach den Angaben in der Ausschreibung auch "alle weiteren öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 3, sowie 164 und 165 BVergG im Bundesgebiet der Republik Österreich", Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens. Eine Zuständigkeit des BVA ist nur dann gegeben, soweit es sich um öffentliche Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG). Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren - unvorgreiflich anderer Ergebnisse im Hauptverfahren - vorläufig von einem Überwiegen des Bundesanteils aus vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG) und somit von einer Zuständigkeit zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus.

Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausschreibung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausschreibung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten

offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Angebotsfrist läuft bis 31.1.2012, 12.00 Uhr. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 7.12.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig (§ 321 Abs 4 BVergG). Die Angebotsfrist läuft bis 31.1.2012, 12.00 Uhr. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 7.12.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig (Paragraph 321, Absatz 4, BVergG).

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde der Zuschlag erteilt.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. 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 leg.cit. 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, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit. 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, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

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 seitens der Auftraggeber die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens beabsichtigt ist bzw bereits eingeleitet wurde. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher

an einem sodann rechtmäßigen Vergabeverfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Es sind somit mit einstweiliger Verfügung Maßnahmen zu treffen, die eine spätere - den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende - Teilnahme am Vergabeverfahren und ein Zuschlagserteilung ermöglichen. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehende Ansprüche muss das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt daher in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (vgl BVA 28.9.2012, N/0089-BVA/12/2012-EV6). 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 seitens der Auftraggeber die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens beabsichtigt ist bzw bereits eingeleitet wurde. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Vergabeverfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Es sind somit mit einstweiliger Verfügung Maßnahmen zu treffen, die eine spätere - den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende - Teilnahme am Vergabeverfahren und ein Zuschlagserteilung ermöglichen. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehende Ansprüche muss das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt daher in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht vergleiche BVA 28.9.2012, N/0089-BVA/12/2012-EV6).

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bereits Kosten für Beschaffung und Studium der Ausschreibungsunterlagen entstanden seien. Bei Nichterhalt des Auftrages drohe ein Schaden in Form der dann frustrierten Kosten der Verfahrensteilnahme. Bestandteil des Schadens seine auch die Pauschalgebühren und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Weiters drohe ein Gewinnentgang und der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Auftraggeber sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus.

Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs 1 BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs 1 BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan. Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss, deren Geschäftsgegenstand insbesondere die Erbringung der gegenständlich nachgefragten Leistungen ist, ist bereits aus der Tatsache ableitbar, dass sich die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen beschafft und studiert hat und in weiterer Folge den gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Hinsichtlich der zeitlichen Implikationen durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes der Auftraggeber bei der Erstellung des

Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Weiters ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Weiters ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.).

Die Möglichkeit der Legung eines Angebotes kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der der Antragstellerin eine Teilnahme an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht. Zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war daher die Angebotsöffnung zu untersagen und zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Durch die befristete Aussetzung der Angebotsfrist wird verhindert, dass diese weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft (idS auch BVA 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7; BVA 28.9.2012, N/0089-BVA/12/2012-EV6). Bei den beiden vorläufigen Sicherungsmaßnahmen handelt es zudem um die gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen. Die Dauer der Maßnahmen war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzusetzen.

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

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