

TE Verg Bescheid 2010/9/6 N/0076-BVA/02/2010-EV8

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.2010

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §32

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 32 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 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

(BVerG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVerG betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30. August 2010, 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 "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30. August 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "dem Auftraggeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVerG 2006 betreffend Lieferung für Hygienepapier 2011 (internes Geschäftszeichen der BBG: GZ - Nr. 3902.01359) die Angebotsöffnung sowie die Fortführung dieses Vergabeverfahrens zu untersagen", wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die im Vergabeverfahren "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359" eingelangten Angebote zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Lieferung von Hygienepapier 2011; GZ 3902.01359", des Auftraggebers, 1. Republik Österreich (Bund), 2.

Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, erfolgte national am 22.7.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-476642-0720 sowie europaweit am 23.7.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 141-217311. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren und der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zur Vergabe gelangt der Abschluss einer Rahmenvereinbarung über einen Lieferauftrag zu 2 Losen (Los 01 Region Ost: Wien, Niederösterreich, Burgenland, Steiermark; Los 02 Region West: Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Tirol, Vorarlberg) mit einer Laufzeit von 36 Monaten, beginnend ab 1.1.2011 und einer einmaligen Verlängerungsoption von weiteren 12 Monaten. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist mit 7.9.2010, 10.00 Uhr, fixiert.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2010 brachte die A***, vertreten durch X***, (idF Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Nichtigerklärung der "Ausschreibung samt all ihren Unterlagen und den beiden Berichtigungen des Auftraggebers" sowie in eventu "die für die Antragstellerin diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen zu streichen" begehrt. Weiters beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sowie die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit Schriftsatz vom 30.8.2010 brachte die A***, vertreten durch X***, (idF Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Nichtigerklärung der "Ausschreibung samt all ihren Unterlagen und den beiden Berichtigungen des Auftraggebers" sowie in eventu "die für die Antragstellerin diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen zu streichen" begehrt. Weiters beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sowie die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Instrument der Rahmenvereinbarung gemäß §

151 Abs 5 BVergG vom Auftraggeber missbräuchlich in Anspruch genommen worden sei. Die gegenständlichen Hygieneartikel würden vom Auftraggeber seit Jahren am Markt beschafft, sodass sich mit einer entsprechenden Bedarfserhebung ermitteln lasse, mit welchen Mengen an Hygieneartikeln zu rechnen sei. Es bestehe kein sachlicher Grund, dass sich der Auftraggeber einer Rahmenvereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zu den von ihm in der Ausschreibung vorgegebenen Bedingungen (keine eigenen Positionen für zeitabhängige Kosten für die Dauer der Rahmenvereinbarung) für die Beschaffung von Hygieneartikeln bediene und damit unkalkulierbaren Risiken auf den Auftragnehmer überwälze, was den Wettbewerb behindere, einschränke bzw verfälsche. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Instrument der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 151, Absatz 5, BVergG vom Auftraggeber missbräuchlich in Anspruch genommen worden sei. Die gegenständlichen Hygieneartikel würden vom Auftraggeber seit Jahren am Markt beschafft, sodass sich mit einer entsprechenden Bedarfserhebung ermitteln lasse, mit welchen Mengen an Hygieneartikeln zu rechnen sei. Es bestehe kein sachlicher Grund, dass sich der Auftraggeber einer Rahmenvereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zu den von ihm in der Ausschreibung vorgegebenen Bedingungen (keine eigenen Positionen für zeitabhängige Kosten für die Dauer der Rahmenvereinbarung) für die Beschaffung von Hygieneartikeln bediene und damit unkalkulierbaren Risiken auf den Auftragnehmer überwälze, was den Wettbewerb behindere, einschränke bzw verfälsche.

Die maximale Laufzeit der Rahmenvereinbarung entspreche nicht § 151 Abs 6 BVergG und zwar sowohl bei Ausnützung der ausgeschriebenen Mengenooption, als auch der zeitlichen Verlängerungsoption. Selbst bei Nichtausübung der Option durch den Auftraggeber betrage die Laufzeit der Rahmenvereinbarung mehr als drei Jahre, da der Abschluss bereits für November 2010 geplant sei. Eine sachliche Rechtfertigung, warum bei der Lieferung von Hygienepapier eine Laufzeit von über drei Jahren gerechtfertigt sein soll, gäbe es nicht und werde in den Ausschreibungsunterlagen auch keine sachliche Rechtfertigung angeführt. Derartig lange Laufzeiten von Rahmenvereinbarungen führten bei Hygieneartikeln zur Überwälzung von kalkulierbaren Risiken auf den Auftragnehmer und zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Die maximale Laufzeit der Rahmenvereinbarung entspreche nicht Paragraph 151, Absatz 6, BVergG und zwar sowohl bei Ausnützung der ausgeschriebenen Mengenooption, als auch der zeitlichen Verlängerungsoption. Selbst bei Nichtausübung der Option durch den Auftraggeber betrage die Laufzeit der Rahmenvereinbarung mehr als drei Jahre, da der Abschluss bereits für November 2010 geplant sei. Eine sachliche Rechtfertigung, warum bei der Lieferung von Hygienepapier eine Laufzeit von über drei Jahren gerechtfertigt sein soll, gäbe es nicht und werde in den Ausschreibungsunterlagen auch keine sachliche Rechtfertigung angeführt. Derartig lange Laufzeiten von Rahmenvereinbarungen führten bei Hygieneartikeln zur Überwälzung von kalkulierbaren Risiken auf den Auftragnehmer und zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Die Ausschreibung der "Lieferung" von Hygienepapier in einer "Rahmenvereinbarung" sei widersprüchlich. Während nach dem Wesen einer Rahmenvereinbarung für den Auftraggeber keine Abnahmeverpflichtung bestehe (vgl. Legaldefinition § 25 Abs 7 BVergG), wäre der Auftraggeber bei einem Lieferauftrag (Rahmenvertrag) zur Abnahme verpflichtet. Die Frage, ob es eine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers gäbe, sei insbesondere aus Kalkulationsgesichtspunkten von zentraler Bedeutung. Ein Lieferauftrag unterliege nicht nur anderen Verfahrensregeln, sondern bedinge überdies eine andere kalkulatorische Grundlage für die Bieter. Einerseits impliziere Pkt. 2.3 AAB, dass es eine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers im Ausmaß von zumindest 70 % der Gesamtmenge gäbe, andererseits bliebe eine Verletzung dieser Abnahme-verpflichtung infolge des in Rz 206 RV vorgesehenen Haftungsausschluss für den Auftraggeber ohne Konsequenzen. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass es - mangels durchsetzbarer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers - zur Überwälzung von unkalkulierbaren Risiken auf dem Auftragnehmer komme. Die Ausschreibung der "Lieferung" von Hygienepapier in einer "Rahmenvereinbarung" sei widersprüchlich. Während nach dem Wesen einer Rahmenvereinbarung für den Auftraggeber keine Abnahmeverpflichtung bestehe (vergleiche Legaldefinition Paragraph 25, Absatz 7, BVergG), wäre der Auftraggeber bei einem Lieferauftrag (Rahmenvertrag) zur Abnahme verpflichtet. Die Frage, ob es eine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers gäbe, sei insbesondere aus Kalkulationsgesichtspunkten von zentraler Bedeutung. Ein Lieferauftrag unterliege nicht nur anderen Verfahrensregeln, sondern bedinge überdies eine andere kalkulatorische Grundlage für die Bieter. Einerseits impliziere Pkt. 2.3 AAB, dass es eine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers im Ausmaß von zumindest 70 % der Gesamtmenge gäbe, andererseits bliebe eine Verletzung dieser Abnahme-verpflichtung infolge des in Rz 206 Regierungsvorlage vorgesehenen Haftungsausschluss für den Auftraggeber ohne Konsequenzen. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass es - mangels durchsetzbarer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers - zur Überwälzung von unkalkulierbaren Risiken auf dem Auftragnehmer komme.

Die Überwälzung unkalkulierbarer Risiken auf den Auftragnehmer zeige sich in mehreren Fällen:

Der vom Auftraggeber unter Pkt. 8.6. RV vorgegebene Großhandelspreisindex "51.56.11 Papier und Pappe (Meterware)" decke die tatsächlichen Preisentwicklungen von Hygieneartikeln am Markt nicht ab und die vom Auftraggeber nach einer Bieteranfrage hiezu vorgenommene Berichtigung werfe die weitere Frage, wie ein Bieter in einem Vergabeverfahren Preissteigerungen von mindestens 25 % seriös einkalkulieren solle, ohne zu spekulieren, auf. Besonders schlagend werde dieses Thema unter dem Gesichtspunkt der langen Laufzeit der Rahmenvereinbarung und auch dem Umstand, dass der Auftragnehmer bei Preissteigerungen von mehr als 25 % keinen Anspruch auf Anpassung der Preise habe. Der vom Auftraggeber unter Pkt. 8.6. Regierungsvorlage vorgegebene Großhandelspreisindex "51.56.11 Papier und Pappe (Meterware)" decke die tatsächlichen Preisentwicklungen von Hygieneartikeln am Markt nicht ab und die vom Auftraggeber nach einer Bieteranfrage hiezu vorgenommene Berichtigung werfe die weitere Frage, wie ein Bieter in einem Vergabeverfahren Preissteigerungen von mindestens 25 % seriös einkalkulieren solle, ohne zu spekulieren, auf. Besonders schlagend werde dieses Thema unter dem Gesichtspunkt der langen Laufzeit der Rahmenvereinbarung und auch dem Umstand, dass der Auftragnehmer bei Preissteigerungen von mehr als 25 % keinen Anspruch auf Anpassung der Preise habe.

Die nicht gegebene Abnahmeverpflichtung seitens des Auftraggebers führe auch -gekoppelt mit der kurzen Lieferverpflichtung samt Lieferbereitschaft des Auftragnehmers (Pkt. 7.1, 1. Absatz RV) auf Grund der Produktionsvorlaufzeiten, zur Notwendigkeit einer großen Lagerhaltung, ohne Sicherheit, ob und wann die gelagerten Produkte vom Auftraggeber tatsächlich abgerufen werden. Aufgrund der von diesen Lagerbeständen ausgelösten zeitabhängigen Vorfinanzierungs- sowie Lagerkosten in beträchtlicher Höhe seien die Lagerkosten unkalkulierbar. Die nicht gegebene Abnahmeverpflichtung seitens des Auftraggebers führe auch -gekoppelt mit der kurzen Lieferverpflichtung samt Lieferbereitschaft des Auftragnehmers (Pkt. 7.1, 1. Absatz Regierungsvorlage) auf Grund der Produktionsvorlaufzeiten, zur Notwendigkeit einer großen Lagerhaltung, ohne Sicherheit, ob und wann die gelagerten Produkte vom Auftraggeber tatsächlich abgerufen werden. Aufgrund der von diesen Lagerbeständen ausgelösten zeitabhängigen Vorfinanzierungs- sowie Lagerkosten in beträchtlicher Höhe seien die Lagerkosten unkalkulierbar.

Die Forderung nach zwei Vollzeit-Außendienst-Mitarbeitern und einem Teilzeit-Innendienst-Mitarbeiter pro Los (Pkt. 6.3.4 AAB, Rz 76) sowie deren Benennung und die Bestätigung von deren Einsatzgebieten (Pkt. 6.3.5 AAB, Rz 79) in Zusammenhang mit den konkreten Festlegungen hinsichtlich des Umfangs von deren Beratungsleistungen (4.2.2 RV, Rz 14ff) sei sachlich gerechtfertigt. Unter der Annahme, dass jede der 20 Dienststellen einmal im Monat einen Kontakt zum Auftragnehmer herstelle, ergebe sich nur ein Beratungsgespräch pro Tag. "Standardbestellungen" seien über den E-Shop der BBG (Pkt 5.4 ff RV; Rz 56 ff) abzuwickeln, wofür vom Auftragnehmer eine Gebühr in Höhe von 0,8 % exkl. USt vom Gesamtnettobestellwert inkl. Nicht-E-Shop Bestellungen an die BBG zu bezahlen habe. Bei den Personalkosten handle es sich um zeitabhängige Kosten, die beim Auftragnehmer auch anfallen, wenn es zu keinen Bestellungen seitens des Auftraggebers komme. Da das Leistungsverzeichnis keine Aufgliederung bzw keine Positionen für die Vergütung der zeitabhängigen Kosten vorsehe und abgerufene Leistungen nur mengenabhängig zu vergüten seien, sei die Vorgabe des Verkaufspersonals unkalkulierbar. Dass mit Berichtigung des Auftraggebers (Rz 77 AAB) die geforderten Mitarbeiter aufgestockt worden seien, indem nun bei Angebotslegung für beide Lose eine Doppelnennung von Mitarbeitern als unzulässig festgelegt worden sei, habe die Situation noch verschärft.

Dies alles führe im Ergebnis dazu, dass der Bieter Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht ermitteln könne. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht mehr sichergestellt, da jeder Bieter nur spekulieren könne, wie sich seine Rohstoffpreise am Weltmarkt entwickeln und inwieweit diese von dem vom Auftraggeber vorgegebenen Index abweichen. Aufgabe des Vergabeverfahrens sei es vergleichbare Angebote zuzulassen und nicht durch die Übertragung von unkalkulierbaren Risiken im Ergebnis einen Spekulationswettbewerb über die tatsächlichen Marktentwicklungen abzuhalten. Solche preisspekulativen Elemente in einer Ausschreibung führten auch dazu, dass Klein- und Mittelunternehmer (KMUS) an solchen Ausschreibungen nicht teilnehmen, weil angesichts einer durchschnittlichen Gewinnspanne von rund 3% das Risiko aus solchen Vertragsklauseln existenzgefährdend sei und für Großunternehmer allfällige Verluste aus derartigen Vertragsklauseln leichter zu verkraften seien.

Im Produktionsspezifikationsblatt P 60 gebe der Auftraggeber als Muss-Kriterium das "TORK - Universal Rollenhandtuch 1-lagig. TAD ArtikelNr. 290057 oder Gleich-wertiges" und den "TORK Elevation Rollenhandtuchspender H1 System (oder Gleich-wertiges)" vor. Der TORK-Spender sei kein Universalspender und ein maßgleiches Modell zum diesem sei am Markt nicht erhältlich, sodass der Auftragnehmer um diese Auftraggebervorgaben erfüllen zu können,

entweder das Produkt bei TORK zukaufen oder es nachbauen müsse. Voraussetzung für einen Nachbau sei der Erwerb diesbezüglicher Rechte, wozu TORK nicht gezwungen werden könne, was den Nachbau faktisch unmöglich mache und zu einem uneinholbaren Vorsprung im Wettbewerb für andere Mitbewerber führe. Zudem wolle der Auftraggeber für derartige Verletzungen selbst, obwohl er dieses Produktes als Muss-Kriterium vorgegeben habe, nicht haften (Pkt. 11.3 RV). Auch sei - wie eine Anfrage der Antragstellerin bei den Großhändlern in Österreich von TORK ergeben habe - der Ankauf dieser Produkte bei TORK nicht möglich. Diese Vorgabe von TORK-Erzeugnissen (oder eines gleichwertigen maßgleichen Modells) führe somit zur Diskriminierung anderer Produkte und Bieter sowie zur Beeinträchtigung des freien und lauten Wettbewerbs gemäß § 19 BVergG. Im Produktionsspezifikationsblatt P 60 gebe der Auftraggeber als Muss-Kriterium das "TORK - Universal Rollenhandtuch 1-lagig, TAD ArtikelNr. 290057 oder Gleich-wertiges" und den "TORK Elevation Rollenhandtuchspender H1 System (oder Gleich-wertiges)" vor. Der TORK-Spender sei kein Universalspender und ein maßgleiches Modell zum diesem sei am Markt nicht erhältlich, sodass der Auftragnehmer um diese Auftraggebersvorgaben erfüllen zu können, entweder das Produkt bei TORK zukaufen oder es nachbauen müsse. Voraussetzung für einen Nachbau sei der Erwerb diesbezüglicher Rechte, wozu TORK nicht gezwungen werden könne, was den Nachbau faktisch unmöglich mache und zu einem uneinholbaren Vorsprung im Wettbewerb für andere Mitbewerber führe. Zudem wolle der Auftraggeber für derartige Verletzungen selbst, obwohl er dieses Produktes als Muss-Kriterium vorgegeben habe, nicht haften (Pkt. 11.3 Regierungsvorlage). Auch sei - wie eine Anfrage der Antragstellerin bei den Großhändlern in Österreich von TORK ergeben habe - der Ankauf dieser Produkte bei TORK nicht möglich. Diese Vorgabe von TORK-Erzeugnissen (oder eines gleichwertigen maßgleichen Modells) führe somit zur Diskriminierung anderer Produkte und Bieter sowie zur Beeinträchtigung des freien und lauten Wettbewerbs gemäß Paragraph 19, BVergG.

Der vom Auftraggeber für bestimmte Produkte in den Spezifikationstabellenblättern als "MUSS-Kriterien" oder als "Richtwert mit engen Grenzen" festgelegten Mindestanforderungen, seien überzogen, sachlich nicht gerechtfertigt und beschränkten den Wettbewerb:

So sei zum Beispiel ohne Begründung für Jumbo-WC-Rollen (2-lagig, 200 lfm Weißgrad von ≥ 70 ; Spezifikationsdatenblatt P

1. 23) Ziffer 23

ein höheren Weißgrad vorgesehen, als für herkömmliche WC-Rollen (2-lagig, 250 Blatt: Weißgrad von ≥ 55 ;

Spezifikationsdatenblatt P 23). WC-Papier Jumborollen mit einem Weißgrad von ≥ 70 % würden am Markt von weniger Herstellern produziert, sodass dieses Muss-Kriterium zur Folge habe, dass zahlreiche Mitbewerber mit ihren Produkten am gesamten Vergabewettbewerb nicht teilnehmen könnten. Die Festlegung betreffend den Weißgrad stehe auch im Widerspruch zu Pkt 4.2.3 RV, Rz 30, wonach alle Produkte gefärbt werden dürften, denn bei gefärbten Produkten sei ein Weißgrad nicht feststellbar. Der Auftraggeber räume - obwohl das Spezifikationsdatenblatt zu Toilettenpapier (P 10) betreffend die breitenbezogene

Trockenbruchkraft (längs) als "Muss-Kriterium" ≥ 230 N/m

verlange und ab 250 N/m es 2 und ab ≥ 300 N/m 4

Bewertungspunkte vergeben würden - nach Auftragserteilung den tatsächlich gelieferten Produkten betreffend die breitenbezogene Trockenbruchkraft (längs) eine Toleranz von 20 % (Pkt. 4.2.3 RV) ein. Dies führe dazu, dass einerseits bestimmte Produktgruppen, welche zwar nicht die Mindestanforderungen erfüllten, aber im Toleranzbereich der Vorgaben lägen, ohne sachliche Rechtfertigung am Wettbewerb gar nicht teilnehmen könnten und andererseits Bieter für zugesagte Qualitätsmerkmale im Rahmen der Angebotsbewertung zusätzliche Bewertungspunkte zunächst erhalten und nach Abschluss der Rahmenvereinbarung ohne rechtliche Konsequenzen. "minderwertige" Produkte liefern könnten. Dies gelte auch für zahlreiche andere derartige Spezifikationen. Bewertungspunkte vergeben würden - nach Auftragserteilung den tatsächlich gelieferten Produkten betreffend die breitenbezogene Trockenbruchkraft (längs) eine Toleranz von 20 % (Pkt. 4.2.3 Regierungsvorlage) ein. Dies führe dazu, dass einerseits bestimmte Produktgruppen, welche zwar nicht die Mindestanforderungen erfüllten, aber im Toleranzbereich der Vorgaben lägen, ohne sachliche Rechtfertigung am Wettbewerb gar nicht teilnehmen könnten und andererseits Bieter für zugesagte Qualitätsmerkmale im Rahmen der Angebotsbewertung zusätzliche Bewertungspunkte zunächst erhalten und nach Abschluss der Rahmenvereinbarung ohne rechtliche Konsequenzen. "minderwertige" Produkte liefern könnten. Dies gelte auch für zahlreiche andere derartige Spezifikationen.

Die Festlegung, dass wenn bei Angebotslegung eine höhere Qualität als der vom Auftraggeber geforderte

Mindeststandard angeboten wird, dieser höhere Standard als neuer Mindeststandard gelte (Pkt, 8 AAB, Produktionsspezifikationen, Rz 132) führe zu dem absurden Ergebnis, dass ein Auftragnehmer, wolle er sicherstellen, dass seine Produkte in jedem Fall den neuen Mindeststandard erfüllen, noch hochwertige Produkte anbieten müsse, als jene, die bei zulässiger Ausnützung der Toleranz jedenfalls noch den Mindeststandard erfüllten. Jede Produktion von Produkten habe eine nach den Normen zulässige Toleranzbreite. Die Ausschreibung enthalte somit unzulässige, sachlich nicht gerechtfertigt Toleranzregeln hinsichtlich des Mindeststandards, denn sie schließe zahlreiche Produkte am Markt vom Wettbewerb aus.

Die Leistungsbeschreibung in Pkt 4.2.4 RV, Rz 29 (Umweltkriterien) sei nicht eindeutig iSv § 96 BVergG. Es sei unklar, ob die 25 % aus nachhaltiger Forstwirtschaft insgesamt - berechnet über alle Produkte - erreicht werden müssten, oder ob jedes einzelne Produkt 25 % aus nachhaltiger Forstwirtschaft enthalten müsse. Auch sei bei Altpapierprodukten ein Nachweis, dass für das Altpapierprodukt nur (Ursprungs-)Altpapier aus 25 %iger nachhaltiger Forstwirtschaft stamme, nicht möglich. Sobald Altpapier als Rohstoff eingesetzt werde, verschwinde der Nachweis der Herkunft des ursprünglichen Faserstoffes, der für das erste Papier verwendet worden sei. Die Einhaltung dieser Festlegung führe daher im Widerspruch zur Festlegung Pkt 4.2.4 RV, 1. Satz, wonach Altpapier oder Frischzellstoff zugelassen sei, dazu, dass Produkte aus Altpapier nicht angeboten werden dürften und Produzenten und Bewerber/Bietern, die überwiegend Altpapier als Faserstoff einsetzten sachlich nicht gerechtfertigt diskriminiert würden. Dass nur FSC oder PEFC Umweltgütesiegel zugelassen seien, widerspreche § 98 Abs 6 BVergG, wonach der Auftraggeber jedes andere geeignete Beweismittel, wie etwa eine technische Beschreibung des Herstellers oder einen Prüfbericht einer anderen Stelle anerkennen müsse. Die Leistungsbeschreibung in Pkt 4.2.4 RV, Rz 29 (Umweltkriterien) sei nicht eindeutig iSv Paragraph 96, BVergG. Es sei unklar, ob die 25 % aus nachhaltiger Forstwirtschaft insgesamt - berechnet über alle Produkte - erreicht werden müssten, oder ob jedes einzelne Produkt 25 % aus nachhaltiger Forstwirtschaft enthalten müsse. Auch sei bei Altpapierprodukten ein Nachweis, dass für das Altpapierprodukt nur (Ursprungs-)Altpapier aus 25 %iger nachhaltiger Forstwirtschaft stamme, nicht möglich. Sobald Altpapier als Rohstoff eingesetzt werde, verschwinde der Nachweis der Herkunft des ursprünglichen Faserstoffes, der für das erste Papier verwendet worden sei. Die Einhaltung dieser Festlegung führe daher im Widerspruch zur Festlegung Pkt 4.2.4 RV, 1. Satz, wonach Altpapier oder Frischzellstoff zugelassen sei, dazu, dass Produkte aus Altpapier nicht angeboten werden dürften und Produzenten und Bewerber/Bietern, die überwiegend Altpapier als Faserstoff einsetzten sachlich nicht gerechtfertigt diskriminiert würden. Dass nur FSC oder PEFC Umweltgütesiegel zugelassen seien, widerspreche Paragraph 98, Absatz 6, BVergG, wonach der Auftraggeber jedes andere geeignete Beweismittel, wie etwa eine technische Beschreibung des Herstellers oder einen Prüfbericht einer anderen Stelle anerkennen müsse.

Die in den Produktionsspezifikationsblättern verwendeten Begriffe "perforiert", "Prägung", "extraweich" und Falzart (Z-Falz [zickzack]) seien nicht eindeutig. Ab welcher Perforation bzw ab welcher Prägung bzw ab welchem Grad Extraweich bzw ab welchem Maß der Falz in gefaltetem Zustand diese Muss-Kriterien erfülle, lasse die Ausschreibung offen. Technische Normen, die dies konkretisieren würden, gäbe es nicht. Jeder Bieter sei bei diesem Muss-Kriterium einer gewissen Willkür des Auftraggebers ausgesetzt, ob die angebotenen Produkte als ausreichend perforiert bzw geprägt bzw extraweich bzw richtig gefalzt anerkannt werde. Dies stehe im Widerspruch zur zum Auftraggeber zu konkretisierenden Leistungsbeschreibung gemäß § 96 BVergG und verstoße gegen das in § 19 BVergG normierte Transparenzgebot. Die in den Produktionsspezifikationsblättern verwendeten Begriffe "perforiert", "Prägung", "extraweich" und Falzart (Z-Falz [zickzack]) seien nicht eindeutig. Ab welcher Perforation bzw ab welcher Prägung bzw ab welchem Grad Extraweich bzw ab welchem Maß der Falz in gefaltetem Zustand diese Muss-Kriterien erfülle, lasse die Ausschreibung offen. Technische Normen, die dies konkretisieren würden, gäbe es nicht. Jeder Bieter sei bei diesem Muss-Kriterium einer gewissen Willkür des Auftraggebers ausgesetzt, ob die angebotenen Produkte als ausreichend perforiert bzw geprägt bzw extraweich bzw richtig gefalzt anerkannt werde. Dies stehe im Widerspruch zur zum Auftraggeber zu konkretisierenden Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 96, BVergG und verstoße gegen das in Paragraph 19, BVergG normierte Transparenzgebot.

Durch die Summe der vorgegebenen technischen Spezifikationen käme es zur Diskriminierung von Bewerber/Bietern. Ein Vergleich der in der Ausschreibung enthaltene technischen Spezifikationen und der damit zusammenhängenden Mindestanforderungen für die einzelnen Produkte zeige, dass eine auffällig hohe Anzahl von Produkten des Herstellers eines Mitbewerbers mit den Mindestanforderungen in den Produktspezifikationsblättern des Auftraggebers zusammen-passen. Während andere Hersteller mit ihren Standardprodukten die Anforderungen oft

nicht erfüllen könnten, träfe das bei den Produkten des Mitbewerbers so gut wie nicht zu. So würden im Produktspezifikationsblatt P 23 und P 24 für die WC-Papier Mini Jumbo 2-lagig Perforationslängen zwischen 0,130 bis 0,150 verlangt und der Antragstellerin sei nur 1 Mitbewerber bekannt, der diese Perforationslänge erfüllen könne. Gleiches gelte für die Produktspezifikationsblättern 75, 76 und 81. Zunächst wäre der Kerndurchmesser nicht definiert gewesen und nach Berichtigung betrage er im Minimum 7 cm, was dem Produkt des Mit-Konkurrenten entspreche, das im Kern einen Mindestdurchmesser aufweise. In den Produktspezifikationsblättern 80 und 90 würde die Breite des Blattes auf Werte eingeschränkt, die Standardbreiten in Europa nicht entsprächen, was den Wettbewerb ebenfalls massiv einschränke.

Im Eignungskriterium unter Pkt 6.3.2 AAB werde die Beibringung von Referenzen auf außerhalb Wien beschränkt. Dies gelte sogar für das Los 01, Region Ost. Damit würden Bewerber/Bieter, die ihren Leistungsschwerpunkt in Wien hätten, gegenüber Unternehmern, die bisher in Wien keine vergleichbaren Lieferaufträge abgewickelt haben, jedoch zB in Niederösterreich oder Burgenland, diskriminiert. Auch durch die vom Auftraggeber in der 2. Berichtigung zu Frage 1) gegebene Antwort, wonach die logistische Erfahrung und Umsetzung für jeden zukünftigen Auftragnehmer auch in großflächigeren und "infrastrukturschwächeren" Regionen durchführbar sein müsse, werde dieser Ausschluss nicht sachlich gerechtfertigt. Die logistische Erfahrung in einer "Großstadt" habe mindestens den gleichen Wert, wie jene in der Belieferung eines Auftraggebers im Burgenland und sei möglicherweise eine wesentlich größere Herausforderung.

Das Abverlangen von Vorab-Zustimmungserklärungen der vom Auftragnehmer eingesetzten Personen zur Abfrage von DSGVOgeschützten Daten (Pkt 10.2 RV, Rz 175) sei angesichts des Auftragsgegenstandes (Lieferung von Hygieneartikeln) sachlich nicht gerechtfertigt. Der Auftraggeber verlange damit rechtlich Unmögliches, denn die Antragstellerin habe - wie jeder Mitbewerber - kein Recht von ihren Mitarbeitern einen derartigen "Persilschein" zur Abfrage von DSGVOgeschützten Daten zu verlangen.

In Pkt. 13.3 RV, Rz 232 verlange der Auftraggeber entgegen §§ 25a und b Insolvenzordnung im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers, die Zusage des Auftragnehmers zur vorzeitigen Vertragsauflösung. In Pkt. 13.3 RV, Rz 232 verlange der Auftraggeber entgegen Paragraphen 25 a und b Insolvenzordnung im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers, die Zusage des Auftragnehmers zur vorzeitigen Vertragsauflösung.

Pkt. 11.1 RV, Rz 206 sehe einen sittenwidriger Gewährleistungs- und Haftungs-ausschluss des Auftraggebers und der Abrufberechtigten vor. Da es für den Auftragnehmer gegenüber diesen Personen keinerlei Haftung und Gewährleistung gebe, könnte der Auftragnehmer auch bei ordnungsgemäßer Lieferung seinen Entgeltsanspruch nicht durchsetzen.

Die Abänderung von Muss-Kriterien auf Bieteranfrage (dies betreffe zahlreiche Mindestanforderungen und bei Angebotsangabe vorzulegende Unterlagen und Muster), ohne Verlängerung der Angebotsfrist verstoße gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs, des Diskriminierungsverbots und des Gleichbehandlungsgebots. In Pkt 21 der 2. Berichtigung verlange der Auftraggeber - entgegen der ursprünglichen Festlegung - insbesondere, dass Bieter "sofort bei Angebotslegung" ein Muster des Spenders kostenlos zum Zweck der Teststelle zur Verfügung zu stellen haben. Diese kurzfristige Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei infolge der Vorgabe des TORK-Produktes diskriminierend. Nur ein Bewerber/ Bieter, der TORK-Produkte anbiete, könne dieses Muster kurzfristig vorlegen. Faktisch seien damit anderen Bewerber/Bieter, die keine TORK-Produkte anbieten, von der Teilnahme an diesem Vergabewettbewerb ausgeschlossen. In Pkt 4.4 AAB behalte sich der Auftraggeber vor, spätestens 9 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist allfällige Anfragen zu beantworten und Berichtigungen seiner Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Gleichzeitig seien von Bewerbern/Bietern technische Spezifikationen bei Kriterien, die mit dem Kommentar "Attest notwendig" gekennzeichnet seien, durch entsprechenden Prüfberichte der technischen Versuchs- und Forschungsanstalt nachzuweisen. Bei Änderungen derartiger Spezifikationen es ohne entsprechender Vorlaufzeit für Bewerber/Bieter nicht zumutbar, neue Atteste einzuholen.

Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten in der angefochtenen Ausschreibung in der aktuellen Fassung inklusive der 1. und 2. Berichtigung des Auftraggebers erachte sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Teilnahme am Vergabeverfahren, auf eine gesetzmäßige und vergaberechtskonforme Ausschreibung, Leistungsbeschreibung und Eignungskriterien sowie Zuschlagskriterien, auf Abschluss der Rahmenvereinbarung, auf den Zuschlag, auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, auf Beachtung der

gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie des Diskriminierungsverbotes, Beachtung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes, auf Ausschreibungsunterlagen, in denen keine diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit enthalten sind und auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter verletzt.

Durch die rechtswidrige Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen drohe der Antragstellerin schon jetzt ein erheblicher finanzieller und sonstiger Schaden. Ein Schaden in der Höhe von zumindest EUR 10.000,-- an Kosten für die Rechtsberatung und bisherige Teilnahme am Vergabeverfahren sei bereits eingetreten. Die Antragstellerin habe bereits mit der Einholung der Ausschreibungsunterlagen ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Sie sei seit vielen Jahren ein erfolgreiches und führendes Unternehmen in Österreich im Bereich der Lieferung und Beratung mit Hygieneartikel und habe realistische Chancen bei Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens als Bestbieter bei dieser Auftragsvergabe hervorzugehen.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung seiner Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, weil der Auftraggeber mit dem von ihm nunmehr gewählten - vergaberechtswidrigen - offenen Verfahren fortfahren könnte und durch seine gesetzwidrigen Ausschreibungsunterlagen samt den dazugehörigen Berichtigungen unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Vergabegesetzes nicht mehr beseitigt werden können. Eine bloße Feststellung einer rechtswidrigen Ausschreibungsunterlage ex post könne die Chancen am Vergabewettbewerb teilzunehmen und den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu erhalten, nicht aufwiegen.

Mit Schriftsatz vom 1.9.2010 machte der Auftraggeber zunächst allgemeine Angaben zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich in einem offenen Verfahren zu vergebenden Lieferauftrags betrage insgesamt EUR 3.4 Mio ohne Ust (Los 01: EUR 2 Mio; Los 02: 1,4 Mio). Das Vergabeverfahren befinde sich während offener Angebotsfrist und die Angebotsöffnung sei geplant für 7.9.2010, 10:10 Uhr. Bislang sei weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung bzw. ein Widerruf oder Zuschlag erfolgt.

Zum Sicherungsantrag führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass der Antrag auf Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens jedenfalls zu weitreichend sei, dass kein besonderes Interesse des Auftraggebers an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, er jedoch nicht beurteilen könne, ob Interessen sonstiger Bieter durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung beeinträchtigt würden und stellte unter einem den Antrag die Anträge auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zurück- in eventu abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, sind Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5, welcher in einem offene Verfahren nach dem Bestbieterprinzip in Form einer Rahmenvereinbarung gemäß § 32 BVergG vergeben wird. Das Verfahren befindet sich während offener Angebotsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers für beide Lose EUR 3,4 Mio (ohne Ust.), der geschätzte Auftragswert für Los 01 beträgt 2 Mio (ohne Ust.) und für Los 02 1,4 Mio (ohne Ust). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, beide vertreten durch Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, sind Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5,, welcher in einem offene Verfahren nach dem Bestbieterprinzip in Form einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 32, BVergG vergeben wird. Das Verfahren befindet sich während offener Angebotsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers für beide Lose EUR 3,4 Mio (ohne Ust.), der geschätzte Auftragswert für Los 01 beträgt 2 Mio (ohne Ust.) und für Los 02 1,4 Mio (ohne Ust). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die

Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung von Teilen bzw. der gesamten Ausschreibung, in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da seitens des Auftraggebers nach Ablauf der Angebotsfrist am 7.9.2010 die Öffnung der eingelangten Angebote geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Angebotsabgabe und damit auch für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Angebotsabgabe der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Ausschreibung und damit in einem rechtskonformen Vergabeverfahren 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.). Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer 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.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer 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.

Öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solches zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden bekannt. 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.). Öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solches zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden bekannt. 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.).

Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006- EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH

25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006- EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die beantragte Untersagung der Angebotsöffnung durch den Auftraggeber stellt im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Dem Antrag entsprechend war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Da bei der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, dem Auftraggeber jede Möglichkeit der weiterführenden Handlung im Vergabeverfahren, also auch die Berichtigung der Ausschreibung verunmöglicht wird, war dieses Mehrbegehren als "überschießend" abzuweisen.

Schlagworte

Offenes Verfahren, Rahmenvereinbarung, einstweilige Verfügung, Untersagung Angebotsöffnung, Ausschreibung;

Zuletzt aktualisiert am

23.11.2010

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