

TE Verg Bescheid 2011/11/30 N/0116-BVA/02/2011-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.11.2011

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §37

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 37 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 37 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl I Nr 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Tierstalleinrichtung (Zl. 90.028/031-OM.W3/11)", des Auftraggebers Bundes-immobiliengesellschaft mbH, vertreten durch Objektmanagement Team Wien 3, beide Hintere Zollamtsstrasse 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22. November 2011 (eingelangt am 23. November 2011), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß

Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVerG betreffend die Auftragsvergabe "Tierstalleinrichtung (Zl. 90.028/031-OM.W3/11)", des Auftraggebers Bundes-immobiliengesellschaft mbH, vertreten durch Objektmanagement Team Wien 3, beide Hintere Zollamtsstrasse 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22. November 2011 (eingelangt am 23. November 2011), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens a. bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution, b. der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird, c. der Auftraggeberin untersagt wird, die Angebote zu öffnen, d. der Auftraggeberin untersagt wird, eine Zuschlagsentscheidung mitzuteilen, e. der Auftraggeberin untersagt wird, einen Zuschlag zu erteilen," wird insoweit stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Tierstalleinrichtung (Zl. 90.028/031- OM.W3/11)" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt wird, im genannten Vergabeverfahren eingelangte Angebote zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, vertreten durch das Objektmanagement Team Wien 3 als vergebende Stelle, übermittelte per Post das Konvolut "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" an verschiedene Unternehmen, ua an die Antragstellerin. Zur Vergabe gelangt demnach in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Alternativangebote sind nicht, Abänderungsangebote sind jedoch - auch ohne ausschreibungskonformen Hauptangebot - zulässig. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Als Schlusstermin für die Abgabe eines Angebotes wurde der 30.11.2011, 13: 00 Uhr, festgelegt.

Mit Schriftsatz vom 22.11.2011 (eingelangt am 23.11.2011) brachte die A***, vertreten durch X***, (idF Antragstellerin) einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, ein. Mit Schriftsatz vom 22.11.2011 (eingelangt am 23.11.2011) brachte die A***, vertreten durch X***, in der Fassung Antragstellerin) einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, ein.

Weiters wurde der Antrag gestellt "a. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, b. auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in eventu auf Streichung der in Pkt. 6 jeweils angeführten Bestimmungen der Angebotsbestimmungen, des Leistungsverzeichnisses und des Angebots-schreibens". Schließlich begehrte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschal-gebühren durch die Auftraggeberin sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Gewährung von Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin unter Pkt 6 ihres Schriftsatzes im Wesentlichen aus, die bekämpfte Ausschreibung sei wegen festgestellter Vergaberechtsverstöße in mehrfacher Hinsicht gravierend rechtswidrig:

Missachtung der Ö-Normen-Bindung (Pkt 6.1)

Die Festlegung - vgl. Pos 0001 Leistungsverzeichnisses (LV) - "siehe Beilage: Es gelten die abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen (AEB) in der Fassung vom 01.02.2006 zu ÖNORM B2110 in der Fassung vom 01.03.1995" sei vergaberechtswidrig. Die aktuelle Fassung der damit für verbindlich erklärten ÖNORM B2110 stamme vom 1.1.2009. Die Verwendung veralteter ÖNORMEN widerspreche der vergaberechtlichen ÖNORM-Bindung gemäß § 97 Abs. 2 BVerG (vgl. VKS Wien 14.1.2010, VKS-8100/09). Darüber hinaus missachte die Auftraggeberin § 97 Abs 2 leg cit, indem sie mit ihren AEB "das Regelwerk der ÖNORM B2110 in seinen Kernbereichen weitgehend beiseite schiebt und stattdessen nach ihren eigenen Geschäftsbedingungen vorzugehen beabsichtigt" (BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31). Aufgrund dieser grundlegenden und weit- reichenden Verstöße sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Die Festlegung - vergleiche Pos 0001 Leistungsverzeichnisses (LV) - "siehe Beilage: Es gelten die abändernden bzw. ergänzenden Bestimmungen (AEB) in der Fassung vom 01.02.2006 zu ÖNORM B2110 in der Fassung vom 01.03.1995" sei vergaberechtswidrig. Die aktuelle Fassung der damit für verbindlich erklärten ÖNORM B2110 stamme vom 1.1.2009. Die Verwendung veralteter ÖNORMEN widerspreche der vergaberechtlichen ÖNORM-Bindung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, BVerG vergleiche VKS Wien 14.1.2010, VKS-8100/09). Darüber hinaus missachte die

Auftraggeberin Paragraph 97, Absatz 2, leg cit, indem sie mit ihren AEB "das Regelwerk der ÖNORM B2110 in seinen Kernbereichen weitgehend beiseite schiebt und stattdessen nach ihren eigenen Geschäftsbedingungen vorzugehen beabsichtigt" (BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31). Aufgrund dieser grundlegenden und weitreichenden Verstöße sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Verwendung eines nicht-standardisierten Leistungsverzeichnisses (Pkt. 6.2)

Die Festlegung unter Ziffer 1 LV "dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik, Version 8, 2009-11, heraus gegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ), erstellt" vermittle den Eindruck, die Auftraggeberin hätte sich an die Vorgaben von § 97 Abs. 2 BVergG gehalten, sie verwende eine standardisierte Leistungsbeschreibung. Der Inhalt des LVes zeige jedoch, dass nahezu in jeder Position des LVes von den Vorgaben der standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik abgewichen werde. Alle für den Ausschreibungsgegenstand wesentlichen Positionen, insbesondere sämtliche Positionen der Obergruppe 02, seien als sogenannte Z-Positionen formuliert. Die dabei verwendeten Positionsbeschreibungen seien nicht durch die standardisierte Leistungsbeschreibung Haustechnik vordefiniert, sondern eigenständig frei formuliert. Dieses umfangreiche Abweichen von den Vorgaben standardisierter Leistungsbeschreibungen sei vergaberechtswidrig (VKS Wien, 23.8.2007, VKS-3860/07). Wegen Verstoßes gegen § 99 Abs. 2 BVergG infolge Verwendung eines nicht-standardisierten LVes sei das gesamte LV für nichtig zu erklären. Die Festlegung unter Ziffer 1 LV "dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik, Version 8, 2009-11, heraus gegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ), erstellt" vermittle den Eindruck, die Auftraggeberin hätte sich an die Vorgaben von Paragraph 97, Absatz 2, BVergG gehalten, sie verwende eine standardisierte Leistungsbeschreibung. Der Inhalt des LVes zeige jedoch, dass nahezu in jeder Position des LVes von den Vorgaben der standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik abgewichen werde. Alle für den Ausschreibungsgegenstand wesentlichen Positionen, insbesondere sämtliche Positionen der Obergruppe 02, seien als sogenannte Z-Positionen formuliert. Die dabei verwendeten Positionsbeschreibungen seien nicht durch die standardisierte Leistungsbeschreibung Haustechnik vordefiniert, sondern eigenständig frei formuliert. Dieses umfangreiche Abweichen von den Vorgaben standardisierter Leistungsbeschreibungen sei vergaberechtswidrig (VKS Wien, 23.8.2007, VKS-3860/07). Wegen Verstoßes gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG infolge Verwendung eines nicht-standardisierten LVes sei das gesamte LV für nichtig zu erklären.

Verletzung des Gebots einer produktneutralen Ausschreibung (Pkt. 6.3)

Mit der Formulierung "Das Verwenden nachstehend angebotener Erzeugnisse/Typen zu den angegebenen Positionen wird vereinbart:

beispielhaftes Erzeugnis/Type: Tecniplast. Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger Art."f für jede Position der Obergruppe 02 des LVes habe die Auftraggeberin in allen ausschreibungsrelevanten Positionen des LVes das Leitprodukt "Tecniplast" zur Definition der anzubietenden Leistungen festgelegt. Die Verwendung von Leitprodukten sei nur äußerst eingeschränkt und zwar wenn "der Auftragsgegenstand nicht auf andere Weise durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschrieben werden kann" zulässig (siehe EB zur RV 2006, § 98 Abs. 7 BVergG). Im vorliegenden Fall gebe es eine neutrale und standardisierte Leistungsbeschreibung, mit welcher die Anforderungen der ausgeschriebenen Leistungen hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden könnten. Indem sie in Pos. 41 des LVes auf die TIZ-BIFO-Richtlinien verweise, werde dies von der Auftraggeberin sogar selbst bestätigt. Bei diesen Richtlinien handle es sich um allgemein anerkannte und standardisierte Spezifikationen von IVC-Systemen, welche vom vorliegenden Beschaffungsvorhaben umfasst seien. Aufgrund der, dem zufolge vergaberechtswidrigen Festlegung in der Obergruppe 02 des LVes, womit auch die Ausschreibungsunterlagen insgesamt auf dem Leitprodukt "Tecniplast" aufbauten, sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. beispielhaftes Erzeugnis/Type: Tecniplast. Angeboten ist das beispielhafte oder ein Erzeugnis/Type gleichwertiger "Art". "f für jede Position der Obergruppe 02 des LVes habe die Auftraggeberin in allen ausschreibungsrelevanten Positionen des LVes das Leitprodukt "Tecniplast" zur Definition der anzubietenden Leistungen festgelegt. Die Verwendung von Leitprodukten sei nur äußerst eingeschränkt und zwar wenn "der Auftragsgegenstand nicht auf andere Weise durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschrieben werden kann" zulässig (siehe EB zur Regierungsvorlage 2006, Paragraph 98, Absatz 7, BVergG). Im vorliegenden Fall gebe es eine neutrale und standardisierte Leistungsbeschreibung, mit welcher die Anforderungen der ausgeschriebenen Leistungen hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden könnten. Indem

sie in Pos. 41 des LVes auf die TIZ-BIFO-Richtlinien verweise, werde dies von der Auftraggeberin sogar selbst bestätigt. Bei diesen Richtlinien handle es sich um allgemein anerkannte und standardisierte Spezifikationen von IVC-Systemen, welche vom vorliegenden Beschaffungsvorhaben umfasst seien. Aufgrund der, dem zufolge vergaberechtswidrigen Festlegung in der Obergruppe 02 des LVes, womit auch die Ausschreibungsunterlagen insgesamt auf dem Leitprodukt "Tecniplast" aufbauten, sei die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Erschwerend komme hinzu, dass in mehreren Positionen diskriminierende Spezifikationen aufgenommen worden seien, die im Ergebnis aufgrund der Alleinstellungsmerkmale nur von diesem Leitprodukt und keinem Produkt eines anderen Bieters erfüllt werden könnten. Auch wenn die Auftraggeberin den sogenannten Gleichwertigkeits-Zusatz verwende, ändere sich an diesem Ergebnis nichts, denn kein anderer Bieter könne diese Anforderungen erfüllen und somit den Nachweis der Gleichwertigkeit erbringen. Folgende Spezifikationen seien wegen der damit verbundenen exklusiven Alleinstellung des Herstellers Tecniplast diskriminierend: keine Verschlussklammern an der Haube sowie einen Gitterdeckel, der nur die Hälfte des Käfigs bedeckt (Pos 41 Z 2.3 LV); das System arbeitet mit dem Volumenstrom als Haupt-Verfahrensparameter. Darüber hinaus wird das System nicht geregelt, sondern es wird bei Abweichungen der gemessenen von den eingestellten Parametern ein Alarm eingegeben (Pos 41 Z 3.1 LV); Niederspannungsventilatoren basierend auf 24V Technik sowie Korpusbreite maximal 33 cm, mit verbreiterten Grundrahmen zur Erhöhung der Kippstabilität (Pos 410101A LV); der Gitterdeckel darf nur den hinteren Teil des Käfigs bedecken (Pos 4102 Z 1.7 LV); der Gitterdeckel muss so ausgeführt sein, dass er die Käfigfläche zu ca. 50% abdeckt (Pos 41020B LV); um ein Hängenbleiben der Haube während des Waschens zu verhindern, muss die Haube ohne bewegliche oder herausstehende Elemente (Verschlussklammern) ausgeführt sein (Pos 410201C LV). Erschwerend komme hinzu, dass in mehreren Positionen diskriminierende Spezifikationen aufgenommen worden seien, die im Ergebnis aufgrund der Alleinstellungsmerkmale nur von diesem Leitprodukt und keinem Produkt eines anderen Bieters erfüllt werden könnten. Auch wenn die Auftraggeberin den sogenannten Gleichwertigkeits-Zusatz verwende, ändere sich an diesem Ergebnis nichts, denn kein anderer Bieter könne diese Anforderungen erfüllen und somit den Nachweis der Gleichwertigkeit erbringen. Folgende Spezifikationen seien wegen der damit verbundenen exklusiven Alleinstellung des Herstellers Tecniplast diskriminierend: keine Verschlussklammern an der Haube sowie einen Gitterdeckel, der nur die Hälfte des Käfigs bedeckt (Pos 41 Ziffer 2 Punkt 3, LV); das System arbeitet mit dem Volumenstrom als Haupt-Verfahrensparameter. Darüber hinaus wird das System nicht geregelt, sondern es wird bei Abweichungen der gemessenen von den eingestellten Parametern ein Alarm eingegeben (Pos 41 Ziffer 3 Punkt eins, LV); Niederspannungsventilatoren basierend auf 24V Technik sowie Korpusbreite maximal 33 cm, mit verbreiterten Grundrahmen zur Erhöhung der Kippstabilität (Pos 410101A LV); der Gitterdeckel darf nur den hinteren Teil des Käfigs bedecken (Pos 4102 Ziffer eins Punkt 7, LV); der Gitterdeckel muss so ausgeführt sein, dass er die Käfigfläche zu ca. 50% abdeckt (Pos 41020B LV); um ein Hängenbleiben der Haube während des Waschens zu verhindern, muss die Haube ohne bewegliche oder herausstehende Elemente (Verschlussklammern) ausgeführt sein (Pos 410201C LV).

Für diese restriktiven und wettbewerbsbeschränkenden Spezifikationen gebe es keine sachliche Rechtfertigung. Damit werde der freie und laute Wettbewerb zur Gänze ausgeschlossen. Zudem verteuere sich der Beschaffungsvorgang deutlich, denn der Hersteller wäre sich seiner wettbewerbstechnischen Alleinstellung bewusst und werde entsprechend hohe Preise anbieten.

Die Antragstellerin beabsichtige sich am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Der vorliegende Ausschreibungsgegenstand betreffe den unmittelbaren Geschäftsbereich ihres Unternehmens. Sie wolle letztlich den Auftrag erlangen und einem entsprechenden Gewinn erwirtschaften sowie ein Referenzprojekt erhalten. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf die Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt sowie insbesondere in ihren Rechten auf eine vergaberechtskonforme Teilnahme am Vergabeverfahren, auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften über die Festlegung von Ausschreibungsunterlagen und die Beschreibung von Leistungen, auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften betreffend das Gebot, die Ausschreibungsunterlagen produktneutral und insbesondere nicht diskriminierend zu verfassen, auf Verwendung aktueller ÖNORMEN und standardisierter Leistungsbeschreibungen im Sinne der vergaberechtlichen Normenbindung, auf Abgabe eines chancenreichen und wirtschaftlichen Angebotes, daraufhin, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotserstellung entspreche. Im Falle der rechtswidrigen

Verfahrensfortsetzung verbunden mit dem Verlust des Auftrags drohe der Antragstellerin ein Schaden in Form der ihr bis dato durch die Teilnahme am bisherigen Vergabeverfahren entstandenen frustrierten Kosten (Studium der Ausschreibungsunterlagen, Vorbereitungs- und Planungsarbeiten, Ressourcenerkundigungen und Ausarbeitung des Angebotes) in der Höhe von rund Euro 3.800,-

(exkl. USt.), sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von derzeit rund Euro 1.200,- (exkl. USt.) und auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages führte die Antragstellerin insbesondere aus, die Einladung zur Angebotsabgabe sei mit Einlangen der Ausschreibungsunterlagen in ihrem Hause am 14.11.2011 erfolgt. Aufgrund der diskriminierenden Leistungsbeschreibung sei eine Angabe zum geschätzten Auftragswert für sie im gegenwärtigen Verfahren kaum möglich. Aus der Verfahrenswahl müsse jedoch ein geschätzter Auftragswert von unter Euro 1 Mio. netto abgeleitet werden, sodass der Auftrag im Unterschwellenbereich vergeben werden solle. Gemäß § 321 Abs. 4 BVergG müsse die erfolgte Aufforderung zur Angebotsabgabe spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist mit einem Nachprüfungsantrag bekämpft werden. Das Ende der Angebotsfrist sei der 30.11.2011, sodass der Nachprüfungsantrag jedenfalls rechtzeitig sei. Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages führte die Antragstellerin insbesondere aus, die Einladung zur Angebotsabgabe sei mit Einlangen der Ausschreibungsunterlagen in ihrem Hause am 14.11.2011 erfolgt. Aufgrund der diskriminierenden Leistungsbeschreibung sei eine Angabe zum geschätzten Auftragswert für sie im gegenwärtigen Verfahren kaum möglich. Aus der Verfahrenswahl müsse jedoch ein geschätzter Auftragswert von unter Euro 1 Mio. netto abgeleitet werden, sodass der Auftrag im Unterschwellenbereich vergeben werden solle. Gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG müsse die erfolgte Aufforderung zur Angebotsabgabe spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist mit einem Nachprüfungsantrag bekämpft werden. Das Ende der Angebotsfrist sei der 30.11.2011, sodass der Nachprüfungsantrag jedenfalls rechtzeitig sei.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, denn die Auftraggeberin könne ohne diese Verfügung unter anderem durch Entgegennahme und Öffnung der Angebote unumkehrbare Tatsachen schaffen. Die Interessen der Antragstellerin seien im vorliegenden Fall deutlich überwiegend im Vergleich zu jenen der Auftraggeberin. Ein öffentliches Interesse, das der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würde, liege nicht vor. Bei der Interessensabwägung sei zu berücksichtigen, dass die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages aufgrund der gravierenden Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung als überdurchschnittlich gut zu bewerten seien (VfGH 21.2.2002, B 150/02-2).

Nach Aufforderung vom 24.11.2011, das konkrete Datum des Zugangs der Einladung zur Angebotsabgabe durch Übermittlung entsprechender Belege im Original dem Bundesvergabeamt, nachzuweisen, teilte die Antragstellerin mit Stellungnahme vom 28.11.2011 mit, solche "Original-Dokumente" seien nicht mehr auffindbar und eine Kopie der bei ihr noch verfügbare Kopie - mit einem "Eingangsstempel in unleserlicher Form" - sei bereits mit dem Nachprüfungsantrag als Beilage ./1 beigebracht worden. Dass ihr, wie im verfahrenseinleitenden Schriftsatz angegeben, die Einladung zur Angebotsabgabe am 14.11.2011 zugegangen sei, könne nun nicht mehr bestätigt werden.

Eine Prüfung der Ausschreibung durch die Antragstellerin habe ergeben, beim verfahrensgegenständlichen Auftrag handle es sich nicht wie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, sondern um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Die Übermittlung der Ausschreibung auf dem Postwege verletzte § 88 Abs 1 BVergG, denn die Auftraggeberin kenne insbesondere die e-mail-Adresse der Antragstellerin. Zudem sei, unabhängig davon, ob es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellen- oder um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handle, die der Antragstellerin verbleibende Angebotsfrist vergaberechtswidrig. Eine Prüfung der Ausschreibung durch die Antragstellerin habe ergeben, beim verfahrensgegenständlichen Auftrag handle es sich nicht wie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, sondern um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Die Übermittlung der Ausschreibung auf dem Postwege verletzte Paragraph 88, Absatz eins, BVergG, denn die Auftraggeberin kenne insbesondere die e-mail-Adresse der Antragstellerin. Zudem sei, unabhängig davon, ob es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellen- oder um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handle, die der Antragstellerin verbleibende Angebotsfrist vergaberechtswidrig.

Mit Telefaxmitteilung vom 29.11.2011 übermittelte der Auftraggeber - ohne Stellungnahme zum vorliegenden Antrag

auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und ohne weitere allgemeine Angaben zum verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren - die an alle (unter ihnen die Antragstellerin) zur Angebotsabgabe eingeladenen Unternehmen mittels Telefaxnachricht vom 28.11.2011 gesandte "Mitteilung der Widerrufserklärung". Darin teilte der Auftraggeber insbesondere mit:

"dass hiemit die im Betreff genannte Ausschreibung gemäß § 138 BVerG 2006 mit folgender Begründung widerrufen wird:"dass hiemit die im Betreff genannte Ausschreibung gemäß Paragraph 138, BVerG 2006 mit folgender Begründung widerrufen wird:

Im Zuge eines, von einem Bieter angestregten, Nachprüfungsverfahrens hat sich herausgestellt, dass für jede Position der Obergruppe 02 des gegenständlichen Leistungsverzeichnisses das Leitprodukt `Tecniplast` mit dem Zusatz `oder gleichwertig` ausgeschrieben wurde, obwohl der Ausschreibungsgegenstand auch durch andere, neutrale Weise beschrieben werden könnte, und die Ausschreibung insgesamt so abgefasst ist, dass sie den Wettbewerb unter den Anbietern über Gebühr einschränkt.

Wäre all dies der Auftraggeberin vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, hätte dies insgesamt zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt, weil die Auftraggeberin Interesse an einer möglichst `neutralen` Ausschreibung mit ausreichender Möglichkeit für Wettbewerb hat. Nicht zuletzt ist damit der Widerruf auch vor dem Hintergrund einer möglichen Erweiterung des in Frage kommenden Bieterkreises zu sehen (vgl. u.a. BVA 20.8.2010, N/0058-BVA713/2010-17)."Wäre all dies der Auftraggeberin vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, hätte dies insgesamt zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt, weil die Auftraggeberin Interesse an einer möglichst `neutralen` Ausschreibung mit ausreichender Möglichkeit für Wettbewerb hat. Nicht zuletzt ist damit der Widerruf auch vor dem Hintergrund einer möglichen Erweiterung des in Frage kommenden Bieterkreises zu sehen vergleiche u.a. BVA 20.8.2010, N/0058-BVA713/2010-17)."

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVerG (vgl. BVA 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24; 12.8.2010, N/0060-BVA/02/2010-22; u.a.). Nach erfolgter Übermittlung der Einladung zur Angebotsabgabe an die in Aussicht genommenen Bieter befindet sich das als nicht offenes Verfahren gemäß § 37 BVerG geführte Vergabeverfahren während offener Angebotsfrist.Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG vergleiche BVA 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24; 12.8.2010, N/0060-BVA/02/2010-22; u.a.). Nach erfolgter Übermittlung der Einladung zur Angebotsabgabe an die in Aussicht genommenen Bieter befindet sich das als nicht offenes Verfahren gemäß Paragraph 37, BVerG geführte Vergabeverfahren während offener Angebotsfrist.

Anhand der derzeit im Provisorialverfahren der Senatsvorsitzenden vorliegenden Informationen, einerseits die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen getroffene Einordnung: Bauauftrag im Unterschwellenbereich (siehe OZ 1, insb. Beilage ./1, Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen) und andererseits die, laut Stellungnahme der Antragstellerin vom 28.11.2011, dem wider-sprechenden Angaben: Lieferauftrag im Oberschwellenbereich (OZ 6), können weder die Frage der Vertragsart (Bau- oder Lieferauftrag) noch die damit zusammen-hängende Frage betreffend die Überschreitung des Schwellenwertes (Ober- oder Unterschwelle) für den zu vergebenden Auftrag zum jetzigen Zeitpunkt mit letzter Sicherheit beurteilt werden. Auch liegen die dafür notwendigen vollständigen Unterlagen des Vergabeverfahrens im Original dem Bundesvergabeamt noch nicht vor. Zudem hat der Auftraggeber, die auf sein Ersuchen erstreckte Frist betreffend seine Stellungnahme zum vorliegenden Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt geforderter allgemeiner Angaben zum verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren, ohne Übermittlung eines diesbezüglichen Schriftsatzes ungenutzt verstreichen

lassen. Daher geht das Bundesvergabeamt im Sinne des Rechts-

schutzes, unvorgreiflich eines anders lautenden Ergebnisses der Ermittlungen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, davon aus, dass es sich beim vorliegenden Auftrag im Ergebnis um einen Bauauftrag iS von § 4 BVerG handelt, welcher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist.schutzes, unvorgreiflich eines anders lautenden

Ergebnisses der Ermittlungen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, davon aus, dass es sich beim vorliegenden Auftrag im Ergebnis um einen Bauauftrag iS von Paragraph 4, BVergG handelt, welcher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der "Ausschreibung" bzw der Aufforderung zur Angebotsabgabe in ihrer Gesamtheit bzw in bestimmten Teilen. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen, den im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt und insbesondere die mit Faxnachrichten des Auftraggebers an alle zur Angebotsabgabe eingeladenen Unternehmen übermittelte Widerrufsentscheidung vom 28.11.2011 nicht denkunmöglich. Da zurzeit kein rechtskräftiger Widerruf der bekämpften Ausschreibung vorliegt, kann weder eine erfolgreiche Bekämpfung der Widerrufsentscheidung binnen offener Rechtsmittelfrist, ausgeschlossen werden, noch, dass die Antragstellerin in weiterer Folge im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung von Teilen der Einladung zur Angebotsabgabe letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da nach Ablauf der Angebotsfrist vom Auftraggeber die Angebote zu öffnen sind, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zum rechtskräftigen Widerruf oder der Entscheidung in der Hauptsache, wo die Richtigkeit der Behauptung der Antragstellerin zu beurteilen sein wird, durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Unvorgreiflich anderslautender Ermittlungsergebnisse im Hauptverfahren, geht das Bundesvergabeamt für das Provisorialverfahren weiters von keinem offensichtlichen Fehlen von in § 328 Abs. 1 BVergG genannten Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit aus. Die Pauschalgebühr für einen Bauauftrag betreffend die Nachprüfung von Ausschreibungsbestimmungen im Unterschwellenbereich wurde ordnungsgemäß entrichtet. Die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Unvorgreiflich anderslautender Ermittlungsergebnisse im Hauptverfahren, geht das Bundesvergabeamt für das Provisorialverfahren weiters von keinem offensichtlichen Fehlen von in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit aus. Die Pauschalgebühr für einen Bauauftrag betreffend die Nachprüfung von Ausschreibungsbestimmungen im Unterschwellenbereich wurde ordnungsgemäß entrichtet. Die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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 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 gegen einander 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 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 gegen einander 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 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 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 der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß 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 der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben und auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch ein gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechendes öffentliches Interesse oder ein sonstiges Interesse anderer Bieter, das jenem der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, erkennbar. Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.). Der Auftraggeber hat keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben und auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch ein gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechendes öffentliches Interesse oder ein sonstiges Interesse anderer Bieter, das jenem der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, erkennbar. Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.).

Darüber hinaus stellt nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessenabwägung im

Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz, die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse dar (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 224.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Darüber hinaus stellt nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz, die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse dar vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 224.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die beantragte Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist in Verbindung mit der Untersagung der Angebotsöffnung durch den Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens stellt im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme dar.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Aussetzung Angebotsfrist, Untersagung Angebotsöffnung, Bauauftrag im Unterschwellenbereich, nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung;

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

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