

TE Verg Bescheid 2009/10/6 N/0104-BVA/03/2009-EV14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.10.2009

Norm

BVergG 2006 §3 Abs2 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

B-VG Art 14b Abs2 Z1 lit a

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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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

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. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschková gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Ausstattungen im Zuge der Erneuerung und Renovierung des Heißlabors des Nuklearmedizinischen Instituts im Hanusch - Krankenhaus" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, Postfach 6000, 1103 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 29.9.2009 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschková gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Ausstattungen im Zuge der Erneuerung und Renovierung des Heißlabors des Nuklearmedizinischen Instituts im Hanusch - Krankenhaus" des Auftraggebers Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, Postfach 6000, 1103 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 29.9.2009 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge mittels einstweiliger Verfügung die im Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Ausstattungen im Zuge der Erneuerung und Renovierung des Heißlabors des nuklearmedizinischen Institutes im Hanusch-Krankenhaus" bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin aussetzen und der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren untersagen, wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber, Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerbergstraße 15-19, Postfach 6000, 1103 Wien, für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von Ausstattungen im Zuge der Erneuerung und Renovierung des Heißlabors des nuklearmedizinischen Institutes im Hanusch-Krankenhaus" den Zuschlag zu erteilen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2, und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: §§ 328 Absatz eins, 329, Absatz eins, 2,, und 4 BVergG

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte am 29.9.2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG. Die Antragstellerin stellte am 29.9.2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge

auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ausschreibungswidrig, da es in mehreren Punkten zwingenden Vorgaben der Ausschreibung, insbesondere zwingend einzuhaltenden Normen und technischen Regeln, widerspreche, weshalb dieses gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend auszuschneiden sei. Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ausschreibungswidrig, da es in mehreren Punkten zwingenden Vorgaben der Ausschreibung, insbesondere zwingend einzuhaltenden Normen und technischen Regeln, widerspreche, weshalb dieses gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend auszuschneiden sei.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, diese habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Bei der Angebotseröffnung habe sich gezeigt, dass lediglich zwei Angebote abgegeben worden seien, nämlich jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und jenes der Antragstellerin. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien drei Referenzaufträge gefordert worden. In Abschnitt III. der Ausschreibungsunterlage, Seite 12 sei festgelegt, dass die gegenständlichen Leistungen nach dem Bestbieterprinzip vergeben würden, wobei die Zuschlagskriterien folgende seien: Ergänzend führte die Antragstellerin aus, diese habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Bei der Angebotseröffnung habe sich gezeigt, dass lediglich zwei Angebote abgegeben worden seien, nämlich jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und jenes der Antragstellerin. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien drei Referenzaufträge gefordert worden. In Abschnitt römisch drei. der Ausschreibungsunterlage, Seite 12 sei festgelegt, dass die gegenständlichen Leistungen nach dem Bestbieterprinzip vergeben würden, wobei die Zuschlagskriterien folgende seien:

Preis 55%

Qualität 35%

Subkriterien für die Qualität:

1. Spezifikationserfüllung Abschirmung/Abmessungen (10 Punkte)

1. 2.Ziffer 2

Spezifikationserfüllung Geforderte Funktionen und Sonderfunktionen (40 Punkte)

2. 3.Ziffer 3

Ergonomie im praktischen Einsatz (30 Punkte)

3. 4.Ziffer 4

Ratendokumentation (10 Punkte)

4. 5.Ziffer 5

Referenzen und Serviceeinsatz des Bieters (10 Punkte)

Dauer der Gewährleistung 10%

Hinsichtlich der Bewertung seien lediglich für den Preis und für die Dauer der Gewährleistung nähere Angaben gemacht worden, wie Punkte vergeben würden. Hinsichtlich des Kriteriums "Qualität" habe die Ausschreibung lediglich festgehalten, dass eine kommissionelle Bewertung durchgeführt würde, die "vor allem auf der Grundlage der vorgelegten Angebotsunterlagen " erfolge, wobei auf Folgendes verweisen werde "Ergänzend ist auf die Grundlage des Erfahrungs- und Kenntnisstandes von Mitgliedern der Vergabekommission auf der Grundlage von praktischen Erfahrungen in einem Krankenhaus sowie Besichtigung bzw Nachfragen bei Referenzstellen". Zum Ausdruck bringen wollte der Auftraggeber damit wohl, dass zur Bewertung der angebotenen Leistungen entweder Erfahrungen mit das bestehenden Lieferungen und eigene Erfahrungen damit herangezogen würden oder aber die Kommission entsprechende Referenzinstallationen besichtige und diese dann bewerte - daher wohl auch die Festlegung auf Seite 16 der Ausschreibung, dass für die angebotenen Komponenten eine Referenzliste dem Angebot beizulegen sei. Nach welchen Aspekten die einzelnen Qualitäts-Sub-Kriterien beurteilt würden und was der nähere Inhalt dieser bloß schlagwortartig formulierten Qualitätskriterien sei, lasse die Ausschreibung aber im Dunklen.

Auf Seite 13 der Ausschreibung sei unter anderem festgehalten: " Angebotene Produkte müssen den in Österreich

geltenden Normen (insbesondere EU- Normen) entsprechen und die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen. Diese Produkte haben dem im Anforderungsprofil definierten Qualitäten und Voraussetzungen zu entsprechen."

Auf Seite 16 der Ausschreibungsunterlage seien die zu liefernden Komponenten aufgezählt: 1. Arbeitstisch, 2. Nuklearmedizinische Sicherheitswerkbank, 3. integriertes Abfallrennsystem, 4. Radioimmuntherapiearbeitsplatz,

1. 5.Ziffer 5

bleigeschirmter Hochschrank mit Medikamentenkühlschrank, 6. Apothekerschrank, 7. PET Sicherheitswerkbank, 8. Doppelwaschbecken, 9. Zugangstür. Ergänzend habe der Auftraggeber festgelegt, dass die gelieferten Komponenten neu sein müssen und den in Österreich gültigen gesetzlichen Bestimmungen entsprechen müssen und für die angebotenen Komponenten eine Referenzliste beizulegen seien. Damit habe der Auftraggeber klargestellt, dass angebotene Komponenten in dieser Ausprägung schon geliefert worden sein müssen und daher bloße auf Papier abgegebene Versprechen einer Lieferung nicht genügen.

Auf Seite 20 der Ausschreibungsunterlage sei festgehalten, dass neben den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Angaben über die jeweiligen Leistungen auch etwaige in Betracht kommende gesetzliche und behördliche Vorschriften, Ausführungsbestimmungen der im ÖNORM-Verzeichnis enthaltenen Normen und sonstige technische Spezifikationen, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen, maßgeblich seien und in Pos 851001B Z sei die ausgeschriebene Nuklearmedizinische Sicherheitswerkbank näher beschrieben. Ein wesentliches, vom Auftraggeber zwingend vorgegebenes Qualitätskriterium sei, dass ein steril gefilterter, laminarer, vertikaler Luftstrom im Arbeitsbereich nach den Vorgaben von Klasse A der einschlägigen GMP-Richtlinien gewährleistet werde. Technischer Hintergrund dieser Vorgabe sei, dass ein derartiger laminarer, also keine Turbulenzen aufweisender, streng vertikal von oben nach unten orientierter Luftstrom erforderlich sei, um die nötige Sterilität und damit Sicherheit für Mitarbeiter und Patienten gewährleisten zu können. Es dürfe nämlich nicht aus den Augen verloren werden, wozu der Ausschreibungsgegenstand verwendet werden soll: im Arbeitsbereich der Sicherheitswerkbank sollen radiopharmazeutische Präparate hergestellt werden, die direkt und daher ohne weitere Sterilitätskontrolle oder -maßnahmen dem Patienten injiziert werden. Sollte daher bei der Herstellung im Arbeitsbereich ein Sterilitätsrisiko bestehen, hätte das ein erhebliches Gesundheitsrisiko der Patienten zur Folge. Wie wichtig dem Auftraggeber dieser Aspekt sei, zeige sich unter anderem daran, dass er diese Anforderung auch in Pos 851001G Z auf Seite 34 der Ausschreibungsunterlage bei der Beschreibung der Vorgaben an die PET-Sicherheitswerkbank nochmals festgehalten habe: auch hier sei ein steril gefilterter, laminarer, vertikaler Luftstrom im Arbeitsbereich nach Maßgabe von Klasse A der einschlägigen GMP-Richtlinien gefordert. Die einschlägigen Normen für diesen Bereich, nämlich die EN 12469 "Biotechnology - Performance criteria for microbiological safety cabinets" sowie die GMP-PCS PE 009- Richtlinie in Bezug auf die radiopharmazeutische Handhabung, stellen hohe technische Anforderungen an ein ausschreibungskonformes Produkt (GMP: allgemein gebräuchliche Abkürzung für "Guide to Good Manufacturing Practice for Medicinal Products", erarbeitet und herausgegeben von der PIC/S - Pharmaceutical Inspection Convention in Genf; diese GMP-Richtlinien stellen den Stand der Technik im pharmazeutischen Bereich dar. Hier gehe es darum, dass der Arbeitsbereich zum Zwecke des Schutzes des darin herzustellenden Produktes und der darin arbeitenden Personen steril sein müsse. Hergestellt werden könne diese sterile Umgebung dadurch, dass unter Verwendung eines Ventilators die Luft durch ein Filterpaket geblasen werde, bevor sie auf den Arbeitsbereich falle. Mit ein Kriterium für die Sicherstellung der Sterilität sei die Luftgeschwindigkeit der Strömung im Arbeitsbereich, die nach den einschlägigen Bestimmungen der EN 12469 zwingend zwischen 0,25 und 0,5 m/s liegen müsse (Annex H, Tabelle HI der EN 12469). Die in der Ausschreibung ebenfalls als maßgeblich definierte GMP-Richtlinie PE-009 verlange in Anhang 1 für die Ausschreibung maßgebliche Klasse A eine unidirektionale, strikt laminare also unverwirbelte (Luft-)Strömung im Arbeitsbereich mit einer Geschwindigkeit zwischen 0,36 - 0,54 m/s. Eine Anlage, die beiden Vorschriften entsprechen soll, müsse also eine ungestörte, laminare Vertikalströmung mit einer Strömungsgeschwindigkeit zwischen 0,36 und 0,5 m/s aufweisen. Eine Ausprägung des Innenraums des Arbeitsbereiches in einer Form, in der unkontrollierbare Turbulenzen stattfinden, führe demgegenüber zu zweierlei:

Zum Einen sei die Vorgabe der laminaren Luftströmung, also der turbulenzfreien, rein vertikal gerichteten Luftströmung, nicht sichergestellt. Zum Anderen könne durch die Turbulenzen naturgemäß auch nicht im gesamten Arbeitsbereich die vertikale Strömungsgeschwindigkeit sichergestellt sein. Ein Arbeitsbereich, bei dem es zu solchen

Turbulenzen kommen könne, entspreche daher weder den zwingenden Vorschriften noch den darauf aufbauenden Mindestvorgaben der Ausschreibung.

In Pos 85100113 Z sei eine Generatorlade für insgesamt 2 Tc-99m-Generatoren mit 50 mm Bleiabschirmung gefordert. Bei diesen "Generatoren" handle es sich um in der Nuklearmedizin gebräuchliche Behälter für radioaktive Isotopen (hier: das Isotop Tc 99m), aus denen unter sicheren Bedingungen das Isotop zur Herstellung radiopharmazeutischer Präparate entnommen werden könne. Diese Generatorlade sollte sich auf der rechten Seite der Werkbank befinden. Die für die Aufbewahrung radioaktiver Stoffe maßgeblichen Normen seien die ÖNORMen S 5225 und S 5224, welche auf die DIN 25422 verweisen. Danach seien radioaktive Stoffe in einem brandgeschützten Aufbewahrungsplatz zu verwahren, der mindestens 30 Minuten bei einer Umgebungstemperatur von 800°C weiter gesichert den radioaktiven Inhalt umschließe (DIN 25422, Punkt 7.1). Das sei beim angebotenen Produkt der Antragstellerin der Fall, weil sich der radioaktive Isotope enthaltende Generator in einem kombinierten Stahl-Blei-Gehäuse befinde, das auf allen Seiten dicht abgeschlossen sei. Dies habe zur Folge, dass auch im Brandfall, und daher im Fall extremer Erhitzung dieses Gehäuses, das den radioaktiven Schutz sicherstellende Blei, das bereits bei einer Umgebungstemperatur von 600°C schmelze, nicht auslaufen könne. Dem gegenüber weise das Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen derartigen normgerechten Brandschutz nicht auf: Dort sei der Generator nämlich bloß von in einem mit Bleiplatten ummantelten Stahlrahmen aufbewahrt, der den Anforderungen der Norm an einen "Behälter" nicht entspreche.

Blei habe nämlich einen sehr niedrigen Schmelzpunkt (600°C), weshalb bei Feuer (Umgebungstemperatur bei 800°C) das Blei leicht schmelzen könne, auslaufe und demgemäß die radioaktive Strahlung austreten könne, weil der Generator dann ungeschützt im "nackten" Stahlrahmen stehe.

Mit Telefax-Schreiben vom 22.9.2009, habe der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, sie beabsichtige, den Zuschlag an die Firma B*** zu erteilen. Zur Begründung der Zuschlagsentscheidung sei lediglich ausgeführt worden, dass das Angebot der Firma B*** bei der Bestbieterermittlung mit 97,50 Punkten bewertet worden sei, das Angebot der Antragstellerin lediglich mit 82,31 Punkten. Die Vergabesumme betrage EUR 250.000,00.-. Erst auf Aufforderung durch den Rechtsvertreter der Antragstellerin seien der Antragstellerin weitere Informationen über die Bewertung mit Telefax vom 25.9.2009 übermittelt worden. Der Umstand, dass das Angebot der Firma B*** für die Zuschlagserteilung vorgesehen sei, impliziere, dass dieses Angebot - rechtswidrigerweise - nicht ausgeschieden worden sei.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung werde vorgebracht, dass B*** nach Kenntnis der Antragstellerin noch keine einzige mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbare, also alle Komponenten in der geforderten Ausprägung umfassende Einrichtung geliefert habe. Allerdings habe B*** in einem Krankenhaus in Leipzig eine Sicherheitswerkbank mit Ausstattung für Technetium geliefert. Nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen sei diese Installation auch zum Zwecke der Bewertung des Angebotes im hier gegenständlichen Vergabeverfahren besichtigt und daher der Angebotsbewertung zugrundegelegt worden. Diese Vorgehensweise entspreche auch den in der Ausschreibung festgelegten Intentionen, dass für die angebotenen Komponenten Referenzlisten dem Angebot beizulegen seien und die Bewertungskommission zum Zwecke der Bewertung Referenzinstallationen besichtigen könne/werde. Beim System von B*** sei es technisch nicht möglich, eine garantierte laminare Vertikalströmung mit der lt EN 12469 geforderten Strömungsgeschwindigkeit im Arbeitsbereich sicherzustellen. Hintergrund sei, dass B*** vorsehe, eine bestehende Sicherheitswerkbank dergestalt zu adaptieren, dass eine höhere Strahlungssicherheit wie in der Ausschreibung gefordert gegeben sei. Bewerktelligt werde das durch den Einbau einer verfahrbaren Bleiglasscheibe mit einer Stärke von zumindest 16 mm (für die mit Pos 851001 B Z ausgeschrieben Technetium-Werkbank) bzw zumindest 110 mm (für die mit Pos 851001 G Z ausgeschriebene PET-Sicherheitswerkbank). Dies führe zu einer Strömungsverwirbelungs - Situation, weil in die laminare Vertikalströmung ein "Klotz" (Bleiglasscheibe) "hineingestellt" werde, der die laminare Strömung störe und an dessen Ecken und Kanten es zu normwidrigen Turbulenzen komme. Demgegenüber sehe das von der Antragstellerin angebotene und allein in Österreich bereits zig-fach bewährte System vor, dass die Bleiglasschutzscheibe vor den sterilen Bereich gehängt werde, also außerhalb des Strömungsbereiches bleibe und diesen daher nicht störe. Überdies führe diese Lösung dazu, dass die Tiefe des Arbeitsbereiches erheblich reduziert werde und - dies jedenfalls bei der unter Pos 851001G Z ausgeschrieben PET-Werkbank, für die die 110mm-Bleiglasscheibe erforderlich sei - nicht mehr den in der Ausschreibung vorgegebenen Abmessungen entspreche, also zu klein sei.

Normwidrig sei auch die Lösung von B*** für den mit Blei abzuschirmenden Abfallsammler, in den durch die in der Ausschreibung verlangte Abwurföffnung von der Arbeitsfläche Abfälle eingeworfen werden können sollen: Dieser

Abfallbehälter stehe zwar in einem bleiabgeschirmten Gehäuse, das allerdings über eine Türe an seiner Front zugänglich sei. Über diese Türe müsse der Abfallbehälter auch entnommen und entsorgt werden. Damit sei zwar die Forderung erfüllt, dass aus dem strahlengeschützten Arbeitsbereich Abfälle in den ebenfalls strahlengeschützten Abfallsammler eingebracht werden können. Im Zuge der Entleerung aber sei die Fronttüre zu öffnen, wodurch eine direkte Luftverbindung aus dem strahlengeschützten (Arbeits-)Bereich in den ungeschützten Bereich außerhalb der Sicherheitswerkbank hergestellt werde und daher Strahlung unkontrolliert entweichen könne.

Normenwidrig ausgeführt sei auch die Generatorschublade beim System von B***: hier werde auf die Ausführungen oben verwiesen; es zeige sich, dass daher das Angebot von B*** nicht den zwingend einzuhaltenden Sicherheitsnormen entspreche.

Damit zeige sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in mehreren Punkten zwingenden Vorgaben der Ausschreibung, insbesondere zwingenden einzuhaltenden Normen und technischen Regeln widerspreche und daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend auszuschneiden sei. Damit zeige sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in mehreren Punkten zwingenden Vorgaben der Ausschreibung, insbesondere zwingenden einzuhaltenden Normen und technischen Regeln widerspreche und daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend auszuschneiden sei.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung mangels Begründung werde vorgebracht, dass gemäß § 130 Abs 2 BVergG die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten seien. Sinn und Zweck dieser Bestimmungen sei, die geforderte Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung zu gewährleisten. Auch nach dem BVA komme dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag elementare Bedeutung zu, da die Entscheidung der Auftraggeberin, aus welchen Gründen sie einem bestimmten Bieter einen Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein müsse. In der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung werde zur Begründung lediglich die Summe der Bewertungspunkte angegeben, was freilich nicht dem Begründungsgebot des § 131 BVergG entspreche. Auch die auf Aufforderung des Antragstellervertreeters erst nach Zuschlagsentscheidung zugemittelte nähere Begründung entspreche aber nicht den gesetzlichen Anforderungen: Die Rechtsprechung verlange im Fall einer kommissionellen Bewertung von Angeboten eine eingehende verbale Begründung der Zuschlagsentscheidung - eine lediglich aus der Angabe von Bewertungspunkten bestehende Begründung genüge nicht - als Ausfluss des Gebotes der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung. Trotz ausdrücklicher Aufforderung durch den Antragstellervertreter habe der Auftraggeber der Antragstellerin keinerlei diesen Anforderungen genügende Begründung geben, sondern habe lediglich eine Punktesumme bekannt gegeben. Dass diese Bewertung nicht nachvollziehbar und im Lichte der vergaberechtlichen Vorgaben rechtswidrig sei, zeige sich allein schon am Vergleich der Punkte für die Antragstellerin einerseits und B*** andererseits: beim Subkriterium "Ergonomie" sei die Antragstellerin mit 25,4 Punkten bewertet worden, B*** aber mit 28,6. Tatsächlich sei aber das von der Antragstellerin angebotene System wesentlich ergonomischer, weil es unter anderem über eine elektronische "Handsfree"-Bedienmöglichkeit für das Fenster der Sicherheitswerkbank verfüge, während das B***-System hier nur eine manuelle Bedienung (mittels stören der Handgriffe) aufweise. Auch müsse beim B***-System zum Zweck der Wartung bzw Reparatur des Displays des Dosiscalibrators die gesamte Sicherheitswerkbank einschließlich Rückwand ausgebaut werden. Demgegenüber sei beim System der Antragstellerin die Demontage aufgrund der Befestigung auf einer Schiebehalterung an der Rückwand unkompliziert. Weshalb hier das klar ergonomischere System der Antragstellerin schlechter bewertet worden sei als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht nachvollziehbar. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung mangels Begründung werde vorgebracht, dass gemäß Paragraph 130, Absatz 2, BVergG die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten seien. Sinn und Zweck dieser Bestimmungen sei, die geforderte Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung zu gewährleisten. Auch nach dem BVA komme dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag elementare Bedeutung zu, da die Entscheidung der Auftraggeberin, aus welchen Gründen sie einem bestimmten Bieter einen Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein müsse. In der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung werde zur Begründung lediglich die Summe der Bewertungspunkte angegeben, was freilich nicht dem Begründungsgebot des Paragraph 131, BVergG entspreche. Auch die auf Aufforderung des Antragstellervertreeters erst nach Zuschlagsentscheidung zugemittelte nähere Begründung entspreche aber nicht den gesetzlichen Anforderungen: Die Rechtsprechung verlange im Fall einer kommissionellen Bewertung von Angeboten eine eingehende verbale Begründung der Zuschlagsentscheidung - eine lediglich aus der Angabe von

Bewertungspunkten bestehende Begründung genüge nicht - als Ausfluss des Gebotes der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung. Trotz ausdrücklicher Aufforderung durch den Antragstellervertreter habe der Auftraggeber der Antragstellerin keinerlei diesen Anforderungen genügende Begründung geben, sondern habe lediglich eine Punktesumme bekannt gegeben. Dass diese Bewertung nicht nachvollziehbar und im Lichte der vergaberechtlichen Vorgaben rechtswidrig sei, zeige sich allein schon am Vergleich der Punkte für die Antragstellerin einerseits und B*** andererseits: beim Subkriterium "Ergonomie" sei die Antragstellerin mit 25,4 Punkten bewertet worden, B*** aber mit 28,6. Tatsächlich sei aber das von der Antragstellerin angebotene System wesentlich ergonomischer, weil es unter anderem über eine elektronische "Handsfree"- Bedienmöglichkeit für das Fenster der Sicherheitswerkbank verfüge, während das B***-System hier nur eine manuelle Bedienung (mittels stören der Handgriffe) aufweise. Auch müsse beim B***-System zum Zweck der Wartung bzw Reparatur des Displays des Dosiscalibrators die gesamte Sicherheitswerkbank einschließlich Rückwand ausgebaut werden. Demgegenüber sei beim System der Antragstellerin die Demontage aufgrund der Befestigung auf einer Schiebehalterung an der Rückwand unkompliziert. Weshalb hier das klar ergonomischere System der Antragstellerin schlechter bewertet worden sei als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht nachvollziehbar.

Überdies sei festzuhalten, dass die in der Ausschreibung festgelegte Qualitätskriterien ohnehin so wenig substantiiert und spezifiziert seien, dass auf ihrer Grundlage eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung und Zuschlagsentscheidung ohnehin so nicht möglich sei. Die Bestimmungen der Ausschreibung lassen dem Auftraggeber bei der Anwendung der immerhin mit 35% gewichteten Qualitätskriterien einen unangemessen großen Beurteilungsspielraum. Die Ausschreibung lege diese Kriterien nur schlagwortartig fest, enthalte aber keinerlei Regelungen über die Vorgangsweise der Bestbieterermittlung und die konkrete Anwendung der Qualitätskriterien. Aufgrund der unbestimmten bzw gänzlich fehlenden Regelungen in der Ausschreibung zur Bestbieterermittlung sei es daher selbst bei Vorliegen einer verbalen Begründung, die aber offenbar ohnehin nicht gegeben sei, auch für die Nachprüfungsbehörde nicht möglich, die Auftraggeberentscheidung zu überprüfen.

Zwar sei einzugestehen, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht fristgerecht angefochten worden seien und nach der Systematik des BVergG Präklusion eingetreten sei. Allerdings stoße die Präklusion nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle dort an ihre Grenzen, wo eine Zuschlagsentscheidung nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden könne. Die Ausschreibung sei zwar als bestandsfest anzusehen; in ihrer Bestandswirkung sei sie jedoch einer Bestbietermittlung unter Ausschluss jeglichen Willkürelements nicht zugänglich. da aufgrund der Bestimmungen der Ausschreibung eine nachvollziehbare Bestimmung des Bestbieters gar nicht möglich sei, sei die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers mit Rechtswidrigkeit belastet und daher für nichtig zu erklären.

Durch die Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung; Ausscheidung von gemäß § 129 BVergG auszuschheidenden Angeboten, insbesondere von Angeboten von Bietern, die Angebote mit nicht behebbaren Mängeln sowie der Ausschreibung widersprechende Angebote abgegeben haben, eine zu ihren Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit nachfolgender Zuschlagserteilung und ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt. Durch die Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung; Ausscheidung von gemäß Paragraph 129, BVergG auszuschheidenden Angeboten, insbesondere von Angeboten von Bietern, die Angebote mit nicht behebbaren Mängeln sowie der Ausschreibung widersprechende Angebote abgegeben haben, eine zu ihren Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit nachfolgender Zuschlagserteilung und ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

Zum Schaden werde ausgeführt, dass die Auftraggeberin bei Vergaberechtskonformer Vorgangsweise das nunmehr für die Zuschlagserteilung vorgesehene Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 BVergG ausscheiden und das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung vorsehen hätte müssen. Durch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin ein unwiederbringlicher Schaden durch den Entgang des ihr gebührenden Auftrags und damit eines branchenüblichen Deckungsbeitrags von zumindest EUR

40.000,00.-. Darüber hinaus habe die Antragstellerin für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere die Ausarbeitung eines Angebotes einschließlich Planung, bereits einen Aufwand in der Höhe von zumindest rund EUR 2.500,00 getätigt, wobei darin die Kosten für Rechtsberatung und Nachprüfungsverfahren noch gar nicht berücksichtigt seien, der durch die beabsichtigte rechtswidrige Zuschlagserteilung an die Firma B*** frustriert zu werden drohe. Zudem handle es sich bei dem nunmehr ausgeschriebenen Auftrag um ein bedeutendes Referenzprojekt, welches die Antragstellerin bei künftigen Auftragsvergaben durch öffentliche, aber auch private Auftraggeber vorweisen könnte, um dadurch ihre Chancen auf Auftragserteilung zu erhöhen. Auch in dieser Hinsicht drohe der Antragstellerin durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung bzw die beabsichtigte rechtswidrige Zuschlagserteilung ein Schaden zu entstehen. Die Antragstellerin habe durch die Legung ihres Angebotes ihr maßgebliches Interesse am Vertragsabschluss dargelegt. Insbesondere aber auch durch die Bekämpfung der vorliegenden, rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung und der in diesem Zusammenhang angefallenen Rechtsberatungs- und Vertretungskosten von bislang ca EUR 4.000,00. Schon daran manifestiere sich ein für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages jedenfalls ausreichendes Interesse bzw ein aus der geltend gemachten Rechtswidrigkeit resultierender drohender Schaden der Antragstellerin. Zum Schaden werde ausgeführt, dass die Auftraggeberin bei Vergaberechtskonformer Vorgangsweise das nunmehr für die Zuschlagserteilung vorgesehene Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG ausscheiden und das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung vorsehen hätte müssen. Durch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin ein unwiederbringlicher Schaden durch den Entgang des ihr gebührenden Auftrags und damit eines branchenüblichen Deckungsbeitrags von zumindest EUR 40.000,00.-. Darüber hinaus habe die Antragstellerin für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere die Ausarbeitung eines Angebotes einschließlich Planung, bereits einen Aufwand in der Höhe von zumindest rund EUR 2.500,00 getätigt, wobei darin die Kosten für Rechtsberatung und Nachprüfungsverfahren noch gar nicht berücksichtigt seien, der durch die beabsichtigte rechtswidrige Zuschlagserteilung an die Firma B*** frustriert zu werden drohe. Zudem handle es sich bei dem nunmehr ausgeschriebenen Auftrag um ein bedeutendes Referenzprojekt, welches die Antragstellerin bei künftigen Auftragsvergaben durch öffentliche, aber auch private Auftraggeber vorweisen könnte, um dadurch ihre Chancen auf Auftragserteilung zu erhöhen. Auch in dieser Hinsicht drohe der Antragstellerin durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung bzw die beabsichtigte rechtswidrige Zuschlagserteilung ein Schaden zu entstehen. Die Antragstellerin habe durch die Legung ihres Angebotes ihr maßgebliches Interesse am Vertragsabschluss dargelegt. Insbesondere aber auch durch die Bekämpfung der vorliegenden, rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung und der in diesem Zusammenhang angefallenen Rechtsberatungs- und Vertretungskosten von bislang ca EUR 4.000,00. Schon daran manifestiere sich ein für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages jedenfalls ausreichendes Interesse bzw ein aus der geltend gemachten Rechtswidrigkeit resultierender drohender Schaden der Antragstellerin.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes aus: Da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillhaltefrist gem § 132 Abs 1 BVergG 7 Tage nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ende, hätte der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbare drohende, unumkehrbare Schädigung ihrer Interessen, weil eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagsentscheidung (ex post) und eine allenfalls zustehende Schadenersatzforderung die Chancen, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Die Antragstellerin erkläre deshalb ihr Vorbringen der gegenständlichen Eingabe zum Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und biete die genannten Beweismittel als Bescheinigungsmittel an. Einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Zuschlagserteilung stehen keine schwerer wiegenden, möglicherweise geschädigten Interessen des anderen Bieters und der Auftraggeberin sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens entgegen. Vielmehr habe dem Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden die Möglichkeit einer durch ein Nachprüfungsverfahren für maximal zwei Monate bewirkte Verzögerung der Auftragsdurchführung bei der terminlichen Projektplanung zu berücksichtigen. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes aus: Da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillhaltefrist gem Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 7 Tage nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ende, hätte der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbare drohende, unumkehrbare Schädigung ihrer Interessen, weil eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagsentscheidung (ex post) und eine allenfalls zustehende

Schadenersatzforderung die Chancen, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Die Antragstellerin erkläre deshalb ihr Vorbringen der gegenständlichen Eingabe zum Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und biete die genannten Beweismittel als Bescheinigungsmittel an. Einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Zuschlagserteilung stehen keine schwerer wiegenden, möglicherweise geschädigten Interessen des anderen Bieters und der Auftraggeberin sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens entgegen. Vielmehr habe dem Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden die Möglichkeit einer durch ein Nachprüfungsverfahren für maximal zwei Monate bewirkte Verzögerung der Auftragsdurchführung bei der terminlichen Projektplanung zu berücksichtigen.

Der Auftraggeber nahm zum Antragsvorbringen mit Schriftsatz vom 1.10.2009 Stellung und erteilte die allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Mit Schriftsatz vom 2.10.2009 legte der Auftraggeber dem Bundesvergabeamt die Originalunterlagen vor und ergänzte seine Stellungnahme zum Antragsbegehren.

Der Auftraggeber führte aus, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Verfahrenslaufzeit verlängere, jedoch kein besonderes öffentliches Interesse an der unmittelbaren Fortführung des gegenständlichen Verfahrens bestehe. Die ausschreibende Stelle habe jedenfalls ein Interesse an der rekonformen Abwicklung dieses Vergabeverfahrens und würde bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung durch das BVA ohnehin keine Zuschlagsentscheidung treffen. Es bestehe großes Interesse daran, dieses Vergabeverfahren so transparent wie möglich durchzuführen. Deshalb sei der Antragstellerin jedenfalls unmittelbar nach Anfragestellung ohne übliche Zeitverzögerung sämtliche ihr Angebot betreffenden sehr detaillierten Bewertungsunterlagen übermittelt worden. Da der Bieter sowohl im Zuschlagskriterium Preis als auch bei diversen anderen qualitativen Zuschlagskriterien schlechter bewertet worden sei als die präsuntive Zuschlagsempfängerin, sei die gegenständliche Anfechtung der Zuschlagsentscheidung überraschend. Der Auftraggeber gehe davon aus, dass eine Anfechtung dieser Zuschlagsentscheidung deshalb stattgefunden habe, weil die Antragstellerin bzw. ihr Vertriebspartner das Leistungsverzeichnis für gegenständliche Ausschreibung ausgearbeitet bzw. zur Verfügung gestellt habe und die Antragsteller aufgrund dieser Tatsache wohl mit der Zuschlagserteilung fix gerechnet habe. Da der Auftraggeber jedoch der Überzeugung gewesen sei, dass dieser Umstand sehr bedenklich sei, da er zum Ausscheiden des konkreten Angebotes führen müsste (Vorarbeitenproblemetik - § 20 Abs. 5), sei der Auftraggeber nicht unglücklich darüber gewesen, dass ein besseres und billigeres Angebot eingelangt sei und so auf eine formelle Ausscheidensentscheidung verzichten werden konnte. Aus dem Umstand jedoch, dass das Angebot des Antragstellers eigentlich ausgeschieden hätte werden müssen, vermeine der Auftraggeber ableiten zu können, dass keine Antragslegitimation der Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag gegeben sei, da dieser kein Schaden durch die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit entstehen könne bzw. habe können. Demzufolge wäre nach Ansicht des Auftraggebers eventuell bereits der Antrag auf eine einstweilige Verfügung zurückzuweisen, da dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen gemäß § 328 Abs. 1 iVm § 320 Abs. 1 BVergG 2006 offensichtlich fehlen. Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag bezüglich der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Verfahren werde in einer weiteren Stellungnahme fristgerecht Stellung genommen. Der Auftraggeber führte aus, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Verfahrenslaufzeit verlängere, jedoch kein besonderes öffentliches Interesse an der unmittelbaren Fortführung des gegenständlichen Verfahrens bestehe. Die ausschreibende Stelle habe jedenfalls ein Interesse an der rekonformen Abwicklung dieses Vergabeverfahrens und würde bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung durch das BVA ohnehin keine Zuschlagsentscheidung treffen. Es bestehe großes Interesse daran, dieses Vergabeverfahren so transparent wie möglich durchzuführen. Deshalb sei der Antragstellerin jedenfalls unmittelbar nach Anfragestellung ohne übliche Zeitverzögerung sämtliche ihr Angebot betreffenden sehr detaillierten Bewertungsunterlagen übermittelt worden. Da der Bieter sowohl im Zuschlagskriterium Preis als auch bei diversen anderen qualitativen Zuschlagskriterien schlechter bewertet worden sei als die präsuntive Zuschlagsempfängerin, sei die gegenständliche Anfechtung der Zuschlagsentscheidung überraschend. Der Auftraggeber gehe davon aus, dass eine Anfechtung dieser Zuschlagsentscheidung deshalb stattgefunden habe, weil die Antragstellerin bzw. ihr Vertriebspartner das Leistungsverzeichnis für gegenständliche Ausschreibung ausgearbeitet bzw. zur Verfügung gestellt habe und die Antragsteller aufgrund dieser Tatsache wohl mit der Zuschlagserteilung fix gerechnet habe. Da der Auftraggeber jedoch der Überzeugung gewesen sei, dass dieser Umstand sehr bedenklich sei, da er zum Ausscheiden des konkreten Angebotes führen müsste (Vorarbeitenproblemetik - Paragraph 20, Absatz 5.), sei der Auftraggeber nicht unglücklich

darüber gewesen, dass ein besseres und billigeres Angebot eingelangt sei und so auf eine formelle Ausscheidensentscheidung verzichten werden konnte. Aus dem Umstand jedoch, dass das Angebot des Antragstellers eigentlich ausgeschieden hätte werden müssen, vermeine der Auftraggeber ableiten zu können, dass keine Antragslegitimation der Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag gegeben sei, da dieser kein Schaden durch die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit entstehen könne bzw. habe können. Demzufolge wäre nach Ansicht des Auftraggebers eventuell bereits der Antrag auf eine einstweilige Verfügung zurückzuweisen, da dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 offensichtlich fehlen. Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag bezüglich der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Verfahren werde in einer weiteren Stellungnahme fristgerecht Stellung genommen.

Mit Schriftsatz vom 2.10.2009 führte der Auftraggeber ergänzend aus, dass die ausschreibende Stelle jedenfalls ein Interesse an der rechtskonformen Abwicklung dieses Vergabeverfahrens habe. Durch die Übermittlung der Bewertungsunterlagen habe die Antragstellerin sehr wohl die Möglichkeit erhalten, zu prüfen, ob eine Anfechtung Sinn mache bzw. ob die Zuschlagsentscheidung zu Recht an den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt sei. es sei davon auszugehen, dass eine Anfechtung dieser Zuschlagsentscheidung deshalb stattgefunden habe, weil die Antragstellerin bzw. ihr Vertriebspartner Hr. C*** den Auftraggeber bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses für gegenständliche Ausschreibung sehr intensiv unterstützt habe:

Planung und LV - und die Antragstellerin aufgrund dieser Tatsache wohl mit der Zuschlagserteilung fix gerechnet habe. Mangels Antragslegitimation werde daher Zurückweisung des Antrags auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt.

Zu den Ausführungen des Antragstellers unter Pkt. 4.1 werde ausgeführt, dass u. E. die technischen Anforderungen an die angebotene Anlage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfüllt seien, da diese natürlich in unterschiedlichen Ausführungen in diversen Referenzhäusern in Betrieb stehe und dort auch behördlich validiert worden sei. Ob alle im Angebot zugesagten technischen Normen eingehalten würden, lasse sich erst bei Abnahme der gelieferten Anlage bzw. bei deren Validierung feststellen und wäre nach Abschluss des Vergabeverfahrens mit zivilrechtlichen Instrumenten (Pönalforderungen, Gewährleistung, Verzug usw.) abzuhandeln. Zu den Vorwürfen der Antragstellerin einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung sei anzumerken, dass der Auftraggeber natürlich versucht habe, eine dem BVergG entsprechende Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Es sei zuzugestehen, dass die bloße Angabe des Punktwertes wohl zu wenig Information darstelle, deshalb sei auf Anfrage der Antragstellerin sofort gehandelt und dieser umfassende Unterlagen übermittelt worden, die so ausführlich seien, dass diese jedenfalls weit über den in § 131 BVergG 2006 geforderten Detaillierungsgrad hinausgehen. Im Widerspruch zu den Ausführungen der Antragstellerin bestehe die Überzeugung, dass aufgrund der Bewertungsunterlagen die Bestbieterermittlung jedenfalls objektiv nachvollziehbar sei. Dies umso mehr, als die zahlenmäßige Bewertung natürlich auch verbal untermauert worden sei. Die verbale Beurteilung sei dem Vergabeakt zu entnehmen. Abgesehen davon habe die Rechtsprechung (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019) in der Vergangenheit sehr wohl auch Punktbewertungen ohne verbaler Begründung zugelassen, wenn sie objektiv nachvollziehbar gewesen waren. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin bezüglich der Ergonomie ihrer Anlage sei nicht näher einzugehen, jedoch sei angemerkt, dass wahrscheinlich jeder Anbieter sein Produkt für das beste am Markt halte. Dafür gebe es Bewertungskommissionen, bei deren Bewertung durch die Vielfalt bzw. Vielzahl der Teilnehmer wohl ein Höchstmaß an Objektivität gewährleistet sei. Der Vorwurf, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätskriterien zu wenig substantiiert und spezifiziert seien, werde bestritten. Es seien in den Ausschreibungsunterlagen die Subkriterien klar und nachvollziehbar gewichtet, wie aus der im Folgenden angeführten Tabelle aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei: Zu den Ausführungen des Antragstellers unter Pkt. 4.1 werde ausgeführt, dass u. E. die technischen Anforderungen an die angebotene Anlage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfüllt seien, da diese natürlich in unterschiedlichen Ausführungen in diversen Referenzhäusern in Betrieb stehe und dort auch behördlich validiert worden sei. Ob alle im Angebot zugesagten technischen Normen eingehalten würden, lasse sich erst bei Abnahme der gelieferten Anlage bzw. bei deren Validierung feststellen und wäre nach Abschluss des Vergabeverfahrens mit zivilrechtlichen Instrumenten (Pönalforderungen, Gewährleistung, Verzug usw.) abzuhandeln. Zu den Vorwürfen der Antragstellerin einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung sei anzumerken, dass der Auftraggeber natürlich versucht habe, eine dem BVergG entsprechende Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Es sei zuzugestehen, dass die bloße

Angabe des Punktwertes wohl zu wenig Information darstelle, deshalb sei auf Anfrage der Antragstellerin sofort gehandelt und dieser umfassende Unterlagen übermittelt worden, die so ausführlich seien, dass diese jedenfalls weit über den in Paragraph 131, BVergG 2006 geforderten Detaillierungsgrad hinausgehen. Im Widerspruch zu den Ausführungen der Antragstellerin bestehe die Überzeugung, dass aufgrund der Bewertungsunterlagen die Bestbieterermittlung jedenfalls objektiv nachvollziehbar sei. Dies umso mehr, als die zahlenmäßige Bewertung natürlich auch verbal untermauert worden sei. Die verbale Beurteilung sei dem Vergabeakt zu entnehmen. Abgesehen davon habe die Rechtsprechung (VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019) in der Vergangenheit sehr wohl auch Punktebewertungen ohne verbaler Begründung zugelassen, wenn sie objektiv nachvollziehbar gewesen waren. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin bezüglich der Ergonomie ihrer Anlage sei nicht näher einzugehen, jedoch sei angemerkt, dass wahrscheinlich jeder Anbieter sein Produkt für das beste am Markt halte. Dafür gebe es Bewertungskommissionen, bei deren Bewertung durch die Vielfalt bzw. Vielzahl der Teilnehmer wohl ein Höchstmaß an Objektivität gewährleistet sei. Der Vorwurf, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätskriterien zu wenig substantiiert und spezifiziert seien, werde bestritten. Es seien in den Ausschreibungsunterlagen die Subkriterien klar und nachvollziehbar gewichtet, wie aus der im Folgenden angeführten Tabelle aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei:

Die Bewertung erfolge gemäß den nachfolgenden Subkriterien:

Nr.	Subkriterien	Punkte
1	Spezifikationserfüllung Abschirmung/ Abmessungen	10
2	Spezifikationserfüllung geforderte Funktionen und Sonderfunktionen	40
3	Ergonomie im praktischen Einsatz	30
4	Datendokumentation	10
5	Referenzen und Serviceeinsatz des Bieters	10
Summe		100

Gewichtung: 100 Punkte = 35 % = 35 Qualitätspunkte

Dies habe auch die Antragsteller so gesehen, denn sonst hätte sie die Ausschreibungsunterlagen angefochten. Da weder die Antragstellerin noch sonst ein Marktteilnehmer dies gemacht habe, sei davon auszugehen, dass diese bestandsfest geworden seien und somit nicht mehr Gegenstand einer Anfechtung sein können. Die von der Antragstellerin angeführte Rechtsprechung sei auf den konkreten Fall jedenfalls nicht anwendbar, da in den angeführten Entscheidungen überhaupt keine Gewichtungen der Zuschlagskriterien erfolgt sei und somit die Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung nicht gegeben gewesen sei. In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen sei jedoch sehr wohl eine detaillierte Gewichtung angegeben und das zur Anwendung kommende Verfahren ausführlich beschrieben worden.

Eingewendet werde zudem, dass die Antragstellerin keinesfalls in ihrem Recht verletzt sei, eine zu seinen Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit nachfolgender Zuschlagserteilung zu erhalten, da der Auftraggeber für den Fall, dass nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot übrig bleibe - wie von der Antragstellerin gefordert, der Auftraggeber berechtigt sei, das Verfahren zu widerrufen. Im konkreten Fall, da der Angebotspreis der Antragstellerin auch noch weit über dem anderer Marktteilnehmer liege, sei der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Wirtschaftlichkeit sogar zu diesem Schritt gezwungen.

Aufgrund der Akteninhalte, der vorgelegten Unterlagen, der Stellungnahmen des Auftraggebers und der Antragstellerin wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt:

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Jänner 2009 schrieb die Wiener Gebietskrankenkasse im Rahmen der Erneuerung und Renovierung des Heißlabors des Nuklearmedizinischen Instituts im Hanusch Krankenhaus die Lieferung, Montage und Installation von Einrichtungen für diesen Heißraum sowie die Abnahme und Schulung als Bauauftrag, CPV-Code 39180000 im offenen

Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus, wobei gemäß den Ausschreibungsunterlagen der Umfang der

zu liefernden Komponenten im wesentlichen Folgendes umfasst: Arbeitstisch

(Nr. 1) - Nuklearmedizinische Sicherheitswerkbank mit Fernanzeige für

bestehendes Aktivimeter, Etikettendrucker für bestehendes Aktivimeter welches an ein vorhandenes Dosisverwaltungssystem angeschlossen sein muss (Nr. 2)- Integriertes Abfalltrennsystem (Nr. 3) - Radioimmuntherapiearbeitsplatz (Nr. 4) - Bleigeschirmter Hochschrank, mit Medikamentenkühlschrank (Nr. 5) - Apothekerschrank (Nr. 6) - PET Sicherheitswerkbank mit Fernanzeige für bestehendes Aktivimeter, Etikettendrucker für bestehendes Aktivimeter, automatisches Abfüllsystem für F-18 markierte Tracer und Injektionsstand für F-18 markierte Tracer (Nr. 7) - Doppelwaschbecken (Nr. 8) - Zugangstür (Nr. 9).

In Punkt IV der Ausschreibungsbestimmungen (Allgemeine Beschreibung der Arbeiten) ist festgelegt: In Punkt römisch vier der Ausschreibungsbestimmungen (Allgemeine Beschreibung der Arbeiten) ist festgelegt:

" Dem Leistungsverzeichnis liegt ein Einrichtungsvorschlag des Nutzers bei. Die dort angeführten Nummern entsprechen der Nummerierung des Lieferumfanges lt. Text vor.

- -Strichaufzählung

Der Heißraum ist für den optimierten Umgang mit den Isotopen für die

konventionelle Nuklearmedizin und für die Positronenemissionstomographie (kurz PET) auszuführen, wobei der Schwerpunkt auf Personenstrahlenschutz und hohe Ergonomie liegt.

- -Strichaufzählung

Die gelieferten Komponenten müssen neu sein, und den in Österreich

gültigen gesetzlichen Bestimmungen entsprechen.

- -Strichaufzählung

Die verwendeten Materialien müssen für den Einsatz im Heißlabor geeignet sein.

- -Strichaufzählung

Die geforderten Bleiabschirmungen sind Mindestwerte, und müssen unbedingt eingehalten werden. Sollten produktionsbedingt höhere Bleigleichwerte geliefert werden, so führt dies nicht zu einer besseren Bewertung.

- -Strichaufzählung

Es liegt im Verantwortungsbereich des Anbieters, Naturmasse vor Ort zu

nehmen und seine Detailplanung auf die örtlichen Gegebenheiten abzustimmen.

- -Strichaufzählung

Die Demontagen und die ordnungsgemäße Entsorgung (Entsorgungsbestätigungen sind dem AG zu übergeben) der bestehenden Einrichtung ist Teil des Auftrages.

- -Strichaufzählung

Eine Referenzliste für die angebotenen Komponenten ist beizulegen.

- -Strichaufzählung

Eine CE-Konformitätserklärung ist beizulegen

- -Strichaufzählung

Dem Angebot ist eine ausführliche technische Beschreibung (mindestens

jedoch Abmessungen, Bleigleichwerte, Material und Oberflächenbeschaffenheit), benötigte Medienanschlüsse und Maßzeichnungen der angebotenen Komponenten beizulegen.

- -Strichaufzählung

Oberflächen der Ausstattung in Farben nach Wahl des AG.

- -Strichaufzählung

Ein maßstabsgetreuer Aufstellungsplan ist beizulegen

- -Strichaufzählung

Ein detaillierter Zeitplan ist beizulegen (Lieferzeit / Demontage / Installation / Übernahme)

Hinsichtlich des Anforderungsprofils hat sich der Anbieter nachweislich vor Ort über die Gegebenheiten des Bedarfes zu informieren."

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Wiener Zeitung erfolgte laut Angaben des Auftraggebers am 21.1.2009. Als Frist für die Auftragsdurchführung ist August bis Dezember 2009 vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert ohne Ust.beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 275.000.-.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben einem weiteren Bieter ein Angebot mit einer Angebotssumme von netto Euro 315.870.- netto gelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 10.3.2009 und hat folgende Reihung ergeben:

1. 1.Ziffer eins
B*** Euro 250.000.-
2. 2.Ziffer 2
A*** Euro 315.870.-

Nach Angebotsprüfung wurde diese Reihung bestätigt und hat der Auftraggeber mit Telefax vom 22.9.2009 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mit einer Vergabesumme von netto Euro 250.000.- und einer Punktezahl von 97,50 bekanntgegeben. Der Antragstellerin wurde u.e. die Punktezahl von 82,31 mitgeteilt.

Über Aufforderung der Antragstellerin (Schreiben vom 24.9.2009) hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 25.9.2009 der Antragstellerin die Auswertung - Gesamtzusammenstellung, den die Antragstellerin betreffenden Preisspiegel und ihre Qualitätsbewertung - Subkriterien übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 29.9.2009 hat die Antragstellerin die einleitend angeführten Anträge beim Bundesvergabeamt eingebracht mit der Begründung, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als nicht ausschreibungskonform ausgeschieden hätte werden müssen und vielmehr dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre.

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

1. 3.Ziffer 3
Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Wiener Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 2 Z 2 BVergG (BVA 25.4.2006,N/0023-BVA/03/2006-26; BVA 19.11.2003, 08N-114/03-8). Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggeber Euro 275.000.- ohne Ust. Das gegenständliche Verfahren ist daher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Wiener Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG (BVA 25.4.2006,N/0023-BVA/03/2006-26; BVA 19.11.2003, 08N-114/03-8). Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggeber Euro 275.000.- ohne Ust. Das gegenständliche Verfahren ist daher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

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 vom 2.10.2009, OZ 13, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 2.10.2009, OZ 13, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Die Ausschreibungsbestimmungen sind unbekämpft geblieben.

Die Verständigung der Auftraggeber ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- bezahlt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin 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. 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.

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 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 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 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 Nichtigerklärung 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 3, 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 Nichtigerklärung 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

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 B*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin - wie oben ausgeführt - 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 B*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin - wie oben ausgeführt - 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 - wie oben ausführlich dargestellt - zusammengefasst im Erhalt des Auftrags und der Vermeidung des drohenden Schadens.

Der Auftraggeber hat keine besonderen öffentlichen Interessen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung und die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung vorgebracht. Bei der Interessenabwägung ist überdies 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, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist 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 (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Der Auftraggeber hat keine besonderen öffentlichen Interessen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung und die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung vorgebracht. Bei der Interessenabwägung ist überdies 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, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist 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 (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der

Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8, 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV11). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8, 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV11).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz 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.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz 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.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Außer dem oben dargestellten Vorbringen wurden keine weiteren Einwendungen gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Da Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, weder vom Auftraggeber vorgebracht wurden, noch von der Senatsvorsitzenden zu erkennen sind und dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt sind, sowie eine Gefahr für Leib und Leben nicht erkennbar ist noch behauptet wurde, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend zu werten. Außer dem oben dargestellten Vorbringen wurden keine weiteren Einwendungen gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Da Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, weder vom Auftraggeber vorgebracht wurden, noch von der Senatsvorsitzenden zu erkennen sind und dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt sind, sowie eine Gefahr für Leib und Leben nicht erkennbar ist noch behauptet wurde, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend zu werten..

Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG. Diese wird - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristet. Es kommt daher eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht, weshalb die nicht als die gelindeste Maßnahme begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung als überschießend abzuweisen war. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG. Diese wird - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristet. Es kommt daher eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht, weshalb die nicht als die gelindeste Maßnahme begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung als überschießend abzuweisen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gesondert entschieden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Stattgebung

Zuletzt aktualisiert am

01.12.2009

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