

TE Verg Bescheid 2011/4/27 N/0030-BVA/06/2011-7EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.2011

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 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

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 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke, GZ E90085/50/00-00-KdoEU/Disp/2011" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, vertreten durch das Kommando Einsatzunterstützung, Schwenkgasse 47, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20. April 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das

Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke, GZ E90085/50/00-00-KdoEU/Disp/2011" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, vertreten durch das Kommando Einsatzunterstützung, Schwenkgasse 47, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20. April 2011, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag auf Erlassung folgender einstweiligen Verfügung, "Dem Auftraggeber wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen; in eventu, falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht stattgeben sollte, die Angebotsfrist aufrecht zu erhalten (sodass die Angebotsfrist auszusetzen ist); in eventu, falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht stattgeben sollte, im gegenständlichen Vergabeverfahren die Angebote zu öffnen; in eventu, falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht stattgeben sollte, im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und den Zuschlag über die ausgeschriebene Leistung zu erteilen" wird insofern stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke, GZ E90085/50/00-00-KdoEU/Disp/2011" für die Dauer des zur Zahl N/0030-BVA/06/2011 geführten Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird.

Das auf die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens gerichtete Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins und 3 BVergG

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 20. April 2011 beehrte der Antragsteller neben den im Spruch ersichtlichen Begehren die Nichtigerklärung der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen bzw in eventu einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Zusammengefasst brachte er hierzu im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Republik Österreich, vertreten durch das Kommando Einsatzunterstützung in Vertretung des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport, habe die Lieferung von Tarnschminke dreifärbig in Kunststoffbehältern mit Spiegel im offenen Verfahren nach den Vorschriften für den Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Angebotsfrist ende am 28. April 2011, 13.30 Uhr.

Die nationale Bekanntmachung sei unter der Erkennungsnummer L-487032-1317 erfolgt. Danach sei der niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium. In den Ausschreibungsunterlagen seien hingegen folgende Zuschlagskriterien genannt: 1.) Erbringung der Leistung gemäß Leistungsverzeichnis und LB 8530/3-002 (Mussforderungen) inkl. Lieferkonditionen und 2.) niedrigster Preis. Gemäß Pkt. 1.2.2.1. der Leistungsbeschreibung stellen die Summe der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Forderungen 100% der Bieterbewertung dar. Die Leistungsbeschreibung unterscheide in Pkt. 1.2.2. zwischen MUSS-Forderungen und Forderungen. MUSS-Forderungen seien mit "M" gekennzeichnet. Deren Nichterfüllen führe zum Ausscheiden. Mehrleistungen bei Muss-Forderungen würden nicht bewertet (Pkt.1.2.2.2 der LB). Diese Festlegungen seien so zu interpretieren, dass Forderungen, die nicht mit "M" gekennzeichnet sind, einer Bewertung zugänglich seien. Daher seien die in der Angebotseinholung festgelegten Zuschlagskriterien unzweifelhaft als Zuschlagskriterium iSd § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG zu qualifizieren. Der Auftraggeber habe sohin gegenüber der das Billigstbieterprinzip festlegenden Bekanntmachung einen vergaberechtlich unzulässigen Wechsel des Zuschlagsprinzips vorgenommen. Darüber hinaus würden sich die Ausschreibungsunterlagen selbst hinsichtlich der Zuschlagskriterien widersprechen, zumal einerseits der niedrigste Preis als Zuschlagskriterium genannt sei und andererseits festgelegt sei, dass die Summe der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Forderungen 100% der Bieterbewertung darstelle und der Preis demnach nicht bewertet werde. Es sei daher fraglich wie das Zuschlagskriterium "niedrigster Preis" und dessen fehlende Gewichtung zu verstehen seien. Für die Bieter sei vollkommen unklar, unter welchen Umständen der Auftraggeber wofür welche Punkte vergeben werde. Es sei den Bietern objektiv nicht möglich, zu erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankomme. Eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung sei anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien nicht möglich. Die nationale Bekanntmachung sei unter der Erkennungsnummer L-487032-1317 erfolgt. Danach sei der niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium. In den Ausschreibungsunterlagen seien hingegen folgende Zuschlagskriterien genannt: 1.) Erbringung der Leistung gemäß Leistungsverzeichnis und LB 8530/3-002

(Mussforderungen) inkl. Lieferkonditionen und 2.) niedrigster Preis. Gemäß Pkt. 1.2.2.1. der Leistungsbeschreibung stellen die Summe der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Forderungen 100% der Bieterbewertung dar. Die Leistungsbeschreibung unterscheide in Pkt. 1.2.2. zwischen MUSS-Forderungen und Forderungen. MUSS-Forderungen seien mit "M" gekennzeichnet. Deren Nichterfüllen führe zum Ausscheiden. Mehrleistungen bei Muss-Forderungen würden nicht bewertet (Pkt.1.2.2.2 der LB). Diese Festlegungen seien so zu interpretieren, dass Forderungen, die nicht mit "M" gekennzeichnet sind, einer Bewertung zugänglich seien. Daher seien die in der Angebotseinholung festgelegten Zuschlagskriterien unzweifelhaft als Zuschlagskriterium iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG zu qualifizieren. Der Auftraggeber habe sohin gegenüber der das Billigstbieterprinzip festlegenden Bekanntmachung einen vergaberechtlich unzulässigen Wechsel des Zuschlagsprinzips vorgenommen. Darüber hinaus würden sich die Ausschreibungsunterlagen selbst hinsichtlich der Zuschlagskriterien widersprechen, zumal einerseits der niedrigste Preis als Zuschlagskriterium genannt sei und andererseits festgelegt sei, dass die Summe der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Forderungen 100% der Bieterbewertung darstelle und der Preis demnach nicht bewertet werde. Es sei daher fraglich wie das Zuschlagskriterium "niedrigster Preis" und dessen fehlende Gewichtung zu verstehen seien. Für die Bieter sei vollkommen unklar, unter welchen Umständen der Auftraggeber wofür welche Punkte vergeben werde. Es sei den Bietern objektiv nicht möglich, zu erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankomme. Eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung sei anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien nicht möglich.

Darüber hinaus seien zahlreiche, näher dargestellte Leistungsbeschreibungen für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter unzureichend spezifiziert und würden sohin gegen den Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung verstoßen. Insbesondere seien entgegen § 96 Abs 2 BVergG aus der Beschreibung der Leistung die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht nicht soweit erkennbar, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- und Funktionsanforderungen gewährleistet sei. Abgesehen von der mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote sei der Maßstab für die Prüfung der Angebote iSd Wettbewerbsgrundsätze nicht klar und eindeutig festgelegt. Vielmehr werde dem Auftraggeber ein unzulässig weiter Ermessensspielraum, ja sogar Raum für Willkür eingeräumt, ein Angebot auszuscheiden oder nicht. Darüber hinaus seien zahlreiche, näher dargestellte Leistungsbeschreibungen für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter unzureichend spezifiziert und würden sohin gegen den Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung verstoßen. Insbesondere seien entgegen Paragraph 96, Absatz 2, BVergG aus der Beschreibung der Leistung die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht nicht soweit erkennbar, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- und Funktionsanforderungen gewährleistet sei. Abgesehen von der mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote sei der Maßstab für die Prüfung der Angebote iSd Wettbewerbsgrundsätze nicht klar und eindeutig festgelegt. Vielmehr werde dem Auftraggeber ein unzulässig weiter Ermessensspielraum, ja sogar Raum für Willkür eingeräumt, ein Angebot auszuscheiden oder nicht.

Gemäß Angebotseinholung (Seite 1) könne ein Angebot bei Nichtvorlage des geforderten Angebotsmusters ausgeschieden werden. Laut Pkt. 1.2.2.2 der Leistungsbeschreibung führe die Nichtvorlage zum Ausscheiden aus der Bewertung. Dieser Widerspruch verstoße einerseits gegen die Grundsätze der Ausschreibung gemäß § 78 BVergG. Andererseits werde wiederum ein unzulässig weiter Ermessensspielraum eingeräumt, da nicht festgelegt sei, unter welchen Voraussetzungen ein Angebot vom Auftraggeber ausgeschieden werde und wann nicht. Gemäß Angebotseinholung (Seite 1) könne ein Angebot bei Nichtvorlage des geforderten Angebotsmusters ausgeschieden werden. Laut Pkt. 1.2.2.2 der Leistungsbeschreibung führe die Nichtvorlage zum Ausscheiden aus der Bewertung. Dieser Widerspruch verstoße einerseits gegen die Grundsätze der Ausschreibung gemäß Paragraph 78, BVergG. Andererseits werde wiederum ein unzulässig weiter Ermessensspielraum eingeräumt, da nicht festgelegt sei, unter welchen Voraussetzungen ein Angebot vom Auftraggeber ausgeschieden werde und wann nicht.

Darüber hinaus werde in den der Ausschreibung zugrunde liegenden Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Heeresverwaltung (Punkt 4) entgegen § 70 Abs 3 BVergG festgelegt, dass es sich die vergebende Stelle vorbehalte, Eignungsnachweise vor einer eventuellen Zuschlagserteilung anzufordern. In der Angebotseinholung (Seite 1) werde statuiert, dass der Auftraggeber im Fall der Zuschlagserteilung bestimmte Unterlagen anfordern könne. Diese Festlegungen würden den Auftraggeber entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz von der Verpflichtung zur Durchführung einer nachvollziehbaren Eignungsprüfung entbinden. Darüber hinaus werde in den der Ausschreibung

zugrunde liegenden Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Heeresverwaltung (Punkt 4) entgegen Paragraph 70, Absatz 3, BVergG festgelegt, dass es sich die vergebende Stelle vorbehalte, Eignungsnachweise vor einer eventuellen Zuschlagserteilung anzufordern. In der Angebotseinholung (Seite 1) werde statuiert, dass der Auftraggeber im Fall der Zuschlagserteilung bestimmte Unterlagen anfordern könne. Diese Festlegungen würden den Auftraggeber entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz von der Verpflichtung zur Durchführung einer nachvollziehbaren Eignungsprüfung entbinden.

Würde das Vergabeverfahren nach den rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Verlust einer Chance auf Abgabe eines Angebotes und einer Angebotsbewertung in einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung. Weiters drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, in Gestalt des Verlusts eines wichtigen Referenzprojektes sowie der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen - insbesondere dem § 19 Abs 1 sowie dem § 19 Abs 4 BVergG entsprechenden - Vergabeverfahrens verletzt. Dabei sei der Antragsteller insbesondere in seinem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, und als Folge auch in seinem Recht auf Transparenz der Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers verletzt. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen - insbesondere dem Paragraph 19, Absatz eins, sowie dem Paragraph 19, Absatz 4, BVergG entsprechenden - Vergabeverfahrens verletzt. Dabei sei der Antragsteller insbesondere in seinem Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, und als Folge auch in seinem Recht auf Transparenz der Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers verletzt.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass kein besonderes Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung entgegenstehe. Vielmehr sei die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im öffentlichen Interesse gelegen. Der Auftraggeber habe eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung einzukalkulieren.

Der Auftraggeber, Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, übermittelte am 26. April 2011 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke, GZ E90085/50/00-00-KdoEU/Disp/2011". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag (CPV-Code 33700000), der in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG nach den Bestimmungen für den Unterschwellenbereich vergeben werde. Der geschätzte Auftragswert betrage ca Euro 130.000,00 (exkl. USt). Die Vergabe erfolge nach dem Billigstbieterprinzip (auf Basis der technischen Kriterien - alles Muss-Forderungen/keine Reihung auf Basis technischer Kriterien). Die Eröffnung der Angebote sei noch nicht erfolgt. Diese sei für den 28. April 2011, 14.00 Uhr, vorgesehen. Es würden keine zwingenden Gründe vorliegen, das Vergabeverfahren vor Klärung der in Rede stehenden Angelegenheit fortzuführen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der derzeitigen Fortführung des Vergabeverfahrens liege nicht vor. Der Auftraggeber, Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, übermittelte am 26. April 2011 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke, GZ E90085/50/00-00-KdoEU/Disp/2011". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag (CPV-Code 33700000), der in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG nach den Bestimmungen für den Unterschwellenbereich vergeben werde. Der geschätzte Auftragswert betrage ca Euro 130.000,00 (exkl. USt). Die Vergabe erfolge nach dem Billigstbieterprinzip (auf Basis der technischen Kriterien - alles Muss-Forderungen/keine Reihung auf Basis technischer Kriterien). Die Eröffnung der Angebote sei noch nicht erfolgt. Diese sei für den 28. April 2011, 14.00 Uhr, vorgesehen. Es würden keine zwingenden Gründe vorliegen, das Vergabeverfahren vor Klärung der in Rede stehenden Angelegenheit fortzuführen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der derzeitigen Fortführung des Vergabeverfahrens liege nicht vor.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen und der Bezug nehmenden Beilagen wird im Provisorialverfahren folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber, Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport,

hat die gegenständliche Leistung "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke" im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben (CPV-Code 33700000; Amtlicher Lieferanzeiger L-487032-1317). Der geschätzte Auftragswert beträgt ca Euro 130.000,- (exkl. USt.). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 28. April 2011, 13.30 Uhr, vorgesehen.

Am 20. April 2011 brachte der Antragsteller den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein.

Entsprechend den Informationen des Auftraggebers ist die Angebotsöffnung noch nicht erfolgt. Es wurde weder eine Zuschlags- noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

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

Die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 1 BVergG (siehe ua BVA vom 10. Februar 2010, N/0119-BVA/04/2009-31). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt (siehe wiederum BVA vom 10. Februar 2010, N/0119-BVA/04/2009-31, wonach Tarnschminke nicht unter die in Anhang VI des BVergG genannten Waren fällt und sohin nicht der Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 1 BVergG maßgeblich ist). Die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (siehe ua BVA vom 10. Februar 2010, N/0119-BVA/04/2009-31). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt (siehe wiederum BVA vom 10. Februar 2010, N/0119-BVA/04/2009-31, wonach Tarnschminke nicht unter die in Anhang römisch sechs des BVergG genannten Waren fällt und sohin nicht der Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG maßgeblich ist).

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da das Vergabeverfahren nach Auskunft des Auftraggebers weder widerrufen noch durch Zuschlagserteilung abgeschlossen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da das Vergabeverfahren nach Auskunft des Auftraggebers weder widerrufen noch durch Zuschlagserteilung abgeschlossen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG innerhalb der gemäß § 321 Abs 4 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs 1 und 3 BVA-GebV 2010). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz eins und 3 BVA-GebV 2010).

II. Inhaltliche Beurteilung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung

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 § 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 § 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 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 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 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.

Der Antragsteller behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke, GZ E90085/50/00-00-KdoEU/Disp/2011". Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht dem Antragsteller bei Fortführung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und in weiterer Folge die grundsätzliche Möglichkeit einer Zuschlagserteilung an den Antragsteller wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht dem Antragsteller bei Fortführung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem

vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und in weiterer Folge die grundsätzliche Möglichkeit einer Zuschlagserteilung an den Antragsteller wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Antragsteller ua auf den drohenden Gewinnentgang und den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 21. Februar 2007, N/0012-BVA/07/2007-13; 9. Juni 2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Demgegenüber hat der Auftraggeber davon abgesehen, gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Eine besondere Dringlichkeit wurde nicht dargetan. Im Übrigen sind der Senatsvorsitzenden keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Im Sinne ständiger Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa bereits BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10; 14. Juni 2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Zu den beantragten und in der Folge verfügten Maßnahmen wird folgendes ausgeführt: Die beantragte Maßnahme auf Untersagung der Fortführung des gesamten Vergabeverfahrens stellt aus Sicht des Bundesvergabeamtes in der vorliegenden Konstellation im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 dar. Denn dem Auftraggeber wäre dadurch auch die Möglichkeit allfälliger Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen im Sinne der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten genommen (siehe ua BVA vom 31. Juli 2009, N/0077-BVA/06/2009-10). Zu den beantragten und in der Folge verfügten Maßnahmen wird folgendes ausgeführt: Die beantragte Maßnahme auf Untersagung der Fortführung des gesamten Vergabeverfahrens stellt aus Sicht des Bundesvergabeamtes in der vorliegenden Konstellation im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 dar. Denn dem Auftraggeber wäre dadurch auch die Möglichkeit allfälliger Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen im Sinne der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten genommen (siehe ua BVA vom 31. Juli 2009, N/0077-BVA/06/2009-10).

Demgegenüber war dem auf die Aussetzung der Angebotsfrist gerichteten Eventualbegehren stattzugeben, zumal diese Maßnahme geeignet und auch notwendig ist, um vom Antragsteller den aus allenfalls vorliegenden Rechtswidrigkeiten entstandenen bzw unmittelbar drohenden Schaden zu beseitigen oder abzuwehren und dem Antragsteller insofern die Möglichkeit der Verfahrensteilnahme durch rechtzeitige Angebotsabgabe zu sichern. Der Auftraggeber wird hierdurch nicht über Gebühr in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt (§ 329 Abs 3 BVergG), vielmehr wird durch die Verfügung der genannten Maßnahme - verfahrensökonomisch sinnvoll - ermöglicht, das gegenständliche Vergabeverfahren nach allfälliger Abänderung der Ausschreibungsbedingungen und Verlängerung der Angebotsfrist fortzuführen. Demgegenüber war dem auf die Aussetzung der Angebotsfrist gerichteten Eventualbegehren stattzugeben, zumal diese Maßnahme geeignet und auch notwendig ist, um vom Antragsteller

den aus allenfalls vorliegenden Rechtswidrigkeiten entstandenen bzw unmittelbar drohenden Schaden zu beseitigen oder abzuwehren und dem Antragsteller insofern die Möglichkeit der Verfahrensteilnahme durch rechtzeitige Angebotsabgabe zu sichern. Der Auftraggeber wird hierdurch nicht über Gebühr in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt (Paragraph 329, Absatz 3, BVergG), vielmehr wird durch die Verfügung der genannten Maßnahme - verfahrensökonomisch sinnvoll - ermöglicht, das gegenständliche Vergabeverfahren nach allfälliger Abänderung der Ausschreibungsbedingungen und Verlängerung der Angebotsfrist fortzuführen.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (siehe etwa BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (siehe etwa BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9).

Zuletzt aktualisiert am

06.06.2011

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