

TE Verg Bescheid 2009/6/24 N/0061-BVA/04/2009-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.06.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Gewebebohrmarkensets" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria (AMA), Dresdner Straße 70, 1200 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 17.6.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Gewebebohrmarkensets" des Auftraggebers Agrarmarkt Austria (AMA), Dresdner Straße 70, 1200 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 17.6.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Zuschlages untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, Agrarmarkt Austria (AMA), wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Gewebebohrmarkensets" den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Beschaffung von Gewebeohrmarkensets" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S 237- 315175 am 05.12.2008 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftrag soll in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der Beginn der Vertragslaufzeit wurde mit 1.7.2009, dessen Ende mit 30.6.2012 festgesetzt. Die Teilnahmeanträge waren bis zum 15.1.2009 einzubringen. In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde der Umfang des Gewebeohrmarkensets als zwei amtliche Ohrmarken (Doppelohrmarke) umfassend beschrieben, wobei eine amtliche Ohrmarke mit der Zusatzfunktion für eine Gewebeentnahme ausgestattet ist. Der Probebehälter wurde als Teil der amtlichen Ohrmarke beschrieben, der nach Aktivierung der Zusatzfunktion die entnommene Gewebeprobe verwahrt.

Zu den Muss-Anforderungen an das Gewebeohrmarkenset wurde unter anderem festgelegt, dass der Probebehälter als mit dem Ohrmarkenset "optisch zusammengehörig" erkennbar sein muss. Auch müssen etwaige durchgeführte Manipulationen am Probebehälter bei der Laboruntersuchung erkennbar sein. Teilnahmeanträge, die die Musskriterien nicht erfüllen, sind zwingend auszuschneiden. Die Erfüllung der genannten Kriterien war in der Beilage 5 (Produktbeschreibung) näher zu erläutern. Zur Überprüfung waren 20 Gewebeohrmarkensets inkl. Zange und deutschsprachiger Einziehanleitung zur Verfügung zu stellen. Die drei besten Bewerber sollten für die 2. Phase zur Teststellung und zur Angebotslegung eingeladen werden.

Neben weiteren Bewerbern brachten die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) und die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Teilnahmeantrag ein. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurden der Antragsteller, der präsumtive Zuschlagsempfänger und ein weiterer Bewerber mit Schreiben vom 21.1.2009 zur Teststellung eingeladen. Dazu waren bis 29.1.2009 u.a. 1.200 Stück Gewebeohrmarkensets, 95 Einziehleitungen und 95 Zangen zu übermitteln.

Nach Durchführung einer Verhandlung im März 2009 und Festsetzung eines weiteren Verhandlungstermins Anfang Mai 2009 wurden die Bieter am 6.4.2009 zur Abgabe eines "unverbindlichen Angebotes" durch Ausfüllen der übermittelten Beilagen anhand von vorläufigen gewichteten Zuschlagskriterien ersucht. Diese "unverbindlichen Angebote" würden eine Basis für den weiteren Verhandlungsverlauf bilden. Die entscheidenden Angaben zu den Preisen und Fristen seien jedoch erst mit der Ausschreibungsunterlage zur Legung des "Letztangebotes" zu übermitteln. Als Einreichtermin wurde der 22.4.2009 genannt. Zu diesem Termin waren auch weitere Unterlagen vorzulegen.

Nach Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde und Übermittlung der mit 14.5.2009 datierten Teststellungsergebnisse der beauftragten C*** (C***) an den Auftraggeber wurde am 26.5.2009 zur letztmaligen Angebotslegung auf Grund der übermittelten Ausschreibungsunterlagen mit den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien bis zum 4.6.2009 aufgefordert.

Nachdem der Auftraggeber die Bieter mit Schreiben vom 3.6.2009 über die Ergebnisse der ersten Pilotversuche zu den Gewebe-Ohrmarkentests 2009 zur Befragung der teilnehmenden Landwirte und zur Bescheinigung der Labortauglichkeit durch die C*** informiert hatte, erfolgte am 4.6.2009 die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B***.

Mit Schriftsatz vom 17.6.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Nachprüfungsantrag gerichtet auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mit weiteren Eventualbegehren eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren für die einstweilige Verfügung und den Nachprüfungsantrag gemäß § 319 BVergG gestellt. Mit Schriftsatz vom 17.6.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Nachprüfungsantrag gerichtet auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mit weiteren Eventualbegehren eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren für die einstweilige Verfügung und den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 319, BVergG gestellt.

In Punkt 2.2 der Muss-Anforderungen zum Gewebeohrmarkenset sei festgelegt, dass die Gewebeohrmarke die Merkmale der amtlichen Ohrmarke mit der Zusatzfunktion der Gewebeentnahme für den Zweck der BFD Beprobung verbinde. Das Gewebeohrmarkenset habe daher zwingend als Musskriterium die Anforderungen entsprechend Artikel

2 der Verordnung der Europäischen Union Nr. 911/2004 zu erfüllen. Dazu zähle auch, dass der Probebehälter als mit dem Ohrmarkenset "optisch zusammengehörig" erkennbar sein müsse. Etwaig durchgeführte Manipulationen am Probebehälter müssten bei der Laboruntersuchung erkennbar sein. Teilnahmeanträge, die diese Kriterien nicht erfüllen würden, seien zwingend auszuschneiden und in der Bewertung nicht zu berücksichtigen. Dieses Musskriterium zu einem manipulationssicheren Probebehälter sei in den Ausschreibungsunterlagen am 26.5.2009 ausdrücklich wiederholt worden. In Punkt 2.2 der Muss-Anforderungen zum Gewebeohrmarkenset sei festgelegt, dass die Gewebeohrmarke die Merkmale der amtlichen Ohrmarke mit der Zusatzfunktion der Gewebeentnahme für den Zweck der BFD Beprobung verbinde. Das Gewebeohrmarkenset habe daher zwingend als Musskriterium die Anforderungen entsprechend Artikel 2 der Verordnung der Europäischen Union Nr. 911 aus 2004, zu erfüllen. Dazu zähle auch, dass der Probebehälter als mit dem Ohrmarkenset "optisch zusammengehörig" erkennbar sein müsse. Etwaig durchgeführte Manipulationen am Probebehälter müssten bei der Laboruntersuchung erkennbar sein. Teilnahmeanträge, die diese Kriterien nicht erfüllen würden, seien zwingend auszuschneiden und in der Bewertung nicht zu berücksichtigen. Dieses Musskriterium zu einem manipulationssicheren Probebehälter sei in den Ausschreibungsunterlagen am 26.5.2009 ausdrücklich wiederholt worden.

Die geforderte Manipulationssicherheit der Probebehälter werde vom angebotenen Gewebeohrmarkenset des Antragstellers erfüllt. Diese sei auch von der C*** (in der Folge C***) im Jahr 2007 bestätigt und auch im Teilnahmeantrag nachgewiesen worden. Dieses zwingende Musskriterium werde jedoch nach den Fach- und Marktkennntnissen des Antragstellers vom angebotenen Gewebeohrmarkenset des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht erfüllt. Während das Gewebeohrmarkenset des Antragstellers die gestanzte Gewebeprobe hermetisch abkapsle und Manipulationen an der Probe nur durch Zerstörung des Probebehälters durchgeführt werden könnten, nehme beim Gewebeohrmarkenset des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine Biopsienadel während des Setzens der Ohrmarke eine Stanzprobe aus dem Ohr, wobei nach dem Einrasten der beiden Ohrmarkenteile die Zange wieder geöffnet und dabei die Biopsienadel aus dem Dornenteil der Ohrmarke herausgezogen werde. Sobald die Zange geöffnet werde, liege die Gewebeprobe frei zugänglich in der vorderen Öffnung der Biopsienadel. Der Tierhalter müsse die Biopsienadel aus der Zangenbacke herausnehmen und das dazugehörige Proberöhrchen, das als separater Teil mit der Gewebeohrmarke geliefert werde, einstecken.

Der Biopsienadelkopf raste dabei in eine entsprechende Kontur im Rand des Proberöhrchens ein. Da der Kopf der Biopsienadelnadel aus dem Proberöhrchen heraus stehe, könne die Rastverbindung zwischen dem Biopsienadelkopf und dem Probebehälter mit Handkraft wieder geöffnet werden und der Probebehälter durch erneutes Einrasten des Biopsienadelkopfes in das Proberöhrchen wieder verschlossen werden. Ein solcher Vorgang lasse sich ohne erkennbare Veränderungen des Probebehälters beliebig wiederholen. Damit seien nicht erkennbaren Manipulationen des Probematerials vor dem Probeneingang im Labor durch den Tierhalter oder Dritte keine Grenzen gesetzt.

Beim angebotenen Ohrmarkenset des Antragstellers hingegen seien zwei "zerstörend arbeitende" Systeme zum Öffnen von Ohrstanzprobenbehältern vorgesehen. Beim "96er Format" würden mit Hilfe von Stanzvorrichtungen die linsenförmigen Membranen in dem transparenten Projektil durchstoßen, sodass jeder Probebehälter eine definierte Öffnung durch Zerstörung des Bestandteils erhalte.

Werde der Probebehälter mit einer Handbetätigungsverrichtung geöffnet, werde durch Kegelwirkung der obere Rand des Röhrchens gespreizt, somit die formschlüssige Einrastung des Projektils überwunden und - ähnlich einem Korkenzieher - das Projektil nach oben aus dem Proberöhrchen herausgezogen. Die deutliche Formänderung des Röhrchens könne so augenscheinlich erkannt werden.

Dass das angebotene Gewebeohrmarkenset des präsumtiven Zuschlagsempfängers das oben angeführte, zwingend zu erfüllende Muss-Kriterium nicht erfülle, sei dem Auftraggeber bereits in der Phase der Präqualifikation bekannt gewesen, sodass der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht zur zweiten Phase des Vergabeverfahrens hätte zugelassen werden dürfen. Dieser wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe nämlich unzweifelhaft ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt.

Gewichtete Zuschlagskriterien seien erstmals mit der Aufforderung zur Legung eines Angebotes am 6.4.2009 in einem Begleitschreiben bekannt gegeben worden. Außerdem seien darüber hinaus noch weitere ungewichtete Zuschlagskriterien angeführt worden. Der Auftraggeber habe sich außerdem noch Änderungen hinsichtlich der Ausführungen zur Leistungsbeschreibung und zu den Zuschlagskriterien vorbehalten. Jene Ausführungen, die in der

Leistungsbeschreibung, den Zuschlagskriterien bzw. den Beilagen angeführt seien, jedoch für die vorläufigen Zuschlagskriterien keine Verwendung finden würden, sollten nach Angaben des Auftraggebers vorerst unberücksichtigt bleiben.

Nach der Bekanntgabe der Teststellungsergebnisse durch die C*** an den Auftraggeber seien in Abänderung der vorerst bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am 26.5.2009 die endgültigen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekannt gegeben worden. Erstmals sei dabei die 30-%ige Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Laborkriterium - Leerprobenanteil Teststellung" aufgeschienen. Diese Gewichtung sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Auftraggeber bereits über die Teststellungsergebnisse informiert gewesen sei.

Die am 6.4.2009 bekannt gegebenen Zuschlagskriterien "Verwendbarkeit der ‚Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange‘ für das GOM-Set" und "Einheitspreis bei Umrüstung der ‚Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange'" seien durch das Zuschlagskriterium "Umrüstungsmöglichkeit der ‚Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange'" ersetzt worden. Als zusätzliche Anforderung sei festgelegt worden, dass die Umrüstung der "Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange" selbständig durch den Tierhalter im Betrieb mit geringem wirtschaftlichem Aufwand möglich sei. Was unter dem Begriff "geringer wirtschaftlicher Aufwand" bzw. "Ohrmarkenzange" konkret zu verstehen sei, habe der Auftraggeber nicht festgelegt. Diese Abänderungen seien zu einem Zeitpunkt vorgenommen worden, zu dem der Auftraggeber durch einen Hinweis des Antragstellers in Kenntnis davon gewesen sei, dass für das angebotene Produkt des Antragstellers der Umbau der Zange nicht vom Landwirt vorgenommen werden könne und daher damit verbundene Kosten und der Zeitfaktor zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus seien die ursprünglich im Schreiben vom 6.4.2009 genannten Zuschlagskriterien 1. "Verwendbarkeit der ‚B***-Ohrmarkenzange'" und 2. "Einheitspreis bei Umrüstung der ‚B***-Ohrmarkenzange'" nicht mehr enthalten gewesen. In Kenntnis der Preisgebarung der Bieter habe der Auftraggeber jene Zuschlagskriterien nicht mehr vorgesehen, die für den Antragsteller hinsichtlich der Bewertungsergebnisse allenfalls günstiger gewesen seien und eine nicht kalkulierbare mögliche Vorreihung des Antragstellers bewirkt hätten. Der Auftraggeber habe eine Abänderung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zum Nachteil des Antragstellers vorgenommen. Durch das Zuschlagskriterium "Umrüstungsmöglichkeit der ‚Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange'" habe sich für den Auftraggeber in diesem Kriterium eine vorweg kalkulierbare Bewertung für den Antragsteller und den präsumtiven Zuschlagsempfänger jeweils mit "0" ergeben. Die Gewichtung der weiteren preisbezogenen Zuschlagskriterien in ihrer relativen Auswirkung auf den Gesamtpreis habe sich zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers erhöht. Gleiches gelte für die Abänderung der Gewichtung in sämtlichen Preiskriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot gegenüber den Gewichtungen gemäß den Auszügen aus den Ausschreibungsunterlagen vom 6.4.2009 vorgenommen worden seien. Dieser Umstand sei jedoch zum Zeitpunkt der Abänderung durch die Festlegung der Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot nicht erkennbar gewesen.

Die Vor- und Nachteile der jeweiligen Angebote seien dem Auftraggeber jedoch bekannt gewesen. Der Vorteil durch die verdeckte Umgewichtung durch sogenannte "Nullkriterien" sei für die Bieter nicht erkennbar gewesen. Der Auftraggeber sei nicht bloß über die Preisgebarung des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sondern auch über die Ergebnisse der Teststellung "Leerprobenanteil" bereits am 14.5.2009 informiert gewesen. In Kenntnis der konkreten Ergebnisse sei die Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Laborkriterium - Leerprobenanteil Teststellung" mit einer Gewichtung von 30 % festgelegt worden. Auf Grund dessen sei der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits zu einem Zeitpunkt als Bestbieter ausgewählt worden, zu dem noch nicht einmal das Letztangebot gelegt worden sei.

Durch diese aufgezeigte Vorgangsweise habe der Auftraggeber gegen die tragenden vergaberechtlichen Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbes und der Nichtdiskriminierung verstoßen. Das Ergebnis des Leerprobenanteils sei den Bietern erst am 3.6.2009 bekannt gegeben worden, obwohl der Antragsteller bereits am 2.6.2009 sein Letztangebot gelegt habe und damit für ihn keine Möglichkeit mehr bestanden hätte, auf das am 3.6.2009 offen gelegte Testergebnis zu reagieren. Außerdem seien das Beurteilungskriterium "Umrüstung der ‚Diploma/Typifix-Ohrmarkenzange'" und der Begriff "geringer wirtschaftlicher Aufwand" unbestimmt.

Angefochten würden neben der Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 auch die ihr unmittelbar zu Grunde gelegten, vorangegangenen, nicht gesondert anfechtbaren, nachfolgend aufgezählten Entscheidungen des Auftraggebers. Dazu würden die Auftraggeberentscheidungen, der Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 ein Bewertungssystem zu Grunde zu legen, das eine transparente, objektiv nachvollziehbare, nicht diskriminierende und gerichtlich überprüfbare Bewertung nicht zulasse, sowie die Entscheidung, zum Bewertungssystem die mit der "Ausschreibungsunterlage für

das Letztangebot" festgelegten Gewichtungsfaktoren heranzuziehen, zählen. Weiters fielen darunter die Entscheidungen, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung willkürlich festzulegen und abzuändern, sowie die Entscheidung des Auftraggebers, die Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie deren Abänderung nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern unter Zugrundelegung der ihm bekannt gegebenen Preisangaben und Teststellungsergebnisse betreffend den Leerprobenanteil der einzelnen Bieter mit dem Zweck zu treffen, das Bewertungssystem zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorwegzunehmen, sowie die Entscheidung des Auftraggebers, das Testergebnis erst am 3.6.2009 bekannt zu geben.

Der zur Erbringung der gegenständlichen Leistung befugte, leistungsfähige und zuverlässige Antragsteller habe sich um den Erhalt des Auftrages durch Legung eines verbindlichen und ausschreibungskonformen Angebotes bemüht. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** würde dem Antragsteller auf Grund des Gewinnentgangs ein Schaden in der Höhe von zumindest € 135.000,00 erwachsen. Darüber hinaus drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes und seien die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von zumindest € 8.000 zu berücksichtigen. Das rechtliche Interesse es Antragstellers an der ausgeschriebenen Leistung sei evident.

Der Antragsteller erachte sich in nachfolgend aufgezählten Rechten verletzt: 1. auf Fällung und Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, nach den vom Auftraggeber festgelegten Ausschreibungsbedingungen, den Zuschlag bloß einem Angebot zu erteilen, welches die vom Auftraggeber in sämtlichen Ausschreibungsunterlagen aufgestellten Anforderungen nach einem manipulationssicheren Probebehälter erfülle, 2. die Zuschlagsentscheidung durch den Auftraggeber zugunsten des Angebotes des Antragstellers als Bestbieter zu erlassen und in der Folge den Zuschlag zu erteilen, 3. auf Durchführung einer gesetzmäßigen nach den in den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen entsprechenden Angebotsprüfung, 4. auf Nichtberücksichtigung eines ausschreibungswidrigen Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der zweiten Phase der Ausschreibung, 5. auf Ausscheiden eines ausscheidungswidrigen Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, 6. auf Festlegung eines transparenten, objektiv nachvollziehbaren, nicht diskriminierenden und gerichtlich überprüfbaren Bewertungssystems, 7. auf eine Angebotsbewertung unter Zugrundelegung eines transparenten, objektiv nachvollziehbaren, nicht diskriminierenden und gerichtlich überprüfbaren Bewertungssystems und einer entsprechend vorgenommen Zuschlagsentscheidung sowie 8. auf nicht diskriminierende und transparente Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, um ein für den Antragsteller vorteilhaftes Angebot legen zu können. Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, könne der Auftraggeber nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen. Dies könne nur durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung verhindert werden, durch die keinerlei öffentliche Interessen oder Interessen des Auftraggebers wesentlich beeinträchtigt oder gar verletzt werden würden. Ein organisatorischer und finanzieller Mehraufwand liege in der Natur eines Nachprüfungsverfahrens und könne daher kein überwiegendes öffentliches Interesse begründen. Zudem habe der Auftraggeber die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens im Rahmen der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, sodass die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen sei.

Der Auftraggeber teilte mit Schriftsatz vom 19.6.2009 mit, dass der geschätzte Auftragswert Euro 1.000.000,-- betrage. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder ein Zuschlag erteilt, noch das Verfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** sei per Telefax am 4.6.2009 ergangen. Es würden keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechende Interessen des Auftraggebers oder sonstiger Bieter oder sonstige besondere öffentlichen Interessen vorliegen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Agrarmarkt Austria ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 30.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-17; 19.5.2005, 06N-33/05-22).Die Agrarmarkt Austria ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 30.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-17; 19.5.2005, 06N-33/05-22).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 3 und 4

BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da der Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an den präsumtiven Zuschlagsempfänger plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 BVergG zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert (ohne USt.) in der Höhe von Euro 1.000.000,-- ist der Auftrag gemäß § 15 leg.cit jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, BVergG zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert (ohne USt.) in der Höhe von Euro 1.000.000,-- ist der Auftrag gemäß Paragraph 15, leg.cit jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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 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 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 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 3 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 auf 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 3, 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 auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008- EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Zuschlagserteilung stellt die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Zuletzt aktualisiert am

14.07.2009

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