

TE Verg Bescheid 2011/3/29 N/0021-BVA/10/2011-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.03.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3 idF 2010/I/15

BVergG 2006 §329 Abs4 idF 2010/I/15

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" des Auftraggebers Universität Salzburg im Vergabeverfahren vertreten durch die vergebende Stelle A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, eingeleitet über Antrag der B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 21. März 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" des Auftraggebers

Universität Salzburg im Vergabeverfahren vertreten durch die vergebende Stelle A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, eingeleitet über Antrag der B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 21. März 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "mit welcher für das offene Verfahren 'Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg' (ZI S40.006/6-2010) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens a bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution,

b der Auftraggeberin untersagt wird, der C*** in diesem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen,

c die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der C***

vom 11.3.2011 verfügt wird,"

wird teilweise stattgegeben.

Der Auftraggeberin, wird bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität SalzburgLieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg", den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird gemäß § 329 Abs 4 BVergG abgewiesenDas darüber hinausgehende Mehrbegehren wird gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG abgewiesen.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 21. März 2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Diese stütze sie im Wesentlichen darauf, dass die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet seien und die Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung mit 14 Tagen falsch angegeben sei. Sie habe durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen. Der Schaden bestehe in den Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in der Höhe von Euro 2.600, dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 15 % des Auftragswertes in der Höhe von Euro 35.899, den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Höhe von Euro 2.500 sowie dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, darauf, dass die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 129 Abs 3 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden wird, auf Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf eine durchzuführende Bemusterung, auf Ausschluss der C*** wegen Vorliegen eines allfälligen Ausschluss- oder Ausscheidensgrundes, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspricht. Zur Begründung des Nachprüfungsantrags brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Ausscheidensentscheidung nicht nachvollziehbar sei, da die Auftraggeberin die Gründe für das Ausscheiden nicht bekannt gegeben habe. Sie sei jedoch so zu begründen, dass sie zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes nachvollzogen werden könne. Auch die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die Auftraggeberin die Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung berücksichtigen und zu dem Schluss kommen müssen hätte, dass ihr Angebot das technisch und wirtschaftlich

günstigste gewesen sei. Überdies hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Bemusterung einladen müssen. Weiters sei die Stillhaltefrist mit 14 Tagen falsch angegeben worden. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei inhaltlich nicht nachvollziehbar. Über das vierte qualitative Zuschlagskriterium, Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien, enthalte die Zuschlagsentscheidung überhaupt keine Informationen. Auch die Punkteverteilung fehle in der Zuschlagsentscheidung. Die mitgeteilte Zuschlagsentscheidung vom 11. März 2011 sei auch aus diesen Gründen vergaberechtswidrig, weil insbesondere die von § 131 Abs 1 BVergG geforderten Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in keiner Weise mitgeteilt und begründet worden seien. Die Auftraggeberin habe ihre Mitteilungs- und Begründungspflichten gemäß § 131 Absatz BVergG jedenfalls verletzt. Die Antragstellerin stellte am 21. März 2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Diese stütze sie im Wesentlichen darauf, dass die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet seien und die Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung mit 14 Tagen falsch angegeben sei. Sie habe durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen. Der Schaden bestehe in den Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in der Höhe von Euro 2.600, dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 15 % des Auftragswertes in der Höhe von Euro 35.899, den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Höhe von Euro 2.500 sowie dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, darauf, dass die Auftraggeberin die Ausscheidensentscheidung vergaberechtskonform gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden wird, auf Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf eine durchzuführende Bemusterung, auf Ausschluss der C*** wegen Vorliegen eines allfälligen Ausschluss- oder Ausscheidensgrundes, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspricht. Zur Begründung des Nachprüfungsantrags brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Ausscheidensentscheidung nicht nachvollziehbar sei, da die Auftraggeberin die Gründe für das Ausscheiden nicht bekannt gegeben habe. Sie sei jedoch so zu begründen, dass sie zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes nachvollzogen werden könne. Auch die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die Auftraggeberin die Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung berücksichtigen und zu dem Schluss kommen müssen hätte, dass ihr Angebot das technisch und wirtschaftlich günstigste gewesen sei. Überdies hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Bemusterung einladen müssen. Weiters sei die Stillhaltefrist mit 14 Tagen falsch angegeben worden. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei inhaltlich nicht nachvollziehbar. Über das vierte qualitative Zuschlagskriterium, Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien, enthalte die Zuschlagsentscheidung überhaupt keine Informationen. Auch die Punkteverteilung fehle in der Zuschlagsentscheidung. Die mitgeteilte Zuschlagsentscheidung vom 11. März 2011 sei auch aus diesen Gründen vergaberechtswidrig, weil insbesondere die von Paragraph 131, Absatz eins, BVergG geforderten Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes in keiner Weise mitgeteilt und begründet worden seien. Die Auftraggeberin habe ihre Mitteilungs- und Begründungspflichten gemäß Paragraph 131, Absatz BVergG jedenfalls verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass eine einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, weil die Auftraggeberin ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Ihr Interesse an der Zuschlagserteilung könne vor diesem Hintergrund nur durch den vorliegenden Antrag effektiv gesichert werden. Eine einstweilige Verfügung sei nach den Grundsätzen, die dem BVergG und den EU-Vergaberichtlinien zu entnehmen seien, in der Regel zu erlassen. Bei der Interessenabwägung sei der Verlust der Zuschlagserlangung entsprechend den überdurchschnittlich guten Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages zu berücksichtigen. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Abwendung des oben geschilderten drohenden Schadens. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Ermittlung des

Bestbieters. Da die Auftraggeberin das Vergabeverfahren bereits am 28. November 2010 eingeleitet, die Zuschlagsentscheidung jedoch erst am 11. März 2011 bekannt gegeben habe, bestehe keine besondere Dringlichkeit. Es bestehe kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung spreche. Die geringfügige Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen müsse die Auftraggeberin im Interesse des auch vom VfGH geforderten effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel und im Interesse eines effizienten Rechtsschutzes in Kauf nehmen. Nur mit der Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sei der Rechtsschutz gewährleistet.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 25. März 2011 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte sie vor, dass lediglich die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste Mittel, die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme sei. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung komme als Sicherungsmaßnahme nicht mehr in Betracht, da die Zuschlagsentscheidung als bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung nicht mehr zugänglich sei. Das Angebot der Antragstellerin habe keine Chance auf Zuschlagserteilung, auch wenn es nicht ausgeschieden worden wäre. Es habe keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags. Die Stillhaltefrist von 14 Tagen habe keinen Einfluss auf die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags gehabt. Die Ausscheidensgründe könnten allenfalls auch nachgereicht werden. Der Einstelligen Verfügung sei bei Fehlen der Erfolgsaussichten des Hauptantrages nicht stattzugeben. Der Antragstellerin komme hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung keine Antragslegitimation zu. Die Auftraggeberin habe großes Interesse, dass der Auftrag noch vor dem Sommer vergeben werden könne, damit die Arbeiten in der vorlesungsfreien Zeit durchgeführt und - im Schriftsatz näher aufgeschlüsselte - Kosten von Euro 57.000 für die Anmietung anderer Räumlichkeiten während des laufenden Semesters vermieden werden könnten. Die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung seien noch innerhalb der Zuschlagsfrist getroffen worden. Die besondere Dringlichkeit sei nicht von der Auftraggeberin verursacht worden, sondern ergebe sich aus den vorgegebenen Semesterzeiten. Die Auftraggeberin beantragte daher die Zurück- in eventu Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiter nahm die Auftraggeberin zum Umfang der beantragten Akteneinsicht Stellung.

Am 28. März 2011 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass der Sachverhalt im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen richtig wiedergegeben sei. Implizit bemängelte Ausschreibungsbestimmungen seien bestandsfest geworden. Die Ausscheidensentscheidung habe ausreichend Gründe für das Ausscheiden enthalten. Eine allenfalls mangelhafte Begründung für das Ausscheiden sei für das vorliegende Verfahren ohne Relevanz. Es lägen mehrere Ausscheidensgründe im Angebot der Antragstellerin vor. Ihr fehle die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Mit Mail vom 18. Jänner 2011 sei sie zur Verbesserung bis 21. Jänner 2011 aufgefordert worden. Sie habe erst am 24. Jänner 2011 darauf geantwortet. Die geforderten Nachweise seien teilweise nicht vorgelegt worden. Nach vertiefter Angebotsprüfung sei die vergebende Stelle zu dem Schluss gekommen, dass lediglich zwei von sieben Angeboten nicht auszuschneiden seien. Sie habe einen Vergabevermerk angefertigt, in dem die Ausscheidensgründe detailliert ausgeführt seien. Die verbliebenen Bieter seien zur Bemusterung eingeladen worden. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts ergäben sich keine wesentlichen Vergabewidrigkeiten, also keine Vergabewidrigkeit, die für den Ausgang des Verfahrens von Relevanz sei, da durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Antragstellerin kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Das Angebot wäre unter den bewerteten Angeboten an letzter Stelle zu reihen. Es komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Ein Mangel, der nicht zu einer Änderung in der Reihung der Bieter führe, könne nicht zu einer Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung führen. Schon daher könnten die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nicht "von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens" sein. Wenn die Ausscheidensgründe - so wie im vorliegenden Fall - vorlägen, fehle es der Antragstellerin nach ständiger Rechtsprechung an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Die Eigenerklärung sei zu unbestimmt und genüge daher nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Antragstellerin verfüge lediglich über das Gewerbe "Zusammenbau von Kino- und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben" als freies Gewerbe. Dieses Befugnis reiche nicht für die in Position 80.00.05A Z geforderte Planung. Die Antragstellerin dürfe die ausgeschriebene Leistung gewerberechtlich nicht erbringen und habe bereits durch die Angebotslegung den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO iVm § 1 Abs 4 2. Satz GewO verwirklicht. Das angebotene Produkt entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibung, da für Dämmmaterial kein Platz vorgesehen sei und der erforderliche Schallschutzwert $\alpha_w \geq 0,2$ nicht erreicht werden könne. Die Tischplatte weise eine in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nicht vorgesehene Stütze ("ohne Stütze") auf. Die Antragstellerin habe die in der Ausschreibung vorgesehenen Hohlräume für eine Kabelführung etwa

für eine Stromversorgung nicht eingeplant. Es wäre lediglich eine an der Außenseite sichtbare Verkabelung möglich. Entgegen den Anforderungen der Ausschreibung in Position 80.10.00B seien die Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, der Materialien und der Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz nicht beigelegt und wurden trotz der Aufforderung vom 18. Jänner 2011, diese bis 21. Jänner 2011 vorzulegen, erst am 24. Jänner 2011 vorgelegt. Diese Verspätung stelle bereits einen Ausscheidensgrund dar. Entgegen der Ausschreibung seien die Standrohre sichtbar. Das Angebot der Antragstellerin entspreche daher nicht der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung im Sinne der Position 80.00.05B Punkt 1.3 in Verbindung mit der Ausschreibung beiliegenden Plänen. Das stelle den Ausscheidensgrund nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG dar. Entgegen Position 80.10.00D Z seien die Standrohre nicht bekleidet vorgesehen und es werde auch optisch kein durchgehender Winkel, eine L-Form, erzeugt. Die akustischen Anforderungen an die Konstruktion hinsichtlich Schallabsorption durch Anbringen von MDF-Platten würden dadurch nicht erfüllt. Es sei offenbar ein unrichtiges Fabrikat für die MDF-Akustikplatte, nämlich "D****" eingetragen. Trotz Aufforderung sei keine Aufklärung geliefert worden. Dabei handle es nicht um die MDF-Akustikplatte, sondern lediglich das Gestühl. Entgegen der Position 80.10.00D sei das Standrohr in die Trittstufe eingelassen. Die Aufklärung, die am 18. Jänner 2011 bis 21. Jänner 2011 gefordert worden sei, sei erst am 24. Jänner 2011 geliefert worden und sei damit verspätet gewesen. Der Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs 2 BVergG sei dadurch erfüllt. Die Aufklärung, dass die angesprochenen Positionen "ausschreibungskonform" seien, sei unzulässig, weil sie nicht nachvollziehbar sei. Die Begründung der Ausscheidensentscheidung sei ausreichend. Es bestünden keine derart hohen Anforderungen wie bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung. In Zusammenhang mit der Aufforderung zur Aufklärung müsste der Antragstellerin ausreichend klar sein, dass ihre nachfolgende Ausscheidung nicht rechtswidrig gewesen sei. Selbst wenn die Ausscheidensentscheidung nicht ausreichend begründet gewesen sei, wäre dies ohne Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil das Angebot der Antragstellerin mangels ausreichender Befugnis auszuschneiden sei. Die Angabe einer falschen Stillhaltefrist habe keine Auswirkung auf die Anfechtungsfrist. Für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung komme der Antragstellerin keine Antragslegitimation zu. Gleiches gelte für die unterlassene Einladung zur Bemusterung. Die Auftraggeberin beantragt, den Nachprüfungsantrag zurück, in eventu abzuweisen. Am 28. März 2011 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass der Sachverhalt im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen richtig wiedergegeben sei. Implizit bemängelte Ausschreibungsbestimmungen seien bestandsfest geworden. Die Ausscheidensentscheidung habe ausreichend Gründe für das Ausscheiden enthalten. Eine allenfalls mangelhafte Begründung für das Ausscheiden sei für das vorliegende Verfahren ohne Relevanz. Es lägen mehrere Ausscheidensgründe im Angebot der Antragstellerin vor. Ihr fehle die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Mit Mail vom 18. Jänner 2011 sei sie zur Verbesserung bis 21. Jänner 2011 aufgefordert worden. Sie habe erst am 24. Jänner 2011 darauf geantwortet. Die geforderten Nachweise seien teilweise nicht vorgelegt worden. Nach vertiefter Angebotsprüfung sei die vergebende Stelle zu dem Schluss gekommen, dass lediglich zwei von sieben Angeboten nicht auszuschneiden seien. Sie habe einen Vergabevermerk angefertigt, in dem die Ausscheidensgründe detailliert ausgeführt seien. Die verbliebenen Bieter seien zur Bemusterung eingeladen worden. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts ergäben sich keine wesentlichen Vergabewidrigkeiten, also keine Vergabewidrigkeit, die für den Ausgang des Verfahrens von Relevanz sei, da durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Antragstellerin kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Das Angebot wäre unter den bewerteten Angeboten an letzter Stelle zu reihen. Es komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht. Ein Mangel, der nicht zu einer Änderung in der Reihung der Bieter führe, könne nicht zu einer Nichtigserklärung der angefochtenen Entscheidung führen. Schon daher könnten die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nicht "von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens" sein. Wenn die Ausscheidensgründe - so wie im vorliegenden Fall - vorlägen, fehle es der Antragstellerin nach ständiger Rechtsprechung an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Die Eigenerklärung sei zu unbestimmt und genüge daher nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Antragstellerin verfüge lediglich über das Gewerbe "Zusammenbau von Kino- und Theaterstühlen aus zugekauften, vorgefertigten Bestandteilen aus Metall und Polsterung mit einfachen Handgriffen durch Verschrauben" als freies Gewerbe. Diese Befugnis reiche nicht für die in Position 80.00.05A Z geforderte Planung. Die Antragstellerin dürfe die ausgeschriebene Leistung gewerberechtlich nicht erbringen und habe bereits durch die Angebotslegung den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 4, 2. Satz GewO verwirklicht. Das angebotene Produkt entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibung, da für Dämmmaterial kein Platz vorgesehen sei und der erforderliche

Schallschutzwert $\alpha_w \geq 0,2$ nicht erreicht werden könne. Die Tischplatte weise eine in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nicht vorgesehene Stütze ("ohne Stütze") auf. Die Antragstellerin habe die in der Ausschreibung vorgesehenen Hohlräume für eine Kabelführung etwa für eine Stromversorgung nicht eingeplant. Es wäre lediglich eine an der Außenseite sichtbare Verkabelung möglich. Entgegen den Anforderungen der Ausschreibung in Position 80.10.00B seien die Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, der Materialien und der Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz nicht beigelegt und wurden trotz der Aufforderung vom 18. Jänner 2011, diese bis 21. Jänner 2011 vorzulegen, erst am 24. Jänner 2011 vorgelegt. Diese Verspätung stelle bereits einen Ausscheidensgrund dar. Entgegen der Ausschreibung seien die Standrohre sichtbar. Das Angebot der Antragstellerin entspreche daher nicht der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung im Sinne der Position 80.00.05B Punkt 1.3 in Verbindung mit der Ausschreibung beiliegenden Plänen. Das stelle den Ausscheidensgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dar. Entgegen Position 80.10.00D Z seien die Standrohre nicht bekleidet vorgesehen und es werde auch optisch kein durchgehender Winkel, eine L-Form, erzeugt. Die akustischen Anforderungen an die Konstruktion hinsichtlich Schallabsorption durch Anbringen von MDF-Platten würden dadurch nicht erfüllt. Es sei offenbar ein unrichtiges Fabrikat für die MDF-Akustikplatte, nämlich "D***" eingetragen. Trotz Aufforderung sei keine Aufklärung geliefert worden. Dabei handle es nicht um die MDF-Akustikplatte, sondern lediglich das Gestühl. Entgegen der Position 80.10.00D sei das Standrohr in die Trittstufe eingelassen. Die Aufklärung, die am 18. Jänner 2011 bis 21. Jänner 2011 gefordert worden sei, sei erst am 24. Jänner 2011 geliefert worden und sei damit verspätet gewesen. Der Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG sei dadurch erfüllt. Die Aufklärung, dass die angesprochenen Positionen "ausschreibungskonform" seien, sei unzulässig, weil sie nicht nachvollziehbar sei. Die Begründung der Ausscheidensentscheidung sei ausreichend. Es bestünden keine derart hohen Anforderungen wie bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung. In Zusammenhang mit der Aufforderung zur Aufklärung müsste der Antragstellerin ausreichend klar sein, dass ihre nachfolgende Ausscheidung nicht rechtswidrig gewesen sei. Selbst wenn die Ausscheidensentscheidung nicht ausreichend begründet gewesen sei, wäre dies ohne Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil das Angebot der Antragstellerin mangels ausreichender Befugnis auszuschneiden sei. Die Angabe einer falschen Stillhaltefrist habe keine Auswirkung auf die Anfechtungsfrist. Für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung komme der Antragstellerin keine Antragslegitimation zu. Gleiches gelte für die unterlassene Einladung zur Bemusterung. Die Auftraggeberin beantragt, den Nachprüfungsantrag zurück, in eventu abzuweisen.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Universität Salzburg errichtet den Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW). Im Zuge dieses Vorhabens schreibt sie die Lieferung und Montage einer kompletten Hörsaalbestuhlung auf einer bauseitigen Hörsaalstufenanlage aus. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Vorhaben hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 220.931,50 ohne USt. Die vergebende Stelle ist die A***. Es wurde als Lieferauftrag unter der Bezeichnung "Lieferung und Montage von Hörsaalbestuhlungen für die Universität Salzburg" in einem offenen Verfahren nach den Regeln für den Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien sind Angebotspreis (50 %), Technische Eignung (35 %), Folgekosten des Betriebs und angebotene Gewährleistungsfristen (12 %) sowie Umweltverträglichkeit der verwendeten Materialien (3 %). Der CPV-Code ist 39100000 - Möbel. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Veröffentlichung erfolgte am 28. November 2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter der Zahl L-482001-0b28. Die Ausführung des Auftrags sollte von 1. März 2011 bis 5. August 2011 stattfinden. (Amtliche Einschau im Internet unter auftrag.at)

Die Zuschlagsfrist läuft bis 30. April 2011. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Ende der Angebotsfrist war der 11. Jänner 2011, 10.45 Uhr. Die Angebotsöffnung fand am selben Tag um 11.00 Uhr statt. Vier Bieter gaben Angebote ab. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab zwei Alternativangebote ab, ein anderer Bieter gab ein Alternativangebot ab. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin wurde mit E-Mail vom 18. Jänner 2011 zur Aufklärung wie folgt aufgefordert:

"Zur Prüfung Ihres Angebotes bitten wir bis spätestens 21.01.2011 um Übermittlung folgender Unterlagen bzw. Angaben:

1. 1.Ziffer eins
Position 80.10.00 wurde das Fabrikat und der Produkttyp "D****" angegeben. Wir benötigen verbindliche Angaben (Hersteller und Produkttyp) zu dem angebotenen Gestühl (Datenblätter, Prüfzeugnisse, Detailzeichnungen,...)
2. 2.Ziffer 2
Wie auf Seite 11 angegeben sind 'Mit Abgabe des Angebotes sind Zeichnungen mit Darstellung der Konstruktion, Materialien, Beschreibung der angebotenen Oberflächenbehandlung von Stahl und Holz vorzulegen.'

Wir bitten um Vorlage von Zeichnungen, wie Gestühl und Tisch im Detail ausgeführt werden.

1. 3.Ziffer 3
Zu Position 80.10.11D benötigen wir detaillierte Angaben zu dem gewählten Produkt (D****) zum Nachweis der Gleichwertigkeit zum Richtfabrikat.
2. 4.Ziffer 4
Ist in Position 80.10.00E mit der Bezeichnung E**** das Richtfabrikat gemeint? Wenn nein, benötigen wir ein Deckblatt zum gewählten Produkt.
3. 5.Ziffer 5
Zum gewählten Produkt in Position 80.10.01M benötigen wir ein Produktdatenblatt.

In Ihrem ANKÖ-Eintrag befinden sich widersprüchliche Angaben zur Mitarbeiterzahl (68 oder 6 Vollzeitarkbeitskräfte). Wir bitten um Aufklärung."

(Dem Schriftsatz der Auftraggeberin entnommen)

Mit E-Mail vom 24. Jänner 2011 beantwortete die Antragstellerin diese Anfrage wie folgt:

"Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 18.1.2011 beantworten wir Ihre Fragen und übermitteln Ihnen beiliegende Unterlagen zu unserem Angebot

1. 1.Ziffer eins
Pos. 80.10.00 Beilage 1 und 2; Detailzeichnungen für

Hörsaalbestuhlung

Prüfzeugnis vom Holzforschungsinstitut sowie die Verlängerung vom 17.11.2010 Hörsaalbestuhlung - allgemeine Stuhlbeschreibung

1. 2.Ziffer 2
Punkt 2: Seite 11

Oberfläche Holz: lackiert

Oberfläche Metallteile: RAL pulverbeschichtet

1. 3.Ziffer 3
Pos. 80.10.00D ist ausschreibungskonform
2. 4.Ziffer 4
Pos. 80.10.00E Ist ebenfalls ausschreibungskonform
3. 5.Ziffer 5
Pos. 80.10.01M Siehe Beilage Steckdosen
4. 6.Ziffer 6
ANKÖ-Eintrag Siehe Beilage **** - Aktualisierung ANKO

Eintragung

Wir hoffen, Ihre Fragen zu Ihrer Zufriedenheit beantwortet zu haben
und verbleiben
mit freundlichen Grüßen"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin lud die Antragstellerin nicht zu einer Bemusterung ein. (Vorbringen der Antragstellerin und der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 11. März 2011 versandte die Auftraggeberin folgendes Schreiben per Telefax an die Antragstellerin:

KGW Salzburg, Erziel-Klotz-Str, 1, A-3020 Salzburg

Lieferung und Montage von Hörsaalgeestühl

an die Universität Salzburg

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gern. § 131 BVerG 2006 Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gern. Paragraph 131, BVerG 2006

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Namen des Auftraggebers (UNIVERSITÄT SALZBURG, Zentrale Wirtschaftsdienste) wird bekannt gegeben, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag an folgenden Bieter zu erteilen:

C***

Vergabesumme: Euro 251.353,80 netto

Stillhaltefrist: 14 Tage lt. § 132 Abs. 1 - Ende Stillhaltefrist somit 25.03.2011, 24.00 Uhr
Paragraph 132, Absatz eins, - Ende Stillhaltefrist somit 25.03.2011, 24.00 Uhr

Nach Ende der Stillhaltefrist wird der Auftrag für die Lieferung und Montage von Hörsaalgestühl an o.g. Beetbieter erteilt.

Das erfolgreiche Angebot zeichnet sich durch folgende Merkmale und Vorteile aus:

- Exakte Erfüllung der Aueschreibungsbedingungen bezügl. technischer Eignung
- Höchste Punktzahl bzgl. Serviceaufwand und zus. Gewährleistung
- Höchste Punktzahl bzgl. Referenzen

Ihr Angebot wurde ausgeschieden, da es den Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der Einhaltung der technischen Anforderungen und der dargestellten formalen Gestaltung und äußeren Profilierung nicht entspricht.

Wir danken für Ihr Interesse an unserem Projekt sowie der Teilnahme an der Ausschreibung und verbleiben"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.
(Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 2.490 an Pauschalgebühren. (Gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist Die Universität Salzburg. Gemäß § 6 Z 7 Universitätsgesetz 2002 - UG, BGBl I 120/2002 idF BGBl I 111/2010, unterliegt sie dem UG. Gemäß § 1 UG ist sie berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre, der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie der Lehre der Kunst zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme des Menschen sowie zur gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen. Universitäten sind Bildungseinrichtungen des öffentlichen Rechts, die in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie auf die Erschließung neuer Zugänge zu den Künsten ausgerichtet sind. Im gemeinsamen Wirken von Lehrenden und Studierenden wird in einer aufgeklärten Wissensgesellschaft das Streben nach Bildung und Autonomie des Individuums durch Wissenschaft vollzogen. Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses geht mit der Erarbeitung von Fähigkeiten und Qualifikationen sowohl im Bereich der wissenschaftlichen

und künstlerischen Inhalte als auch im Bereich der methodischen Fertigkeiten mit dem Ziel einher, zur Bewältigung der gesellschaftlichen Herausforderungen in einer sich wandelnden humanen und geschlechtergerechten Gesellschaft beizutragen. Um den sich ständig wandelnden Erfordernissen organisatorisch, studien- und personalrechtlich Rechnung zu tragen, konstituieren sich die Universitäten und ihre Organe in größtmöglicher Autonomie und Selbstverwaltung. Sie damit zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Diese sind auch nicht gewerblicher Art, da sie sich nicht in einem Wettbewerb befindet und ihr Streben nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Sie ist gemäß § 4 UG eine juristische Person öffentlichen Rechts. Gemäß § 12 Abs 1 UG ist sie vom Bund zu finanzieren. Gemäß §§ 9 und 45 Abs 1 UG übt der Bund die Rechtsaufsicht aus. Sie sind gemäß § 45 Abs 2 UG dem Bund auskunftspflichtig. Der Bund kann gemäß § 45 Abs 3 und 4 UG Verordnungen, Bescheide und Wahlen der Universität im Rahmen seines Aufsichtsrechts aufheben. Die Universität ist an die Rechtsmeinung des Bundes gemäß § 45 Abs 6 UG gebunden. Die Universität Salzburg ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (für Universitäten zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist Die Universität Salzburg. Gemäß Paragraph 6, Ziffer 7, Universitätsgesetz 2002 - UG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 120 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 111 aus 2010,, unterliegt sie dem UG. Gemäß Paragraph eins, UG ist sie berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre, der Entwicklung und der Erschließung der Künste sowie der Lehre der Kunst zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme des Menschen sowie zur gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen. Universitäten sind Bildungseinrichtungen des öffentlichen Rechts, die in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie auf die Erschließung neuer Zugänge zu den Künsten ausgerichtet sind. Im gemeinsamen Wirken von Lehrenden und Studierenden wird in einer aufgeklärten Wissensgesellschaft das Streben nach Bildung und Autonomie des Individuums durch Wissenschaft vollzogen. Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses geht mit der Erarbeitung von Fähigkeiten und Qualifikationen sowohl im Bereich der wissenschaftlichen und künstlerischen Inhalte als auch im Bereich der methodischen Fertigkeiten mit dem Ziel einher, zur Bewältigung der gesellschaftlichen Herausforderungen in einer sich wandelnden humanen und geschlechtergerechten Gesellschaft beizutragen. Um den sich ständig wandelnden Erfordernissen organisatorisch, studien- und personalrechtlich Rechnung zu tragen, konstituieren sich die Universitäten und ihre Organe in größtmöglicher Autonomie und Selbstverwaltung. Sie damit zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Diese sind auch nicht gewerblicher Art, da sie sich nicht in einem Wettbewerb befindet und ihr Streben nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Sie ist gemäß Paragraph 4, UG eine juristische Person öffentlichen Rechts. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, UG ist sie vom Bund zu finanzieren. Gemäß Paragraphen 9 und 45 Absatz eins, UG übt der Bund die Rechtsaufsicht aus. Sie sind gemäß Paragraph 45, Absatz 2, UG dem Bund auskunftspflichtig. Der Bund kann gemäß Paragraph 45, Absatz 3 und 4 UG Verordnungen, Bescheide und Wahlen der Universität im Rahmen seines Aufsichtsrechts aufheben. Die Universität ist an die Rechtsmeinung des Bundes gemäß Paragraph 45, Absatz 6, UG gebunden. Die Universität Salzburg ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (für Universitäten zB BVA 27. 9. 2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. 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 a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. 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 a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag

noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Hinzuweisen ist darauf, dass die inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags dem Nachprüfungsverfahren vorbehalten ist und nicht im Rahmen der einstweiligen Verfügung erfolgen kann (zB BVA 14. 4. 2009, N/0030-BVA/04/2009-8EV; 6. 4. 2010, N/0026-BVA/12/2010- EV8). Selbstverständlich hängt die Legitimation für einen Antrag zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung. Es kommt aber jedem ausgeschiedenen Bieter zu, die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung anzuzweifeln und nachprüfen zu lassen (zB VwGH 5. 11. 2010, 2006/04/0245, RPA-Slg 2011/7 = RPA-Slg 2011/8; idS auch VwGH 21. 12. 2007, AW 2007/04/0057).

Somit ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Somit ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 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 2 BVergG ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam.

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 Nichtigkeitsklärung 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 BVergG 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 Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 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 Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. 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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Verhinderung der Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch die Auftraggeberin, der Wahrung ihres Interesses an der Zuschlagserteilung und der Abwendung des drohenden Schadens.

Der Auftraggeber macht im Wesentlichen die besondere Dringlichkeit der Vergabe zur Vermeidung von Kosten im Wintersemester 2011/2012, die Aussichtslosigkeit des Nachprüfungsantrags und die fehlende Antragslegitimation geltend. Der Auftraggeber macht im Wesentlichen die besondere Dringlichkeit der Vergabe zur Vermeidung von Kosten im Wintersemester 2011 aus 2012,, die Aussichtslosigkeit des Nachprüfungsantrags und die fehlende Antragslegitimation geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.

10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153- BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153- BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Wie bereits oben ausgeführt, ist es zwar grundsätzlich möglich, die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags bereits im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu berücksichtigen. Die einstweilige Verfügung ist jedoch nicht berufen, das Ergebnis des Hauptverfahrens vorwegzunehmen und den Nachprüfungsantrag inhaltlich zu beurteilen. Angesichts der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten und des Vorbringens der Auftraggeberin wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unumgänglich sein, um den Nachprüfungsantrag abschließend beurteilen zu können. Somit kann eine abschließende Beurteilung im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht stattfinden.

Da offensichtlich ist, dass der nächste Schritt des Auftraggebers die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ist, realisiert sich der von dem Antragsteller geltend gemachte drohende Schaden, wenn nicht Maßnahmen zu seiner vorläufigen Hintanhaltung ergriffen werden. Zudem könnte die Effektivität des Nachprüfungsverfahrens nicht sichergestellt werden, wenn angesichts des bevorstehenden Vertragsabschlusses nicht Maßnahmen ergriffen würden, die genau diesen vorläufig verhindern und damit die Möglichkeit des Bundesvergabeamtes aufrecht erhalten, die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären. Die Interessen der Auftraggeberin an einer zügigen Vergabe sind zwar als finanzieller Schaden beziffert und somit bescheinigt. Wie sich die Einzelkosten zusammensetzen ist dem Bundesvergabeamt allerdings nicht nachvollziehbar. Überdies sollte die Leistungsfrist laut Bekanntmachung der Ausschreibung schon am 1. März 2011, somit zehn Tage vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung beginnen. Diese Verzögerung des Vergabeverfahrens liegt in der Sphäre der Auftraggeberin und kann den Rechtsschutz der Bieter nicht verhindern. Somit überwiegen die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung jene an deren Unterbleiben.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war nach der Rechtslage vor der Novelle 2009 zum BVergG notwendig, um eine Zuschlagserteilung auf ihrer Grundlage zu verhindern, da das BVergG keine Nichtigkeit für derart abgeschlossene Verträge vorsah (zB BVA 10. 6. 2009, N/0021-BVA/10/2009-EV10; 10. 8. 2009, N/0081-BVA/10/2009-EV17).

§ 329 Abs 2 BVergG sieht nunmehr die Unwirksamkeit eines gegen die Untersagung der Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrags vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich. Paragraph 329, Absatz 2, BVergG sieht nunmehr die Unwirksamkeit eines gegen die Untersagung der Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrags vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird

die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008;

9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12; siehe auch VwGH 10. 12. 2007/AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Notwendige Maßnahme;

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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