

TE Verg Bescheid 2009/5/29 N/0055-BVA/09/2009-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.05.2009

Norm

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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, BGBl I Nr.17/2006 idFBGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" (BBG-GZ: 3400.00686), der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H, 9. Universität Innsbruck, 10. Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" (BBG-GZ: 3400.00686), der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H, 9. Universität Innsbruck, 10.

Steiermärkische Krankenanstalten GmbH, 11. Stadtschulrat für Wien, 12. Magistrat der Stadt Wels, 13. Gemeindeamt Söll, 14. Marktgemeinde St. Johann in Tirol, 15. Stadtgemeinde Kufstein,

1. 16. Ziffer 16

Land Salzburg, 17. Land Oberösterreich, 18. Land Steiermark,

2. 19. Ziffer 19

Landesschulrat für Salzburg, 20. Bundesbeschaffung GmbH, sämtliche vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. Mai 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Den Auftraggebern wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der B*** hinsichtlich Los 5, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" untersagt", wird stattgegeben.

Den Auftraggebern, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" hinsichtlich des Loses 5 die Rahmenvereinbarung mit der B*** abzuschließen.

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

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 25. Mai 2009 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeber, mit der B*** die Rahmenvereinbarung zu Los 5 abschließen zu wollen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass 20 namentlich genannte Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH als vergebende Stelle, die Lieferung von Drucker- und Multifunktionsgeräten in einem offenen Verfahren ausgeschrieben hätten. Der Auftrag sei in neun Losen mit verschiedenen Leistungskategorien in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden. Die EU-weite Bekanntmachung sei am 9.4.2008 erfolgt.

Die Angebote seien bis 3. Juni 2008 abzugeben gewesen. Die Antragstellerin habe fristgerecht Angebote für die Lose 5, 6 und 7 gelegt.

Die Ermittlung des Bestangebots erfolge nach dem Prinzip des "wirtschaftlich günstigsten Angebots". Zuschlagskriterien seien der Preis (gewichtet mit 60 %) sowie die Qualität (gewichtet mit 40 %).

Bei der Angebotsöffnung (Anm: 3.6.2008) seien die Namen der beiden billigsten Bieter sowie deren Angebotspreise für die Lose 5, 6 und 7 verlesen worden. Bei der Angebotsöffnung (Anmerkung, 3.6.2008) seien die Namen der beiden billigsten Bieter sowie deren Angebotspreise für die Lose 5, 6 und 7 verlesen worden.

Mit Fax vom 28. Oktober 2008 habe die vergebende Stelle mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 5, 6 und 7 mit der B*** zu schließen. Gleichzeitig sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihrer Angebote betreffend die Lose 5 bis 7 mitgeteilt worden. Begründend sei angeführt worden, dass geforderte technische Kriterien nicht erfüllt seien.

Mit Bescheid vom 10. März 2009 habe das BVA die Entscheidungen der Auftraggeber, die Angebote der Antragstellerin betreffend die Lose 5, 6 und 7 auszuschneiden sowie die Entscheidung über die Auswahl der Partei der Rahmenvereinbarung vom 28. Oktober 2008, für nichtig erklärt.

Die Zuschlagsfrist habe am 3. November 2008 geendet. Mit E-Mail vom 28. April 2009 habe die vergebende Stelle um Auskunft ersucht, ob sich die Antragstellerin nach wie vor an ihr Angebot vom 3. Juni 2008 gebunden erachte und dieses Gültigkeit besitze bzw ob dieses noch bis Ende Mai 2009 Gültigkeit besitzen werde. Mit Telefax vom 30. April 2009 habe die Antragstellerin bestätigt, dass sie sich nach wie vor an ihr Angebot vom 3. Juni 2008 gebunden erachte.

Mit Telefax vom 11. Mai 2009 habe die vergebende Stelle die Ergebnisse der neuerlichen Bestbieterermittlung mitgeteilt. Demnach bestehe die Absicht, die Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit der B***, zu Los 6 mit der Antragstellerin und zu Los 7 mit der B***, abzuschließen. Der Angebotspreis der B*** zu Los 5 betrage demnach Euro XXXX,--, das Angebot habe 184,033 Punkte erreicht. Weiters habe die vergebende Stelle mitgeteilt, dass die "Zuschlagsentscheidung" vom 28. Oktober 2008 vom BVA für nichtig erklärt worden sei und daher die Vergabe nach erneuter Berechnung und Bewertung gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erfolgt sei. Hinsichtlich der Stillhaltefrist habe der Auftraggeber angegeben, dass diese 14 Tage betrage und um 0.00 Uhr jenes Tages, der auf den Tag des Zugangs der Mitteilung an den Empfänger folge, zu laufen beginne. Darüber hinaus enthalte das Telefax vom 11. Mai 2009 keine weitergehenden Informationen. Insbesondere enthalte es keine verbale Begründung hinsichtlich der getroffenen Entscheidungen sowie keine Informationen betreffend die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots der B*** in Los 5. Mit Telefax vom 11. Mai 2009 habe die vergebende Stelle die Ergebnisse der neuerlichen Bestbieterermittlung mitgeteilt. Demnach bestehe die Absicht, die Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit der B***, zu Los 6 mit der Antragstellerin und zu Los 7 mit der B***, abzuschließen. Der Angebotspreis der B*** zu Los 5 betrage demnach Euro römisch 40 ,--, das Angebot habe 184,033 Punkte erreicht. Weiters habe die vergebende Stelle mitgeteilt, dass die "Zuschlagsentscheidung" vom 28. Oktober 2008 vom BVA für nichtig erklärt worden sei und daher die Vergabe nach erneuter Berechnung und Bewertung gemäß den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen erfolgt sei. Hinsichtlich der Stillhaltefrist habe der Auftraggeber angegeben, dass diese 14 Tage betrage und um 0.00 Uhr jenes Tages, der auf den Tag des Zugangs der Mitteilung an den Empfänger folge, zu laufen beginne. Darüber hinaus enthalte das Telefax vom 11. Mai 2009 keine weitergehenden Informationen. Insbesondere enthalte es keine verbale Begründung hinsichtlich der getroffenen Entscheidungen sowie keine Informationen betreffend die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots der B*** in Los 5.

Aufgrund des rechtswidrigen drohenden Abschlusses der Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit B*** würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser bestehe einerseits im Verlust des Abschlusses der Rahmenvereinbarung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb. Zweitens drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Die Höhe des Schadens liege bei ca. Euro XXXX,--. Schließlich drohe auch ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes. Aufgrund des rechtswidrigen drohenden Abschlusses der Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit B*** würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser bestehe einerseits im Verlust des Abschlusses der Rahmenvereinbarung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb. Zweitens drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Die Höhe des Schadens liege bei ca. Euro römisch 40 ,--. Schließlich drohe auch ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

Bekämpft werde die Entscheidung, die Rahmenvereinbarung für Los 5 mit B*** abschließen zu wollen. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und

vergaberechtskonforme Begründung der Auswahlentscheidung, in ihrem Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, verletzt. Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Bei rechtmäßigem Verhalten der Auftraggeber hätte die Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für Los 5 zugunsten der Antragstellerin getroffen werden müssen. Bekämpft werde die Entscheidung, die Rahmenvereinbarung für Los 5 mit B*** abschließen zu wollen. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Begründung der Auswahlentscheidung, in ihrem Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, verletzt. Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Bei rechtmäßigem Verhalten der Auftraggeber hätte die Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für Los 5 zugunsten der Antragstellerin getroffen werden müssen.

Gründe für die Rechtswidrigkeit:

1. 1. Ziffer eins

Unzulässige nachträgliche Preis- und Angebotsänderung des Angebotes der B*** für Los 5:

Gemäß der Bekanntgabe im Rahmen der Angebotsverlesung vom 3. Juni 2008 habe B*** für die Leistungen betreffend Los 5 einen Gesamtpreis von Euro XXXX,- angeboten. Auch infolge der ursprünglichen Mitteilung der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung vom 28. Oktober 2008, habe der Angebotspreis von B*** für Los 5 Euro XXXX,- betragen. Nach der nunmehr vorliegenden Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung würden die Auftraggeber beabsichtigen, die Rahmenvereinbarung für Los 5 auf Grundlage eines Angebotes der B*** abzuschließen, welches mit einem Gesamtpreis von Euro XXXX,- den ursprünglich verlesenen Angebotspreis um Euro XXXX,- unterschreite. Eine solche nachträgliche - nach erfolgter Verlesung der Angebotspreise - Preis- und somit Angebotsänderung im offenen Verfahren sei nicht rechtfertigbar und stehe im eklatanten Widerspruch zu den Grundsätzen des Vergaberechts; dies insbesondere zum Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz: Gemäß der Bekanntgabe im Rahmen der Angebotsverlesung vom 3. Juni 2008 habe B*** für die Leistungen betreffend Los 5 einen Gesamtpreis von Euro römisch 40 ,- angeboten. Auch infolge der ursprünglichen Mitteilung der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung vom 28. Oktober 2008, habe der Angebotspreis von B*** für Los 5 Euro römisch 40 ,- betragen. Nach der nunmehr vorliegenden Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung würden die Auftraggeber beabsichtigen, die Rahmenvereinbarung für Los 5 auf Grundlage eines Angebotes der B*** abzuschließen, welches mit einem Gesamtpreis von Euro römisch 40 ,- den ursprünglich verlesenen Angebotspreis um Euro römisch 40 ,- unterschreite. Eine solche nachträgliche - nach erfolgter Verlesung der Angebotspreise - Preis- und somit Angebotsänderung im offenen Verfahren sei nicht rechtfertigbar und stehe im eklatanten Widerspruch zu den Grundsätzen des Vergaberechts; dies insbesondere zum Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz:

- -Strichaufzählung

Der in der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung bekannt gegebene Angebotspreis weiche um ca. 20% von dem verlesenen Angebotspreis ab. Der Zuschlag dürfe nicht auf nicht verlesene Preise erteilt werden und sei ein Fehler bei der Angebotsverlesung nicht sanierbar. Die angefochtene Entscheidung sei daher bereits aus diesem Grunde mit Rechtswidrigkeit belastet.

- -Strichaufzählung

Aufgrund der unerklärbaren Differenz zwischen dem im Rahmen der Angebotsverlesung bekannt gegebenen und dem nunmehr mitgeteilten Angebotspreis sei eine nachträgliche rechtswidrige Angebotsänderung offenkundig. Das BVergG normiere aber eine "Versteinerung" des Angebotes mit Ablauf der Angebotsfrist. Eine Änderung des Angebotes sei nur während der Angebotsfrist zulässig. Ab deren Ende sei ein Bieter an die Angebote bis zum Ende der Zuschlagsfrist gebunden. Der Angebotspreis und -inhalt habe, wie er im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zutage getreten sei, unverändert zu bleiben und der Angebotsprüfung zugrunde gelegt zu werden. Insbesondere sei gemäß § 101 BVergG nach ständiger Rechtssprechung eine nachträgliche Änderung des Angebots im Rahmen von Verhandlungen verboten. Die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung sei daher

rechtswidrig. Bei Berücksichtigung des verlesenen Angebotspreises hätte die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für Los 5 zugunsten der Antragstellerin (Angebotspreis Euro XXXX,--) ausfallen müssen. Aufgrund der unerklärlichen Differenz zwischen dem im Rahmen der Angebotsverlesung bekannt gegebenen und dem nunmehr mitgeteilten Angebotspreis sei eine nachträgliche rechtswidrige Angebotsänderung offenkundig. Das BVergG normiere aber eine "Versteinerung" des Angebotes mit Ablauf der Angebotsfrist. Eine Änderung des Angebotes sei nur während der Angebotsfrist zulässig. Ab deren Ende sei ein Bieter an die Angebote bis zum Ende der Zuschlagsfrist gebunden. Der Angebotspreis und -inhalt habe, wie er im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zutage getreten sei, unverändert zu bleiben und der Angebotsprüfung zugrunde gelegt zu werden. Insbesondere sei gemäß Paragraph 101, BVergG nach ständiger Rechtsprechung eine nachträgliche Änderung des Angebots im Rahmen von Verhandlungen verboten. Die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung sei daher rechtswidrig. Bei Berücksichtigung des verlesenen Angebotspreises hätte die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für Los 5 zugunsten der Antragstellerin (Angebotspreis Euro römisch 40 ,--) ausfallen müssen.

- -Strichaufzählung

Eine allfällige Änderung des Angebotes sei - wenn überhaupt - nur im Rahmen der Aufklärung von Unklarheiten und der Behebung von Mängeln zulässig. Diese Grenzen seien aber jedenfalls überschritten, falls es dadurch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung des betroffenen Bieters komme. Sofern die Reduktion des Angebotspreises um etwa 20% erfolge, seien die Grenzen der zulässigen Aufklärung und Mängelbehebung jedenfalls überschritten.

Da das Angebot der B*** betreffend Los 5 nachträglich geändert worden und der nunmehr bekannt gegebene Angebotspreis weder verlesen worden noch sonst erklärbar sei, hätten die Auftraggeber offenkundig im eklatanten Widerspruch zu den Grundsätzen des Vergaberechts, insbesondere dem Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz, gehandelt. Die entsprechende Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich Los 5 sei daher für nichtig zu erklären.

1. 1.Ziffer eins

Fehlerhafte und rechtswidrige Mitteilung der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung:

Gemäß § 151 Abs 3 BVergG habe der Auftraggeber die Gründe, die für die Bewertung der Angebote maßgeblich seien, in nachvollziehbarer Form festzuhalten, sowie die nicht berücksichtigten Bieter zu verständigen und die Gründe der Nichtberücksichtigung bekannt zu geben. Auf die Vergabe von Rahmenvereinbarungen sei das BVergG in seiner Gesamtheit anzuwenden. Daher hätte das Schreiben zur Bekanntgabe der Auswahlentscheidung jedenfalls auch die inhaltlichen Anforderungen hinsichtlich der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu erfüllen. Im gegenteiligen Fall wäre die Effektivität des Rechtsschutzes nicht gewährleistet, da die Bieter die Entscheidungsfindung nicht nachvollziehen könnten. Gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG habe der Auftraggeber die Gründe, die für die Bewertung der Angebote maßgeblich seien, in nachvollziehbarer Form festzuhalten, sowie die nicht berücksichtigten Bieter zu verständigen und die Gründe der Nichtberücksichtigung bekannt zu geben. Auf die Vergabe von Rahmenvereinbarungen sei das BVergG in seiner Gesamtheit anzuwenden. Daher hätte das Schreiben zur Bekanntgabe der Auswahlentscheidung jedenfalls auch die inhaltlichen Anforderungen hinsichtlich der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu erfüllen. Im gegenteiligen Fall wäre die Effektivität des Rechtsschutzes nicht gewährleistet, da die Bieter die Entscheidungsfindung nicht nachvollziehen könnten.

Gemäß § 131 BVergG seien den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Das Schreiben der vergebenden Stelle vom 11. Mai 2009 hinsichtlich Los 5 entspreche diesen Mindestanforderungen nicht. Gemäß Paragraph 131, BVergG seien den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Das Schreiben der vergebenden Stelle vom 11. Mai 2009 hinsichtlich Los 5 entspreche diesen Mindestanforderungen nicht.

- -Strichaufzählung

Begründungsmangel:

Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung müsse jene Informationen über die Beurteilung des eigenen Angebotes und

über die Beurteilung des erfolgreichen Angebotes enthalten, die eine Einschätzung dahingehend ermöglichen würde, ob die Zuschlagsentscheidung rechters getroffen worden sei und ihre Bekämpfung aussichtsreich sei. Dies setze einen nachvollziehbaren Vergleich der Beurteilung der nicht zum Zug gekommenen Angebote mit den erfolgreichen Angeboten voraus, wofür die Begründung des Auftraggebers den Bietern die notwendige Informationsbasis geben müsse. Dies habe sinngemäß auch für die Mitteilung der Auswahlentscheidung zu gelten.

Entgegen der gesetzlichen Begründungspflicht enthalte die Mitteilung der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung für Los 5 ausschließlich die Mitteilung der Gesamtpunkteanzahl sowie des Angebotspreises. Eine verbale Begründung, wie es zu der entsprechenden Bewertung gekommen sei oder welche Merkmale und Vorteile das Angebot der B*** in Los 5 gegenüber dem Angebot der Antragstellerin habe, fehle vollständig. Das Erfordernis einer eingehenden verbalen Begründung sei jedoch Ausfluss des Gebotes der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung. Eine unzureichende Begründung verhindere die gerichtliche Kontrolle der Zuschlagsentscheidung. Die gegenständliche Auswahlentscheidung erfülle diese Kriterien nicht.

Auch seien in der Bekanntgabe der Auswahlentscheidung die Zuschlagskriterien selbst sowie deren Evaluierung gänzlich unberücksichtigt geblieben. Entgegen den festgelegten Zuschlagskriterien und dem entsprechenden Bewertungssystem enthalte die vorliegende Mitteilung keinerlei Informationen hinsichtlich der Bewertung der Qualitätskriterien, sondern beschränke sich ausschließlich auf die Bekanntgabe des Angebotspreises sowie der Gesamtpunkteanzahl. Dies sei insofern von besonderer Bedeutung, zumal die Qualitätskriterien mit insgesamt 40% gewichtet seien. Die bloße Angabe der Gesamtpunkte ohne Rückschluss oder Auskunft auf die Bewertung in den einzelnen Zuschlagskriterien versetze die Antragstellerin nicht in die Lage, zu überprüfen, warum und in welcher Weise die Punkte in Los 5 vergeben worden seien.

Es sei daher nicht möglich, die Bewertung der Angebote betreffend Los 5 nachzuvollziehen oder einen Vergleich anzustellen. Auch sei es der Antragstellerin nicht möglich, die Reihung ihres Angebotes in Los 5 nachzuvollziehen.

- -Strichaufzählung

Unzureichende Bekanntgabe des Endes der Stillhaltefrist:

Die vergebende Stelle begnüge sich damit, im Hinblick auf das Ende der Stillhaltefrist auf die 14-tägige Frist sowie auf deren Beginn zu verweisen. Gemäß § 2a Abs 2, 4. Unterabsatz, der Rechtsmittelländerungsrichtlinie sei die konkrete Stillhaltefrist genau und exakt anzugeben. Das Ende der Stillhaltefrist sei daher nicht durch einen Verweis auf die Fristenberechnung nach § 132 Abs 1 BVergG, sondern datumsmäßig anzugeben. Das Unterlassen der datumsmäßigen Angabe des Endes der Stillhaltefrist widerspreche den Anforderungen des BVergG und sei die Auswahlentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet. Die vergebende Stelle begnüge sich damit, im Hinblick auf das Ende der Stillhaltefrist auf die 14-tägige Frist sowie auf deren Beginn zu verweisen. Gemäß Paragraph 2 a, Absatz 2, 4, Unterabsatz, der Rechtsmittelländerungsrichtlinie sei die konkrete Stillhaltefrist genau und exakt anzugeben. Das Ende der Stillhaltefrist sei daher nicht durch einen Verweis auf die Fristenberechnung nach Paragraph 132, Absatz eins, BVergG, sondern datumsmäßig anzugeben. Das Unterlassen der datumsmäßigen Angabe des Endes der Stillhaltefrist widerspreche den Anforderungen des BVergG und sei die Auswahlentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

Das bisherige Vorbringen werde auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Gründe, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, lägen nicht vor.

Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten könnten nach Ablauf der Frist des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG nicht mehr aufgegriffen werden. Bei vergaberechtskonformem Vorgehen wäre die Antragstellerin als Bestbieterin anzusehen. Im Fall des Abschlusses der Rahmenvereinbarung für Los 5 mit B*** würde die Antragstellerin die Möglichkeit des "Zuschlagserhalts" verlieren. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße ex post Feststellung der Rechtswidrigkeit die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könne. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten könnten nach Ablauf der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nicht mehr aufgegriffen werden. Bei vergaberechtskonformem Vorgehen wäre die Antragstellerin als Bestbieterin anzusehen. Im Fall des Abschlusses der Rahmenvereinbarung für Los 5 mit B*** würde die Antragstellerin die Möglichkeit des "Zuschlagserhalts" verlieren. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße ex post Feststellung der Rechtswidrigkeit die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könne.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünden keine besonderen Interessen der

Auftraggeber entgegen. Die Durchführung des gegenständlichen Auftrags sei nicht dringlich. Schließlich hätten auch die Prüfung der Angebote und die Bestbieterermittlung fast fünf Monate in Anspruch genommen. Eine einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle für die Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Die Interessensabwägung müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm auch schon teilweise zum Antragsvorbringen Stellung. Es handle sich gegenständlich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 30233230, im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro XXXX,-- ohne Ust. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses 5 betrage Euro XXXX,-- (exkl. Ust.). Es handle sich um ein offenes Verfahren, welches am 11. April 2008 in der Wiener Zeitung und am 9. April 2008 im Amtsblatt der EU bekannt gemacht worden sei. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotseröffnung sei am 3. Juni 2008 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin habe in Los 5 einen Angebotspreis von Euro XXXX,-- ergeben, jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers einen Angebotspreis von Euro XXXX,--.

Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm auch schon teilweise zum Antragsvorbringen Stellung. Es handle sich gegenständlich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 30233230, im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro römisch 40 ,-- ohne Ust. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses 5 betrage Euro römisch 40 ,-- (exkl. Ust.). Es handle sich um ein offenes Verfahren, welches am 11. April 2008 in der Wiener Zeitung und am 9. April 2008 im Amtsblatt der EU bekannt gemacht worden sei. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotseröffnung sei am 3. Juni 2008 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin habe in Los 5 einen Angebotspreis von Euro römisch 40 ,-- ergeben, jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers einen Angebotspreis von Euro

XXXX,--.römisch 40 ,--.

Aufgrund des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 10.3.2009 sei es zu einer Neuberechnung und -bewertung der Angebote in Los 5 gekommen. Demnach habe sich für das Angebot der Antragstellerin ein Angebotspreis von Euro XXXX,-- und für jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein Angebotspreis von Euro XXXX,-- ergeben. Aufgrund des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 10.3.2009 sei es zu einer Neuberechnung und -bewertung der Angebote in Los 5 gekommen. Demnach habe sich für das Angebot der Antragstellerin ein Angebotspreis von Euro römisch 40 ,-- und für jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein Angebotspreis von Euro römisch 40 ,-- ergeben.

Die Ausscheidensentscheidung betreffend die Antragstellerin sei mit Bescheid des BVA vom 10. März 2009 für nichtig erklärt worden. Die Neuvergabe sei nach erneuter Berechnung und Bewertung nach dem Bestbieterprinzip erfolgt und allen Beteiligten Bieter am 11. Mai 2009 bekannt gegeben worden (Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung). Ein Widerruf sei weder bekannt gegeben worden noch sei ein solcher erfolgt. Auch ein Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich Los 5 sei nicht erfolgt.

Interessen sonstiger Bieter, der Auftraggeber oder ein sonstiges öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens iSd § 329 Abs 1 BVergG, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bestünden nicht. Interessen sonstiger Bieter, der Auftraggeber oder ein sonstiges öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bestünden nicht.

Zum Antragsvorbringen sei festzuhalten, dass bei der Angebotsöffnung am 3. Juni 2008 nicht - wie von der Antragstellerin behauptet - die im Antrag angeführten Angebotssummen, sondern lediglich die Einheitspreise (wie auch in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unter Pkt. 7.5 angekündigt), verlesen worden seien.

Die durch das BVA mit Bescheid vom 10. März 2009 für nichtig erklärte Entscheidung über die Auswahl der Parteien der Rahmenvereinbarung vom 28. Oktober 2008 habe folgende Angebotspreise zu Los 5 enthalten:

Angebotspreis der Antragstellerin Euro XXXX,-- Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers Euro XXXX,--
.Angebotspreis der Antragstellerin Euro römisch 40 ,-- Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers Euro römisch 40 ,--.

Eine nachträgliche Preis- oder Angebotsabänderung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers für Los 5 habe nicht stattgefunden. Bei der Angebotsöffnung am 3. Juni 2008 seien die Einheitspreise und nicht der Gesamtpreis verlesen worden. Die Behauptung der Antragstellerin, dass der Gesamtpreis nicht dem verlesenen Preis entspreche,

sei unrichtig, da sich durch korrekte Ausgrenzung der Duplexeinheit gemäß Pos. 68 lediglich der Multiplikator für den verlesenen Einheitspreis, im Unterschied zur ersten Auswahlentscheidung, sowohl für das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als auch für jenes der Antragstellerin um 780 reduziert hätte. Da sowohl die Antragstellerin als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger einen Drucker mit integrierter Duplexeinheit angeboten hätten und sowohl in Pos. 66 als auch in Pos. 68 den jeweils gleichen Preis angegeben hätten, wären diese Preise mit einer um 780 Stück zu hohen Anzahl in die Bewertung eingeflossen. Daher sei im Zuge der Angebotsauswertung die Bewertungsmenge bei allen Bietern in Los 5 um die Pos. 68 reduziert worden. Diese Korrektur der Bewertung habe keinen Einfluss auf die Ermittlung des Bestbieters. Eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe nicht stattgefunden.

Somit würde sich durch korrekte Berechnung der bewertungsrelevante Preis für das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers um Euro XXXX,-- (von Euro XXXX,-- auf Euro XXXX,--) und jener für das Angebot der Antragstellerin um Euro XXXX,-- (von Euro XXXX,-- auf Euro XXXX,--), reduzieren. Die bewertungsrelevanten Preise der Antragstellerin wie auch des präsumtiven Zuschlagsempfängers hätten sich sohin um 16% reduziert. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz liege somit keinesfalls vor. Somit würde sich durch korrekte Berechnung der bewertungsrelevante Preis für das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers um Euro römisch 40 ,-- (von Euro römisch 40 ,-- auf Euro römisch 40 ,--) und jener für das Angebot der Antragstellerin um Euro römisch 40 ,-- (von Euro römisch 40 ,-- auf Euro römisch 40 ,--), reduzieren. Die bewertungsrelevanten Preise der Antragstellerin wie auch des präsumtiven Zuschlagsempfängers hätten sich sohin um 16% reduziert. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz liege somit keinesfalls vor.

Die Angebotsbewertung ergebe mit Einrechnung der 780 Stück Duplexeinheit aus Pos. 68, ebenso wie bei der korrekten Bewertung ohne Einrechnung der Duplexeinheit, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als bestes Angebot hervorgehe. Das Angebot der Antragstellerin komme nur aufgrund der Testergebnisse (präsumtiver Zuschlagsempfänger 173 Punkte, Antragstellerin 156,667 Punkte) nicht auf den ersten Platz.

Die vorgesehene Punktevergabe für die Tests sei anhand der Ausschreibungsunterlagen (konkret das im Zuge der ersten Fragebeantwortung und Berichtigung vom 25. April 2008 berichtigte Dokument) für alle Bieter klar und objektiv nachvollziehbar.

Gemäß § 128 Abs 3 BVergG könne der Bieter auf Verlangen Einsicht in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift über die Prüfung der Angebote nehmen. Dadurch sei eine Nachvollziehbarkeit der vergebenen Testpunkte für das jeweils eigene Angebot eindeutig gegeben. Der Antragstellerin sei daher die Nachvollziehbarkeit der Bewertung ihres Angebotes jedenfalls möglich. Der Vergleich der Angebote anhand der vergebenen Punkte sei durch die Bekanntgabe der Punkteanzahl in der Auswahlentscheidung gegeben. Auch eine verbale Begründung ("die Antragstellerin hat im Zuge der Tests weniger Qualitätspunkte erreicht als der präsumtive Zuschlagsempfänger") der Punktevergabe ändere nichts an der Tatsache, dass die Tests für die Antragstellerin eine geringere Qualität als jene des erfolgreichen Angebotes ergeben hätten. Gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG könne der Bieter auf Verlangen Einsicht in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift über die Prüfung der Angebote nehmen. Dadurch sei eine Nachvollziehbarkeit der vergebenen Testpunkte für das jeweils eigene Angebot eindeutig gegeben. Der Antragstellerin sei daher die Nachvollziehbarkeit der Bewertung ihres Angebotes jedenfalls möglich. Der Vergleich der Angebote anhand der vergebenen Punkte sei durch die Bekanntgabe der Punkteanzahl in der Auswahlentscheidung gegeben. Auch eine verbale Begründung ("die Antragstellerin hat im Zuge der Tests weniger Qualitätspunkte erreicht als der präsumtive Zuschlagsempfänger") der Punktevergabe ändere nichts an der Tatsache, dass die Tests für die Antragstellerin eine geringere Qualität als jene des erfolgreichen Angebotes ergeben hätten.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs 2 B-VG). Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG).

Bei den genannten Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 bzw Z 2

BVergG. Die genannten öffentlichen Auftraggeber fallen teilweise in den Vollziehungsbereich des Bundes (Art. 14b Abs 2 Z 1 B-VG) und teilweise in den Vollziehungsbereich des Landes (Art. 14b Abs 2 Z 2 B-VG). Bei den genannten Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, bzw Ziffer 2, BVergG. Die genannten öffentlichen Auftraggeber fallen teilweise in den Vollziehungsbereich des Bundes (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG) und teilweise in den Vollziehungsbereich des Landes (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG).

Es handelt sich somit um eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder. Solche gemeinsamen Vergaben durch den Bund und die Länder fallen in den Vollziehungsbereich des Bundes - und ist in der Folge das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig - wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder (vgl Art. 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG). Es handelt sich somit um eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder. Solche gemeinsamen Vergaben durch den Bund und die Länder fallen in den Vollziehungsbereich des Bundes - und ist in der Folge das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung zuständig - wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG).

Es war somit vorweg zu klären, ob der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder.

Laut Auskunft der BBG vom 17.11.2008 beträgt der Anteil des "Bundes" bei den Losen 5, 6 und 7 insgesamt ca Euro XXXX,--, jener der "Länder/Gemeinden" ca Euro XXXX,--. Laut Auskunft der BBG vom 17.11.2008 beträgt der Anteil des "Bundes" bei den Losen 5, 6 und 7 insgesamt ca Euro römisch 40 ,--, jener der "Länder/Gemeinden" ca Euro römisch 40 ,--.

Im Sinne einer "Hochrechnung" der von der BBG bekannt gegebenen Werte für die Lose 5, 6 und 7 ist davon auszugehen, dass sich das Verhältnis zwischen "Bund" und "Ländern/Gemeinden" am geschätzten Gesamtauftragswert auch für die Lose 1 bis 4 sowie 8 und 9 in einem ähnlichen Verhältnis bewegt. Das Bundesvergabeamt geht daher im Provisorialverfahren davon aus, dass der Anteil des "Bundes" am geschätzten Gesamtauftragswert jenen der "Länder/Gemeinden" bei Weitem überwiegt und somit das Bundesvergabeamt zur Überprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zuständig ist (vgl BVA 18.11.2008, N/0145-BVA/09/2008-EV14). Im Sinne einer "Hochrechnung" der von der BBG bekannt gegebenen Werte für die Lose 5, 6 und 7 ist davon auszugehen, dass sich das Verhältnis zwischen "Bund" und "Ländern/Gemeinden" am geschätzten Gesamtauftragswert auch für die Lose 1 bis 4 sowie 8 und 9 in einem ähnlichen Verhältnis bewegt. Das Bundesvergabeamt geht daher im Provisorialverfahren davon aus, dass der Anteil des "Bundes" am geschätzten Gesamtauftragswert jenen der "Länder/Gemeinden" bei Weitem überwiegt und somit das Bundesvergabeamt zur Überprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zuständig ist vergleiche BVA 18.11.2008, N/0145-BVA/09/2008-EV14).

Es handelt sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert aller Lose wurde vom Auftraggeber mit Euro XXXX,-- ohne USt angegeben, sodass es sich jedenfalls um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt (vgl § 15 Abs 3 BVergG). Es handelt sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert aller Lose wurde vom Auftraggeber mit Euro römisch 40 ,-- ohne USt angegeben, sodass es sich jedenfalls um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt vergleiche Paragraph 15, Absatz 3, BVergG).

Gemäß § 2 Abs 2 Z 2 des Bundesgesetzes über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH-Gesetz), BGBl I Nr. 38/2001 idgF, zählt zu den Aufgaben der Bundesbeschaffung GmbH (BBG) die Durchführung von Vergabeverfahren einschließlich des Abschlusses von Verträgen auch im Namen und auf Rechnung des Bundes. Gemäß § 3 Abs 3 BB-GmbH-Gesetz ist die BBG berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß § 3 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG Vergabeverfahren zur Deckung deren Bedarfs an Waren und Dienstleistungen durchzuführen. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, des Bundesgesetzes über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH-Gesetz), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 38 aus 2001, idgF, zählt zu den Aufgaben der Bundesbeschaffung GmbH (BBG) die Durchführung von Vergabeverfahren einschließlich des Abschlusses von Verträgen auch im Namen und auf Rechnung des Bundes.

Gemäß Paragraph 3, Absatz 3, BB-GmbH-Gesetz ist die BBG berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 BVergG Vergabeverfahren zur Deckung deren Bedarfs an Waren und Dienstleistungen durchzuführen.

Ein Rahmenvereinbarung zu Los 5 wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht abgeschlossen, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Es soll ein Auftrag auf Grund einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens vergeben werden. Der Auftrag ist in 9 Lose unterteilt. Beabsichtigt ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Mitteilung über die "Zuschlagsentscheidung" am 11.5.2009 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 25.5.2009 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Mitteilung über die "Zuschlagsentscheidung" am 11.5.2009 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 25.5.2009 eingebracht und ist daher rechtzeitig.

Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

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 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

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 seitens der Auftraggeber beabsichtigt ist, die Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit der B*** abzuschließen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Loses 5 mit der B*** abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen späteren Abschluss der Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit der 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 seitens der Auftraggeber beabsichtigt ist, die Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit der B*** abzuschließen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Loses 5 mit der B*** abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen späteren Abschluss der Rahmenvereinbarung zu Los 5 mit der Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeber haben sich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargelegt. Dieser bestehe einerseits im Gewinnentgang in der Höhe von Euro XXXX,-- und andererseits im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Einer zeitlich befristeten Aussetzung des Vergabeverfahrens würden keine Interessen der Auftraggeber bzw keine besonderen Interessen der Öffentlichkeit entgegenstehen. Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargelegt. Dieser bestehe einerseits im Gewinnentgang in der Höhe von Euro römisch 40 ,-- und andererseits im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Einer zeitlich befristeten Aussetzung des Vergabeverfahrens würden keine Interessen der Auftraggeber bzw keine besonderen Interessen der Öffentlichkeit entgegenstehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Es besteht kein Zweifel daran, dass der gegenständliche Auftrag für jeden Auftragnehmer ein wichtiges Referenzprojekt darstellt. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 18.11.2008, N/0145-BVA/09/2008-EV14 uva).

Die Antragstellerin hat den Schaden, der ihr im Falle des "Zuschlages" auf das Angebot eines Mitbieters droht, der Höhe nach dargestellt. Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ist der drohende Schaden glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan.

Im Übrigen ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Im Übrigen ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG erfolgt im Endbescheid. Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Endbescheid.

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

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