

TE Verg Bescheid 2009/3/25 N/0008-BVA/12/2009-17

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.03.2009

Norm

BVergG 2006 §25 Abs1

BVergG 2006 §25 Abs2

BVergG 2006 §25 Abs3

BVergG 2006 §27

BVergG 2006 §103 Abs6

BVergG 2006 §103 Abs7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §316 Abs2 Z3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 27 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

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

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Dr. Sabine Weniger als Mitglieder der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledóchowski als Mitglieder der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Reinigungsdienstleistungen Tirol und Vorarlberg 2009" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, 3. Bundesimmobiliengesellschaft mbH., 4. Insolvenz-Entgelt-Fonds Service GmbH, 5. Buchhaltungsagentur des Bundes und

1. 6. Ziffer 6

Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eingeleitet über Antrag von A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1. Ziffer eins

Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages)", wird stattgegeben.

Die Ausschreibung "Reinigungsdienstleistungen Tirol und Vorarlberg 2009" wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 25 Abs 1, 2 und 3, 27, 103 Abs 6 und 7, 312 Abs 2 Z 2, 316 Abs 2 Z 3, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 25, Absatz eins, 2 und 3, 27, 103 Absatz 6 und 7, 312 Absatz 2, Ziffer 2, 316, Absatz 2, Ziffer 3, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006

1. 2. Ziffer 2

Dem Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass die Antragsgegner schuldig sind, die vom Antragsteller entrichteten Antragsgebühren in Höhe von insgesamt EUR 2400,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, der Antragstellerin A***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung X***, die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt EUR 2400,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 23. Februar 2009 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), in eventu auf Nichtigerklärung einzelner angeführter Ausschreibungsbestimmungen. Die Auftraggeber hätten gemeinsam ein offenes Vergabeverfahren zur Vergabe von Reinigungsdienstleistungen durchgeführt, welches mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 12.12.2008, N/0140-BVA/07/2008-23, für nichtig erklärt worden sei.

Die Auftraggeber würden nunmehr zum gleichen Leistungsgegenstand gemeinsam das antragsgegenständliche nicht offene Verfahren im Oberschwellenbereich ausführen. Angefochten werde die gesondert anfechtbare rechtswidrige Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages). Die Antragstellerin führte im Einzelnen

nachfolgende Vergabeverstöße an:

- -Strichaufzählung
Rechtswidrige Verfahrenswahl bzw. rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens
- -Strichaufzählung
Rechtswidrige Subunternehmerregelung
- -Strichaufzählung
Rechtswidrige Eignungskriterien – Allgemein
- -Strichaufzählung
Rechtswidriges Referenz-Eignungskriterium
- -Strichaufzählung
Rechtswidriges Eignungskriterium Qualitätssicherungssystem
- -Strichaufzählung
Rechtswidriges Eignungskriterium Umweltmanagementsystem
- -Strichaufzählung
Rechtswidriges Eignungskriterium Mindestumsatz Gebäudereinigung
- -Strichaufzählung
Rechtswidriges Eignungskriterium KSV-Rating
- -Strichaufzählung
Rechtswidrige Haftungsbeschränkung

Zum behaupteten Vergabeverstoß "Rechtswidrige Verfahrenswahl bzw. rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens" brachte die Antragstellerin vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren durchgeführt werde. Die Auftraggeber hätten aber rechtswidrig weder Auswahlkriterien noch eine Anzahl von einzuladenden Bewerbern festgelegt. Das nicht offene Verfahren sei vom Gesetzgeber klar geregelt worden. Um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, müsse eine Anzahl von einzuladenden Unternehmen festgelegt werden. Weiters müssten neben den Eignungskriterien auch die davon zu unterscheidenden Auswahlkriterien definiert werden. An Hand der Auswahlkriterien sei nämlich unter den geeigneten Unternehmen, die besten Bewerber auszuwählen. Die vorliegende Ausschreibung widerspreche klar diesen gesetzlichen Anforderungen, weil weder die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen noch entsprechende Auswahlkriterien festgelegt seien. Inhaltlich entspreche das gegenständliche Verfahren im Wesentlichen einem offenen Verfahren, das rechtswidrig in zwei Stufen zerlegt werde. Die Auftraggeber würden dabei aber übersehen, dass das von ihnen gewählte Verfahren gesetzlich nicht vorgesehen sei. Es hätte gemäß § 27 BVergG entweder ein offenes oder ein nicht offenes Verfahren gewählt werden müssen. Die Vermengung dieser Verfahrenstypen zu einem neuen Verfahren sei rechtswidrig.

Zum behaupteten Vergabeverstoß "Rechtswidrige Verfahrenswahl bzw. rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens" brachte die Antragstellerin vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren durchgeführt werde. Die Auftraggeber hätten aber rechtswidrig weder Auswahlkriterien noch eine Anzahl von einzuladenden Bewerbern festgelegt. Das nicht offene Verfahren sei vom Gesetzgeber klar geregelt worden. Um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, müsse eine Anzahl von einzuladenden Unternehmen festgelegt werden. Weiters müssten neben den Eignungskriterien auch die davon zu unterscheidenden Auswahlkriterien definiert werden. An Hand der Auswahlkriterien sei nämlich unter den geeigneten Unternehmen, die besten Bewerber auszuwählen. Die vorliegende Ausschreibung widerspreche klar diesen gesetzlichen Anforderungen, weil weder die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen noch entsprechende Auswahlkriterien festgelegt seien. Inhaltlich entspreche das gegenständliche Verfahren im Wesentlichen einem offenen Verfahren, das rechtswidrig in zwei Stufen zerlegt werde. Die Auftraggeber würden dabei aber übersehen, dass das von ihnen gewählte Verfahren gesetzlich nicht vorgesehen sei. Es hätte gemäß Paragraph 27, BVergG entweder ein offenes oder ein nicht offenes Verfahren gewählt werden müssen. Die Vermengung dieser Verfahrenstypen zu einem neuen Verfahren sei rechtswidrig.

Die Auftraggeber bestreiten in der aufgetragenen Stellungnahme vom 3. März 2009 die rechtswidrige Verfahrenswahl bzw. die rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens. Es stehe dem Auftraggeber frei, die Teilnehmerzahl jener Bewerber, die zur Angebotsangabe aufgefordert werden, nach oben zu beschränken. Hiezu sei der Auftraggeber jedoch nicht verpflichtet, da § 103 Abs 6 BVergG lediglich eine Mindestanzahl an Bewerbern fordere, die in die "zweite Stufe" mitgenommen werden müssten. Das Erfordernis von Auswahlkriterien sei erst im Abs 7 des § 103 BVergG und

gerade nicht in Abs 6 genannt. Dieser könne nie schlagend werden, wenn keine Beschränkung der Bewerberzahl erfolgt sei und sei in der gegenständlichen Konstellation die Festlegung von Auswahlkriterien entbehrlich. Dadurch, dass die Auftraggeber keine Höchstzahl an einzuladenden Bewerbern festlegen, sondern vielmehr sämtliche geeignete Bewerber zur Angebotslegung einladen würden, könne der Wettbewerb nicht verfälscht werden. Vielmehr sei durch die Zulassung sämtlicher geeigneter Bieter zur Angebotslegung ein erhöhter Wettbewerb gewährleistet. Die Antragstellerin übersehe weiters, dass die Ausgestaltung des gegenständlichen Verfahrens für die Auftraggeber wesentlich arbeitsintensiver sei, als ein „gewöhnliches“ nicht offenes Verfahren. Da überdies sämtliche Bieter, die ein Teilnahmeanbot gestellt haben und geeignet sind, in die „zweite Stufe“ eingeladen würden, sei nicht ersichtlich, inwiefern das durchgeführte Verfahren weniger transparent sein solle, als ein „gewöhnliches“ nicht offenes Verfahren. Durch das Wegfallen der Auswahlentscheidung sei die Antragstellerin auch nicht beschwert, da sie jedenfalls in die „zweite Stufe“ eingeladen werde, sofern sie die Eignungskriterien erfülle. Die Auftraggeber bestreiten in der aufgetragenen Stellungnahme vom 3. März 2009 die rechtswidrige Verfahrenswahl bzw. die rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens. Es stehe dem Auftraggeber frei, die Teilnehmerzahl jener Bewerber, die zur Angebotsangabe aufgefordert werden, nach oben zu beschränken. Hiezu sei der Auftraggeber jedoch nicht verpflichtet, da Paragraph 103, Absatz 6, BVergG lediglich eine Mindestanzahl an Bewerbern fordere, die in die „zweite Stufe“ mitgenommen werden müssten. Das Erfordernis von Auswahlkriterien sei erst im Absatz 7, des Paragraph 103, BVergG und gerade nicht in Absatz 6, genannt. Dieser könne nie schlagend werden, wenn keine Beschränkung der Bewerberzahl erfolgt sei und sei in der gegenständlichen Konstellation die Festlegung von Auswahlkriterien entbehrlich. Dadurch, dass die Auftraggeber keine Höchstzahl an einzuladenden Bewerbern festlegen, sondern vielmehr sämtliche geeignete Bewerber zur Angebotslegung einladen würden, könne der Wettbewerb nicht verfälscht werden. Vielmehr sei durch die Zulassung sämtlicher geeigneter Bieter zur Angebotslegung ein erhöhter Wettbewerb gewährleistet. Die Antragstellerin übersehe weiters, dass die Ausgestaltung des gegenständlichen Verfahrens für die Auftraggeber wesentlich arbeitsintensiver sei, als ein „gewöhnliches“ nicht offenes Verfahren. Da überdies sämtliche Bieter, die ein Teilnahmeanbot gestellt haben und geeignet sind, in die „zweite Stufe“ eingeladen würden, sei nicht ersichtlich, inwiefern das durchgeführte Verfahren weniger transparent sein solle, als ein „gewöhnliches“ nicht offenes Verfahren. Durch das Wegfallen der Auswahlentscheidung sei die Antragstellerin auch nicht beschwert, da sie jedenfalls in die „zweite Stufe“ eingeladen werde, sofern sie die Eignungskriterien erfülle.

Auf Grund des vorgelegten Vergabeaktes sowie der Stellungnahmen der Parteien wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeber haben die gegenständlichen Leistungen EU-weit ausgeschrieben. Als Verfahrensart wurde das nicht offene Verfahren gemäß § 25 Abs 3 BVergG gewählt. In der EU-weiten Bekanntmachung findet sich weder eine Mindest- noch eine Höchstzahl jener Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden sollen. Gleichfalls sind keine Auswahlkriterien genannt. Die Auftraggeber haben die gegenständlichen Leistungen EU-weit ausgeschrieben. Als Verfahrensart wurde das nicht offene Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG gewählt. In der EU-weiten Bekanntmachung findet sich weder eine Mindest- noch eine Höchstzahl jener Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden sollen. Gleichfalls sind keine Auswahlkriterien genannt.

Punkt 4.1. der Teilnahmebedingungen sieht als Überschrift vor:

"Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens". Danach soll die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung in einem nicht offenen Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 erfolgen.

Punkt 4.2, Rz 17 und 18 ("Aufforderung zur Angebotsabgabe und Zeitrahmen") der Teilnahmebedingungen lauten wie folgt:

Auf Grund der einlangenden Teilnahmeanträge wird eine Liste potentieller Bieter erstellt. Diese werden einer Prüfung im Hinblick auf deren Befugnis, Zuverlässigkeit, wirtschaftliche und finanzielle sowie technische Leistungsfähigkeit unterzogen. Die Eignung ist durch Vorlage der in Punkt 6 dieser Teilnahmebedingungen angeführten Unterlagen nachzuweisen. Werden Eignungskriterien nicht erfüllt, ist der jeweilige Bewerber auszuschneiden („K.O.-Kriterien“).

Danach ist vorgesehen, die als geeignet ermittelten Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen.

Auswahlkriterien sind in den gegenständlichen Teilnahmebedingungen nicht genannt.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 1 BVergG; der Anteil der ausgegliederten Unternehmen am geschätzten Auftragswert pro Jahr, welcher sich laut den Auftraggebern für alle 55 Lose auf rund € 3.800.000,-- (exkl. USt) pro Jahr beläuft, beträgt laut Stellungnahme der Auftraggeber rund 2 %. Gemäß § 2 Abs 2 Z 2 Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH-Gesetz), BGBl. I Nr. 39/2001 idgF, zählt zu den Aufgaben der Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH) 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 BB-GmbH berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß § 3 Abs 1 Z 2 und 3 des BVergG 2006, Vergabeverfahren zur Deckung deren Bedarfs an Waren und Dienstleistungen durchzuführen. Auftragsvergaben des Wasserleitungsverbandes Nördliches Burgenland fallen zwar nicht in den Vollzugsbereich des Bundes. Der im Verhältnis zu den Auftragswerten des Bundes und der ausgegliederten Unternehmen jedoch geringe Auftragswert des Wasserleitungsverbandes Nördliches Burgenland bedingt, dass das Bundesvergabeamt gemäß § 291 Abs 2 BVergG zur Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist (siehe dazu bereits BVA 12.12.2008, N/0140-BVA/07/2008-23). Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG; der Anteil der ausgegliederten Unternehmen am geschätzten Auftragswert pro Jahr, welcher sich laut den Auftraggebern für alle 55 Lose auf rund € 3.800.000,-- (exkl. USt) pro Jahr beläuft, beträgt laut Stellungnahme der Auftraggeber rund 2 %. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH-Gesetz), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 39 aus 2001, idgF, zählt zu den Aufgaben der Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH) 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 BB-GmbH berechtigt, auch im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von Auftraggebern gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 des BVergG 2006, Vergabeverfahren zur Deckung deren Bedarfs an Waren und Dienstleistungen durchzuführen. Auftragsvergaben des Wasserleitungsverbandes Nördliches Burgenland fallen zwar nicht in den Vollzugsbereich des Bundes. Der im Verhältnis zu den Auftragswerten des Bundes und der ausgegliederten Unternehmen jedoch geringe Auftragswert des Wasserleitungsverbandes Nördliches Burgenland bedingt, dass das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG zur Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist (siehe dazu bereits BVA 12.12.2008, N/0140-BVA/07/2008-23).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens (aller 55 Lose) beträgt EUR 3.800.000,-- (ohne USt) pro Jahr. Es liegt daher insgesamt ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG vor. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens (aller 55 Lose) beträgt EUR 3.800.000,-- (ohne USt) pro Jahr. Es liegt daher insgesamt ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 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 Bundesvergabebeamtes 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, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigserklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigserklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Zum Vorbringen des Auftraggebers bezüglich mangelnde Beschwer der Antragstellerin (gemeint offenkundig die fehlende Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 BVergG), ist allgemein festzuhalten, dass der Begriff des Schadens nach herrschender Ansicht nicht nur Vermögensschäden umfasst, sondern alle Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten des Interessenten liegen, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. Die Antragslegitimation setzt somit (lediglich) voraus, dass die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. So haben zB im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach der Ausschreibung zunächst alle Bewerber – die einen Teilnahmeantrag gestellt haben – ein Interesse am Vertragsabschluss und können durch einen Rechtsverstoß einen Schaden erleiden; alle diese Bewerber sind daher zur Anfechtung der Ausschreibung und der Bewerberauswahl legitimiert (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar [2009] § 320 Rz 7 mwN und Rz 32). Wie unten ausführlich darzulegen sein wird, sehen die Bekanntmachung bzw. Teilnahmebedingungen – rechtswidrig – vor, sämtliche geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe aufzufordern. Aus dieser Entscheidung kann der Antragstellerin jedoch insofern ein Schaden entstehen bzw. drohen, als sie bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen davon ausgehen kann, dass der Auftraggeber, sofern er sich für das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach § 25 Abs 3 BVergG entschieden hat, diese Art des Verfahrens auch gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 durchführt. Im Übrigen kann ein drohender Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG für die Antragstellerin auch darin erblickt werden, als ihr im Falle des Vorhandenseins von Auswahlkriterien die (zumindest theoretische) Chance offen stünde, ein "Mehr an Eignung" gegenüber einem konkurrierenden Bewerber in einem Auswahlverfahren darzulegen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Zum Vorbringen des Auftraggebers bezüglich mangelnde Beschwer der Antragstellerin (gemeint offenkundig die fehlende Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG), ist allgemein festzuhalten, dass der Begriff des Schadens nach herrschender Ansicht nicht nur Vermögensschäden umfasst, sondern alle Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten des Interessenten liegen, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. Die Antragslegitimation setzt somit (lediglich) voraus, dass die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. So haben zB im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach der Ausschreibung zunächst alle Bewerber – die einen Teilnahmeantrag gestellt haben – ein Interesse am Vertragsabschluss und können durch einen Rechtsverstoß einen Schaden erleiden; alle diese Bewerber sind daher zur Anfechtung der Ausschreibung und der Bewerberauswahl legitimiert (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar [2009] Paragraph 320, Rz 7 mwN und Rz 32). Wie unten ausführlich darzulegen sein wird, sehen die Bekanntmachung bzw. Teilnahmebedingungen – rechtswidrig – vor, sämtliche geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe aufzufordern. Aus dieser Entscheidung kann der Antragstellerin jedoch insofern ein Schaden entstehen bzw. drohen, als sie bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen davon ausgehen kann, dass der Auftraggeber, sofern er sich für das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach Paragraph 25, Absatz 3, BVergG entschieden hat, diese Art des Verfahrens auch gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 durchführt. Im Übrigen kann ein drohender Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG für die Antragstellerin auch darin erblickt werden, als ihr im Falle des Vorhandenseins von Auswahlkriterien die (zumindest theoretische) Chance offen stünde, ein "Mehr an Eignung" gegenüber einem konkurrierenden Bewerber in einem Auswahlverfahren darzulegen.

Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt 1:

§ 25 BVergG enthält als Überschrift "Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen". Gemäß Abs 1 leg.cit. hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialogs oder einer Direktvergabe zu erfolgen. Gemäß Abs 2 leg.cit. wird beim offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Gemäß Abs 3 leg.cit. werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe

von Angeboten aufgefordert. Paragraph 25, BVergG enthält als Überschrift "Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen". Gemäß Absatz eins, leg.cit. hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialogs oder einer Direktvergabe zu erfolgen. Gemäß Absatz 2, leg.cit. wird beim offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Gemäß Absatz 3, leg.cit. werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

Die Aufzählung der Verfahrensarten ist taxativ. Andere Verfahrensarten bestehen nicht (numerus clausus der Verfahrensarten). Der AG muss sich daher bei der Vergabe v Aufträgen über Leistungen immer einer der nach Abs 1 genannten Verfahrensarten bedienen (Typenzwang). Dem AG ist es daher verwehrt, aus den bestehenden Verfahrensarten eine neue Verfahrensart zu schaffen u durchzuführen. Dies würde den Grundsätzen der Transparenz u Publizität widersprechen. Es muss Rechtssicherheit u -klarheit bestehen, welche Verfahrensart der AG durchführt u daher welchen Regelungen er folgt (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 25 Rz 3). Die Aufzählung der Verfahrensarten ist taxativ. Andere Verfahrensarten bestehen nicht (numerus clausus der Verfahrensarten). Der AG muss sich daher bei der Vergabe v Aufträgen über Leistungen immer einer der nach Absatz eins, genannten Verfahrensarten bedienen (Typenzwang). Dem AG ist es daher verwehrt, aus den bestehenden Verfahrensarten eine neue Verfahrensart zu schaffen u durchzuführen. Dies würde den Grundsätzen der Transparenz u Publizität widersprechen. Es muss Rechtssicherheit u -klarheit bestehen, welche Verfahrensart der AG durchführt u daher welchen Regelungen er folgt (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 25, Rz 3).

Die Wahl des Verfahrensart ist eine E des AG iSd § 2 Z 16. Der AG hat diese E vor Einleitung des Vergabeverfahrens zu treffen. Nach dieser nach außen getretenen Wahl der Verfahrensart richtet sich auch in der Folge der Maßstab, an welchem die weiteren E des AG zu messen sind. Die weiteren Verfahrensschritte können nur mehr darauf geprüft werden, ob sie den für diese Verfahrensart maßgeblichen Vorschriften entsprechen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 25 Rz 9 und 12). Die Wahl des Verfahrensart ist eine E des AG iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Der AG hat diese E vor Einleitung des Vergabeverfahrens zu treffen. Nach dieser nach außen getretenen Wahl der Verfahrensart richtet sich auch in der Folge der Maßstab, an welchem die weiteren E des AG zu messen sind. Die weiteren Verfahrensschritte können nur mehr darauf geprüft werden, ob sie den für diese Verfahrensart maßgeblichen Vorschriften entsprechen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 25, Rz 9 und 12).

Die Materialien betonen, dass ein Auftraggeber, wenn er sich einmal für die Durchführung einer bestimmten Verfahrensart entschieden hat, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat. Ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens ist unzulässig (RV 1171 BlgNR 22. GP 44). Der AG hat daher zwingend das (rechtswidrig gewählte) Verfahren zu widerrufen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 25 Rz 13). Die Materialien betonen, dass ein Auftraggeber, wenn er sich einmal für die Durchführung einer bestimmten Verfahrensart entschieden hat, dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat. Ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens ist unzulässig (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 44). Der AG hat daher zwingend das (rechtswidrig gewählte) Verfahren zu widerrufen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 25, Rz 13).

Nach der Legaldefinition des § 25 Abs 2 BVergG wird beim offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl v Unternehmen öff zur Abgabe v Angeboten aufgefordert. Im offenen Verfahren kann also jeder interessierte Unternehmer ein Angebot abgeben. Eine Begrenzung der Zahl der Bieter u damit der Angebote ist nicht zulässig. Dies ist eines der Wesensmerkmale des offenen Verfahrens. Nach der Legaldefinition des § 25 Abs 3 werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bek, nachdem eine unbeschränkte Anzahl v Unternehmen öffentlich zur Abgabe v Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe v Angeboten aufgefordert. Im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bek kann jeder interessierte Unternehmer einen Teilnahmeantrag abgeben. Eine Begrenzung der Zahl der Bewerber u damit der Teilnahmeanträge ist nicht zulässig. Wesensmerkmal des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bek ist daher, dass sich zumindest in der ersten Stufe des Verfahrens jeder Unternehmer an dem Verfahren beteiligen kann. Eine Begrenzung der Zahl der Unternehmer erfolgt erst im Zuge der Prüfung u

Bewertung der Teilnahmeanträge. Nur eine begrenzte Zahl an Unternehmern wird in der zweiten Stufe zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Man spricht daher v einem zweistufigen Verfahren (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 25 Rz 15 f und 20). Nach der Legaldefinition des Paragraph 25, Absatz 2, BVergG wird beim offenen Verfahren eine unbeschränkte Anzahl v Unternehmern öff zur Abgabe v Angeboten aufgefordert. Im offenen Verfahren kann also jeder interessierte Unternehmer ein Angebot abgeben. Eine Begrenzung der Zahl der Bieter u damit der Angebote ist nicht zulässig. Dies ist eines der Wesensmerkmale des offenen Verfahrens. Nach der Legaldefinition des Paragraph 25, Absatz 3, werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bek, nachdem eine unbeschränkte Anzahl v Unternehmern öffentlich zur Abgabe v Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe v Angeboten aufgefordert. Im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bek kann jeder interessierte Unternehmer einen Teilnahmeantrag abgeben. Eine Begrenzung der Zahl der Bewerber u damit der Teilnahmeanträge ist nicht zulässig. Wesensmerkmal des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bek ist daher, dass sich zumindest in der ersten Stufe des Verfahrens jeder Unternehmer an dem Verfahren beteiligen kann. Eine Begrenzung der Zahl der Unternehmer erfolgt erst im Zuge der Prüfung u Bewertung der Teilnahmeanträge. Nur eine begrenzte Zahl an Unternehmern wird in der zweiten Stufe zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Man spricht daher v einem zweistufigen Verfahren (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 25, Rz 15 f und 20).

Gemäß § 27 BVergG können die Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Nach den Materialien soll der Auftraggeber grundsätzlich immer verpflichtet sein, eine dieser beiden Verfahrensarten zu wählen. Die Materialien sprechen daher von einem „Grundsatz der Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung“ (RV 1171 BlgNR 22. GP 45). Gemäß Paragraph 27, BVergG können die Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Nach den Materialien soll der Auftraggeber grundsätzlich immer verpflichtet sein, eine dieser beiden Verfahrensarten zu wählen. Die Materialien sprechen daher von einem „Grundsatz der Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung“ Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 45).

Gemäß § 103 Abs 6 BVergG ist die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber bei nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben. Gemäß Paragraph 103, Absatz 6, BVergG ist die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber bei nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben.

Nach dem Gesetzeswortlaut des Abs 6 ist die Festlegung einer Höchstzahl nicht geboten. Für die Festlegung einer Höchstzahl spricht aber die Formulierung des Abs 7 ("mehr Teilnahmeanträge als die vom AG festgelegte Anzahl") u der Zweck der ersten Stufe: Der Wettbewerb zw Unternehmern um die Aufforderung zur Angebotsabgabe. Dies ist auch der Sinn der – ges zwingend festzulegenden – Auswahlkriterien. Auswahlkriterien ohne Festlegung einer Höchstzahl an einzuladenden Bewerbern sind sinnlos, weil kein Wettbewerb entstehen kann, weil es ja nichts zu gewinnen gibt: Jeder würde eingeladen werden. Würde der AG alle Bewerber einladen, würde er im Ergebnis ein offenes Verfahren durchführen. Diesen Grundsätzen – u damit der objektiven Nachvollziehbarkeit der Auswahl im Fall einer Nachprüfung – ist daher am besten gedient, wenn der AG entweder erstens eine fixe Anzahl an einzuladenden Bewerbern (zB es werden exakt fünf Bewerber eingeladen) oder zweitens eine Marge festlegt, also festlegt, dass er zB zw mind fünf u maximal zehn Bewerbern auswählen wird. Mangels ges Regelung hat der AG die freie Wahl zw diesen beiden Möglichkeiten. Die fixe Anzahl oder Marge ist gem Abs 6 bereits in der Bek anzugeben (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 103 Rz 30). Nach dem Gesetzeswortlaut des Absatz 6, ist die Festlegung einer Höchstzahl nicht geboten. Für die Festlegung einer Höchstzahl spricht aber die Formulierung des Absatz 7, ("mehr Teilnahmeanträge als die vom AG festgelegte Anzahl") u der Zweck der ersten Stufe: Der Wettbewerb zw Unternehmern um die Aufforderung zur Angebotsabgabe. Dies ist auch der Sinn der – ges zwingend festzulegenden –

Auswahlkriterien. Auswahlkriterien ohne Festlegung einer Höchstzahl an einzuladenden Bewerbern sind sinnlos, weil kein Wettbewerb entstehen kann, weil es ja nichts zu gewinnen gibt: Jeder würde eingeladen werden. Würde der AG alle Bewerber einladen, würde er im Ergebnis ein offenes Verfahren durchführen. Diesen Grundsätzen – u damit der objektiven Nachvollziehbarkeit der Auswahl im Fall einer Nachprüfung – ist daher am besten gedient, wenn der AG entweder erstens eine fixe Anzahl an einzuladenden Bewerbern (zB es werden exakt fünf Bewerber eingeladen) oder zweitens eine Marge festlegt, also festlegt, dass er zB zw mind fünf u maximal zehn Bewerbern auswählen wird. Mangels ges Regelung hat der AG die freie Wahl zw diesen beiden Möglichkeiten. Die fixe Anzahl oder Marge ist gem Absatz 6, bereits in der Bek anzugeben (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 103, Rz 30)

Der AG hat nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte u unternehmerbezogene Auswahlkriterien festzulegen, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird u die Auswahl der besten Bewerber erfolgt (s die Legaldefinition der Auswahlkriterien in § 2 Z 20 lit a). Der AG hat die festgelegte Anzahl der einzuladenden Unternehmer u die Auswahlkriterien in der Bek bekannt zu machen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 103 Rz 32 f). Der AG hat nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte u unternehmerbezogene Auswahlkriterien festzulegen, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird u die Auswahl der besten Bewerber erfolgt (s die Legaldefinition der Auswahlkriterien in Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a,). Der AG hat die festgelegte Anzahl der einzuladenden Unternehmer u die Auswahlkriterien in der Bek bekannt zu machen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 103, Rz 32 f).

Das gegenständliche Vergabeverfahren soll als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werden (vgl. Sachverhaltsfeststellungen). Der Auftraggeber hat sich gemäß §§ 25 und 27 BVergG somit für das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung entschieden. Demzufolge dieser auch zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere des § 103 BVergG) verpflichtet ist. Das gegenständliche Vergabeverfahren soll als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werden (vgl. Sachverhaltsfeststellungen). Der Auftraggeber hat sich gemäß Paragraphen 25 und 27 BVergG somit für das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung entschieden. Demzufolge dieser auch zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere des Paragraph 103, BVergG) verpflichtet ist.

Weder in der Bekanntmachung noch in den Teilnahmebedingungen haben die Auftraggeber die geforderte (Mindest- bzw. Höchst)Anzahl an aufzufordernden Unternehmer festgelegt. Ebenso fehlen die – nach Öhler/Schramm zwingend festzulegenden – Auswahlkriterien. Punkt 4.2, Rz 18, der Teilnahmebedingungen sieht vielmehr vor, die als geeignet ermittelten Bewerber (somit offenkundig alle) zur Angebotsgabe einzuladen. Diese Annahme bestätigen die Auftraggeber auch in ihrer Stellungnahme vom 3. März 2009 ("Zulassung sämtlich geeigneter Bieter"), womit sie aber im Ergebnis ein offenes Verfahren nach § 25 Abs 2 BVergG durchführen. Weder in der Bekanntmachung noch in den Teilnahmebedingungen haben die Auftraggeber die geforderte (Mindest- bzw. Höchst)Anzahl an aufzufordernden Unternehmer festgelegt. Ebenso fehlen die – nach Öhler/Schramm zwingend festzulegenden – Auswahlkriterien. Punkt 4.2, Rz 18, der Teilnahmebedingungen sieht vielmehr vor, die als geeignet ermittelten Bewerber (somit offenkundig alle) zur Angebotsgabe einzuladen. Diese Annahme bestätigen die Auftraggeber auch in ihrer Stellungnahme vom 3. März 2009 ("Zulassung sämtlich geeigneter Bieter"), womit sie aber im Ergebnis ein offenes Verfahren nach Paragraph 25, Absatz 2, BVergG durchführen.

Diese Vorgehensweise widerspricht bereits der Definition des § 25 Abs 3 BVergG. Der wesentliche Unterschied zum offenen Verfahren gemäß Abs 2 leg.cit. besteht gerade in der beschränkten Einladung zur Angebotsabgabe. Fordern die Auftraggeber jedoch – wie gegenständlich in Aussicht genommen – sämtliche geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe auf, handelt es sich per definitionem nicht mehr um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 3 BVergG. Diese Vorgehensweise widerspricht bereits der Definition des Paragraph 25, Absatz 3, BVergG. Der wesentliche Unterschied zum offenen Verfahren gemäß Absatz 2, leg.cit. besteht gerade in der beschränkten Einladung zur Angebotsabgabe. Fordern die Auftraggeber jedoch – wie gegenständlich in Aussicht genommen – sämtliche geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe auf, handelt es sich per definitionem nicht mehr um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG.

Die Entscheidung der Auftraggeber, sämtliche geeignete Bewerber zur Angebotslegung einzuladen, erweist sich somit als rechtswidrig und iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, da bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen für das nicht offene Verfahren gemäß § 25 Abs 3 BVergG (insbesondere bei Festlegung von Auswahlkriterien) ein anderer Verfahrensausgang jedenfalls denkmöglich erscheint. Demzufolge war

auch die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Da sich bereits der erste behauptete Vergabeverstoß der Antragstellerin ("rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens") als zutreffend erwies, war auf das übrige Vorbringen mangels Wesentlichkeit iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG nicht mehr einzugehen (vgl. auch den Grundsatz der Verfahrensökonomie iSd § 39 Abs 2 AVG). Die Entscheidung der Auftraggeber, sämtliche geeignete Bewerber zur Angebotslegung einzuladen, erweist sich somit als rechtswidrig und iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auch wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, da bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen für das nicht offene Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG (insbesondere bei Festlegung von Auswahlkriterien) ein anderer Verfahrensausgang jedenfalls denkmöglich erscheint. Demzufolge war auch die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Da sich bereits der erste behauptete Vergabeverstoß der Antragstellerin ("rechtswidrige Gestaltung des gewählten Verfahrens") als zutreffend erwies, war auf das übrige Vorbringen mangels Wesentlichkeit iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nicht mehr einzugehen vergleiche auch den Grundsatz der Verfahrensökonomie iSd Paragraph 39, Absatz 2, AVG).

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 316 Abs 2 Z 3 BVergG abgesehen werden, zumal keine Ermittlungen durchgeführt werden mussten und es sich ausschließlich um Rechtsfragen "geringer Schwierigkeit" handelte (dazu RV 1171 BlgNR 22. GP 135). Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG abgesehen werden, zumal keine Ermittlungen durchgeführt werden mussten und es sich ausschließlich um Rechtsfragen "geringer Schwierigkeit" handelte (dazu Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 135).

Zu Spruch Punkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruch Punkt 1 dieses Bescheides ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. Februar 2009, N/0008-BVA/12/2008-EV4, stattgegeben wurde, war auch gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben. Wie sich aus Spruch Punkt 1 dieses Bescheides ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. Februar 2009, N/0008-BVA/12/2008-EV4, stattgegeben wurde, war auch gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben.

Schlagworte

Antragslegitimation, Interesse, Schaden, Wahl der Verfahrensart, offenes und nicht offenes Verfahren, Bekanntmachung, Teilnehmerzahl, Auswahlkriterien;

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