

TE Verg Bescheid 2008/12/9 N/0159-BVA/09/2008-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.12.2008

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 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 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idFBGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Inhaltliche und fachliche Betreuung des Österreichischen Umweltzeichens sowie des EU Ecolabels" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenbastei 5, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X***, vom 2. Dezember 2008, wie folgt entschieden: 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 die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Inhaltliche und fachliche Betreuung des Österreichischen Umweltzeichens sowie des EU

Ecolabels" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenbastei 5, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X***, vom 2. Dezember 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren 'Inhaltliche und fachliche Betreuung des Österreichischen Umweltzeichens sowie des EU Ecolabels' untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Inhaltliche und fachliche Betreuung des Österreichischen Umweltzeichens sowie des EU Ecolabels" den Zuschlag zu erteilen.

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 Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Inhaltliche und fachliche Betreuung des Österreichischen Umweltzeichens sowie des EU Ecolabels" als Verhandlungsverfahren des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), dieser vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenbastei 5, 1010 Wien, erfolgte am 16.8.2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 158-214109. Laut Bekanntmachung handelt es sich um die Vergabe einer Dienstleistung, Dienstleistungskategorie Nr. 11, CPV-Code 74000000 und 73000000 mit einem geschätzten Auftragswert (ohne Ust) von Euro 2.000.000,-. Die Vertragslaufzeit bzw. der Beginn und das Ende der Auftragsausführung sind angegeben mit 1.1.2009 bis 31.12.2013. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Mit Schreiben vom 17.11.2008, zugestellt per e-mail am 18.11.2008, teilte der Auftraggeber den im Verfahren verbliebenen Bietern mit, es sei beabsichtigt, "den Zuschlag an den B*** zu erteilen, der nach Bewertung der entsprechenden Zuschlagskriterien als Bestbieter aus der Ausschreibung hervorgeht".

Mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2008, brachte die Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie einen Eventualantrag gerichtet auf die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie auf die Untersagung der Zuschlagserteilung ein. Weiters begehrte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigerklärung von 1. der Zuschlagsentscheidung, 2. der Entscheidung den B*** zur Angebotsabgabe aufzufordern, 3. der Entscheidung, den B*** zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zuzulassen, sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, sie bekämpfe die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung zugunsten des B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) vom 17.11.2008, der der Antragstellerin zugegangen am 18.11.2008, sowie die gesondert anfechtbare und an den präsumtiven Zuschlagsempfänger gerichtete Aufforderung zur Angebotsabgabe und die mit diesen Entscheidungen verbundene, nicht gesondert anfechtbare Entscheidung über die Zulassung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zum Verhandlungsverfahren.

Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wäre der 12.9.2008 festgesetzt worden. Auftragsgegenstand seien die Richtlinienerstellung und -überarbeitung, die Erarbeitung fachlicher Stellungnahmen zu den Eco-Label - Kriterienvorschlägen, die Fachinformation für Betriebe, die Marktbeobachtung und -kontrolle, die fachliche Vorbereitung der Sitzungen des Umweltzeichen-Beirats, die Betreuung der Prüfstellen und Prüfer (Prüferpool) sowie allgemeine Informationstätigkeiten.

In der ersten Verfahrensstufe seien die Bewerber einer Prüfung im Hinblick auf deren Befugnis, Zuverlässigkeit, wirtschaftliche und finanzielle sowie technische Leistungsfähigkeit unterzogen worden. Nach Durchführung dieser 1. Stufe seien den ausgewählten geeigneten Bewerbern Ausschreibungsunterlagen zur Erstellung eines Angebotes übermittelt worden. Verhandlungen über den gesamten Angebotsinhalt würden schließlich mit jenen Bietern

durchgeführt, deren eingelangte Angebote gültig und nicht auszuschneiden seien.

Punkt 4 der Teilnahmeunterlagen enthalte nähere Angaben über die Prüfung der Eignung sowie die Auswahl der Bewerber. Darin werde darauf hingewiesen, dass die Eignungskriterien "[...] jedenfalls erfüllt werden [müssen]". Zur Befugnis sei festgelegt: "Der Bewerber muss nach den maßgeblichen Rechtsvorschriften die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Berechtigung oder Mitgliedschaft einer bestimmten Organisation besitzen. Nachzuweisen ist, dass der Bewerber über die erforderliche Befugnis verfügt. Für in Österreich ansässige Unternehmen ist grundsätzlich die Vorlage einer entsprechenden Gewerbebefugnis und die Erklärung, dass diese Befugnis auch aufrecht ist bzw. ein entsprechender Auszug aus dem Gewerberegister erforderlich. [...] Gemeinnützige Organisationen können für Tätigkeiten, die im Rahmen des gegenständlichen Auftrages vorgesehen sind und nicht einer Reglementierung durch das Gewerberecht (oder ein sonstiges Berufsrecht) unterliegen, ihre Befugnis (im Sinne der Bundesabgabenordnung) durch Vorlage einer Bestätigung der Gemeinnützigkeit durch das zuständige Finanzamt nachweisen."

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag gelegt und sei vom Auftraggeber zur Angebotslegung eingeladen worden. Ende der Angebotsfrist sei der 20.10.2008 gewesen. Als Zuschlagskriterien seien der Preis (gewichtet mit 15 %), der Umfang der angebotenen Leistung (gewichtet mit 45 %) sowie die Qualität der angebotenen Leistung (gewichtet mit 40 %) angegeben gewesen.

Zum Bewertungsschema für die Zuschlagserteilung sei in Pkt. 3.3 der Ausschreibung, Zuschlagskriterium "Preis" festgelegt, dass jenes Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis in diesem Kriterium die höchstmögliche Punkteanzahl von 100 Punkten erhalte. Eine nähere Konkretisierung der beiden anderen Zuschlagskriterien sei nicht erfolgt.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt. Nach Einladung zur Präsentation habe sie dieses am 27.10.2008 vorgestellt. Verhandlungen habe der Auftraggeber jedoch nicht mit der Antragstellerin geführt und sie sei auch nicht zur Abgabe eines letztgültigen Angebots aufgefordert worden.

Nachdem der Auftraggeber in der, der Antragstellerin am 18.11.2008 zugegangenen Zuschlagsentscheidung, lediglich begründend ausgeführt habe, dass "vor allem der größere Umfang der gebotenen Leistungen" entscheidend gewesen sei, habe der Auftraggeber auf Nachfrage mit E-Mail vom 19.11.2008 erneut mitgeteilt, dass der Hauptgrund für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin der geringe Umfang der angebotenen Leistungen gewesen sei. Dieser sei mit 45 % zu bewerten gewesen und falle neben der Qualität mit 40% besonders ins Gewicht. Das erfolgreiche Angebot weise einen wesentlich größeren Leistungsumfang auf, als jenes der Antragstellerin. Diesem Schreiben sei der Bewertungskatalog angeschlossen gewesen, wonach das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers insgesamt 68 Punkte, jenes der Antragstellerin insgesamt 58 Punkte erhalten habe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bezeichne sich auf seiner Homepage als österreichische gemeinnützige NonProfit-Organisation mit dem Ziel der Konsumenteninformation. Eine Abfrage des zentralen Vereinsregisters habe ergeben, dass er als Verein eingetragen sei. Laut § 4 der Statuten seien ordentliche Mitglieder die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, die Wirtschaftskammer Österreich, der Österreichische Gewerkschaftsbund und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreich. Außerordentliches Mitglied sei der Bund. Die zur Erreichung des Vereinszweckes erforderlichen Geldmittel würden durch Mitgliedsbeiträge, Förderungen durch die ordentlichen Mitglieder und das außerordentliche Mitglied Bund, Erlöse aus eigenen Tätigkeiten, Einkünfte aus Vermögen sowie sonstige Zuwendungen aufgebracht. Der präsumtive Zuschlagsempfänger bezeichne sich auf seiner Homepage als österreichische gemeinnützige NonProfit-Organisation mit dem Ziel der Konsumenteninformation. Eine Abfrage des zentralen Vereinsregisters habe ergeben, dass er als Verein eingetragen sei. Laut Paragraph 4, der Statuten seien ordentliche Mitglieder die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, die Wirtschaftskammer Österreich, der Österreichische Gewerkschaftsbund und die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreich. Außerordentliches Mitglied sei der Bund. Die zur Erreichung des Vereinszweckes erforderlichen Geldmittel würden durch Mitgliedsbeiträge, Förderungen durch die ordentlichen Mitglieder und das außerordentliche Mitglied Bund, Erlöse aus eigenen Tätigkeiten, Einkünfte aus Vermögen sowie sonstige Zuwendungen aufgebracht.

Eine Abfrage des zentralen Gewerberegisters vom 1.12.2008 habe ergeben, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger über keinerlei Gewerbeberechtigung verfüge.

Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei fristgerecht erfolgt. Da die Antragstellerin erstmals mit der

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 17.11.2008 (eingegangen am 18.11.2008) Kenntnis davon erlangt habe, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zugelassen worden sei, habe sie die Entscheidung über dessen Zulassung zum Verhandlungsverfahren und die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu keinem früheren Zeitpunkt bekämpfen können.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf

- -Strichaufzählung
Durchführung eines fairen, transparenten, dem lauterem Wettbewerb und dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens;
- -Strichaufzählung
Nicht-Zulassung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren;
- -Strichaufzählung
Nicht-Aufforderung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Angebotsabgabe;
- -Strichaufzählung
Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers;
- -Strichaufzählung
Vergabe des Auftrags an befugte Unternehmer;
- -Strichaufzählung
Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen wie insbesondere die Nicht-Überschreitung des vorgegebenen Kostenrahmens;
- -Strichaufzählung
eine zur ihren Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit nachfolgender Zuschlagserteilung;
- -Strichaufzählung
vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung;
- -Strichaufzählung
Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Bieter, sowie
- -Strichaufzählung
ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens;

verletzt.

Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise sei das nunmehr für die Zuschlagserteilung vorgesehene Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden und der Auftraggeber hätte das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung vorsehen müssen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers drohe der Antragstellerin ein unwiederbringlicher Schaden für Gewinnentgang in Höhe von zumindest Euro 166.000,-- und für frustrierten Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 10.000,--.

Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise sei das nunmehr für die Zuschlagserteilung vorgesehene Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden und der Auftraggeber hätte das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung vorsehen müssen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers drohe der Antragstellerin ein unwiederbringlicher Schaden für Gewinnentgang in Höhe von zumindest Euro 166.000,-- und für frustrierten Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 10.000,--.

Die Antragstellerin erfülle die vorgegebenen Eignungskriterien. Das besondere Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich auch daraus, dass die Antragstellerin auf die Erbringung von Beratungsleistungen - wie den gegenständlichen - spezialisiert sei. Sie beabsichtige auch in Hinkunft an öffentlichen Ausschreibungen teilzunehmen. Bei Nichterhalt des Auftrages würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Die Antragstellerin habe durch Legung eines Teilnahmeantrages und die darauf folgende Legung eines Angebotes ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt. Das Interesse manifestiere sich auch in der Bekämpfung der rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers.

Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt zur Auffassung gelangen sollte, dass eine ordnungsgemäße und nachvollziehbare Bestbieterermittlung auf Grundlage der in der Ausschreibung angegebenen Zuschlagskriterien nicht möglich sei, sei die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. In diesem Fall bestünde der Schaden der Antragstellerin darin, an der neuen Ausschreibung aufgrund der beabsichtigten Zuschlagserteilung an den präsumtiven

Zuschlagsempfänger nicht teilnehmen zu können (eine neuerliche Ausschreibung würde diesfalls gar nicht stattfinden) und somit ebenfalls im Entgang des mit der Auftragserteilung an sie verbundenen Gewinnes sowie den Verlust eines Referenzprojektes bestehen.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung

Bei rechtskonformer Vorgehensweise habe der Auftraggeber das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers infolge fehlender Befugnis auszuschneiden. Ein Bieter habe seine Eignung durch die Vorlage einer entsprechenden Gewerbebefugnis nachzuweisen. Bei gegenständlichen Dienstleistungen handle es sich um Beratungsleistungen, die der Gewerbeordnung unterliegen.

Vereine seien als juristische Person iSd § 9 Abs 1 GewO gewerberechtlichsfähig. Somit sei ein Verein keineswegs "nur deshalb, weil er ein Verein sei, vom Gewerbe recht eximiert". Die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeiten von Tätigkeiten, die von Vereinen entfaltet werde, seien seit der Novelle BGBl Nr. 10/1991 zur GewO nicht mehr auf deren statutenmäßigen Wirkungsbereich beschränkt. Vielmehr seien hiefür die diesbezüglichen Bestimmungen der GewO 1994 idGF maßgeblich. Übe ein Verein ein Gewerbe iSd GeWO aus, so benötige er für diese Tätigkeit somit eine Gewerbeberechtigung. Vereine seien als juristische Person iSd Paragraph 9, Absatz eins, GewO gewerberechtlichsfähig. Somit sei ein Verein keineswegs "nur deshalb, weil er ein Verein sei, vom Gewerbe recht eximiert". Die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeiten von Tätigkeiten, die von Vereinen entfaltet werde, seien seit der Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1991, zur GewO nicht mehr auf deren statutenmäßigen Wirkungsbereich beschränkt. Vielmehr seien hiefür die diesbezüglichen Bestimmungen der GewO 1994 idGF maßgeblich. Übe ein Verein ein Gewerbe iSd GeWO aus, so benötige er für diese Tätigkeit somit eine Gewerbeberechtigung.

Die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit eines Vereins sei somit auf Grund der Bestimmungen der Gewerbeordnung zu beurteilen. Es komme dabei nicht auf die Gesamtgebarung des Vereins, sondern nur auf den jeweiligen Teilbereich an. Für die gewerbsmäßige Ausübung einer Tätigkeit sehe § 1 Abs 2 GewO als Tatbestandsmerkmale wie folgt vor: Selbständigkeit, Regelmäßigkeit sowie die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt sei. Unstrittig sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger seine Tätigkeiten selbständig und regelmäßig ausübe. Unter Ertrag bzw sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen sei jede wirtschaftliche Wirkung, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinns, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte zu verstehen. Es sei entscheidend, ob die Vereinstätigkeit, in deren Rahmen Einkünfte erzielt würden, in der Absicht betrieben würden, einen den mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen. Folgende Elemente würden nach der Rechtssprechung des VwGH die Gewerbsmäßigkeit indizieren: Die Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit eines Vereins sei somit auf Grund der Bestimmungen der Gewerbeordnung zu beurteilen. Es komme dabei nicht auf die Gesamtgebarung des Vereins, sondern nur auf den jeweiligen Teilbereich an. Für die gewerbsmäßige Ausübung einer Tätigkeit sehe Paragraph eins, Absatz 2, GewO als Tatbestandsmerkmale wie folgt vor: Selbständigkeit, Regelmäßigkeit sowie die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welchen Zweck dieser bestimmt sei. Unstrittig sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger seine Tätigkeiten selbständig und regelmäßig ausübe. Unter Ertrag bzw sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen sei jede wirtschaftliche Wirkung, namentlich die Erzielung eines geldlichen Gewinns, aber auch sonstige den Geschäftszielen dienliche positive Effekte zu verstehen. Es sei entscheidend, ob die Vereinstätigkeit, in deren Rahmen Einkünfte erzielt würden, in der Absicht betrieben würden, einen den mit dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehenden Aufwand übersteigenden Ertrag zu erzielen. Folgende Elemente würden nach der Rechtssprechung des VwGH die Gewerbsmäßigkeit indizieren:

- -Strichaufzählung

Die Verrechnung von Preisen in der Höhe wie in vergleichbaren Gewerbebetrieben und das Erzielen von Überschüssen lassen auf eine für den Verein bestehende Absicht schließen, die Einnahmeerzielung nicht auf die Deckung der mit der betreffenden, entgeltlich vorgenommenen Vereinstätigkeit zusammenhängenden Unkosten zu beschränken, sondern einen darüber hinausgehenden Ertrag herbeizuführen.

- -Strichaufzählung

Die Absicht eines Vereins, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn Fixpreise verrechnet werden und die hierbei erzielten Einnahmen dazu verwendet würden, um den Vereinsbetrieb aufrechtzuerhalten, weil damit die Einnahmen auch zur zumindest teilweisen Deckung der Ausgaben anderer Bereiche der Vereinstätigkeiten dienen. Daher ist das betreffende Tatbestandsmerkmal des § 1

Abs 2 GewO unabhängig von der Frage eines Zufließens oder der Ermöglichung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder erfüllt. Die Absicht eines Vereins, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn Fixpreise verrechnet werden und die hierbei erzielten Einnahmen dazu verwendet würden, um den Vereinsbetrieb aufrechtzuerhalten, weil damit die Einnahmen auch zur zumindest teilweisen Deckung der Ausgaben anderer Bereiche der Vereinstätigkeiten dienen. Daher ist das betreffende Tatbestandsmerkmal des Paragraph eins, Absatz 2, GewO unabhängig von der Frage eines Zufließens oder der Ermöglichung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder erfüllt.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe die von der Ausschreibung umfassten und der Gewerbeordnung unterliegenden Tätigkeiten zu Preisen angeboten, die der Höhe nach auch von anderen gewerblichen Beratern eingefordert würden. Die Angebotssumme des Angebots des präsuntiven Zuschlagsempfängers belaufe sich laut Angebotsbewertungsprotokoll auf Euro 1.999.536,00 (exkl. USt.), der Angebotspreis der Antragstellerin belaufe sich auf Euro 1.998.481,80 (inkl. USt). Vergleiche man die Nettopreise, zeige sich, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger zu einem deutlich höheren Preis als die Antragstellerin anbiete, welche ihrerseits mit einen angemessenen Gewinn aus der Beratungstätigkeit rechne. Somit sei anzunehmen, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger durch die Erbringung der gegenständlichen Leistungen - wie auch die Antragstellerin - einen Überschuss erziele oder zumindest einen Teil seiner Kosten decke. Das lasse auf die Absicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers schließen, seine Einnahmenerzielung nicht nur auf die Deckung der mit der gegenständlichen Tätigkeit zusammenhängenden Unkosten zu beschränken, sondern vielmehr einen darüber hinausgehenden Ertrag zu erwirtschaften. Ebenfalls sei davon auszugehen, dass diese Einnahmen zumindest teilweise zur Deckung der Ausgaben anderer Bereiche der Vereinstätigkeit dienen. Das Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs 2 GewO sei somit bereits unabhängig von der Frage eines Zufließens oder der Ermöglichung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder erfüllt. Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe die von der Ausschreibung umfassten und der Gewerbeordnung unterliegenden Tätigkeiten zu Preisen angeboten, die der Höhe nach auch von anderen gewerblichen Beratern eingefordert würden. Die Angebotssumme des Angebots des präsuntiven Zuschlagsempfängers belaufe sich laut Angebotsbewertungsprotokoll auf Euro 1.999.536,00 (exkl. USt.), der Angebotspreis der Antragstellerin belaufe sich auf Euro 1.998.481,80 (inkl. USt). Vergleiche man die Nettopreise, zeige sich, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger zu einem deutlich höheren Preis als die Antragstellerin anbiete, welche ihrerseits mit einen angemessenen Gewinn aus der Beratungstätigkeit rechne. Somit sei anzunehmen, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger durch die Erbringung der gegenständlichen Leistungen - wie auch die Antragstellerin - einen Überschuss erziele oder zumindest einen Teil seiner Kosten decke. Das lasse auf die Absicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers schließen, seine Einnahmenerzielung nicht nur auf die Deckung der mit der gegenständlichen Tätigkeit zusammenhängenden Unkosten zu beschränken, sondern vielmehr einen darüber hinausgehenden Ertrag zu erwirtschaften. Ebenfalls sei davon auszugehen, dass diese Einnahmen zumindest teilweise zur Deckung der Ausgaben anderer Bereiche der Vereinstätigkeit dienen. Das Tatbestandsmerkmal des Paragraph eins, Absatz 2, GewO sei somit bereits unabhängig von der Frage eines Zufließens oder der Ermöglichung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder erfüllt.

Aus dem Tätigkeitsbericht des präsuntiven Zuschlagsempfängers sei ersichtlich, dass dieser nicht nur Gewinnabsicht habe, sondern bei Erbringung seiner Leistungen in den Jahren 2004 bis 2007 auch tatsächlich Gewinne erzielt habe. Für das Jahr 2007 gehe aus dem Tätigkeitsbericht weiters hervor, dass im Bereich "Beratung" Euro 325.204,00, und im Bereich "Recht" Euro 1.235.598,00 an Erlösen erzielt worden seien. Demgegenüber seien im Jahr 2007 im Bereich "Beratung" lediglich Euro 203.342,00 und im Bereich "Recht" Euro 778.469,00 an Kosten angefallen. Daraus ergebe sich, dass in beiden genannten Bereichen tatsächlich Gewinne in beträchtlicher Höhe erzielt worden seien.

Da der präsuntive Zuschlagsempfänger im gegenständlichen Vergabeverfahren Tätigkeiten, die den Gegenstand eines Gewerbes bildend würden, angeboten habe, sei seine Tätigkeit iS von § 1 Abs 4 2. Satz GewO ex lege der Ausübung eines Gewerbes gleichzuhalten. Auch § 1 Abs 6 GewO stehe diesem Ergebnis nicht entgegen, sondern dieser Tatbestand sei bei genauerer Betrachtung ebenfalls erfüllt. Durch die mit der gegenständlichen Leistungserbringung erzielten Einnahmen würden die Gesamteinnahmen des Vereins erhöht, konsequenterweise aber auch die Zuschussverpflichtung der Vereinsmitglieder gesenkt. Daraus ergebe sich jedenfalls ein mittelbarer vermögensrechtlicher Vorteil für die Vereinsmitglieder, insbesondere für den Bund als außerordentliches Mitglied. Der präsuntive Zuschlagsempfänger werde demnach gem. § 1 Abs 6 GewO gewerblich tätig. Jedes andere Ergebnis würde dazu führen, dass die Wahl der Rechtsform (gemeinnütziger Verein) eine Umgehung der Beachtung der

Gewerberechtsvorschriften ermöglichen würde. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger im gegenständlichen Vergabeverfahren Tätigkeiten, die den Gegenstand eines Gewerbes bildend würden, angeboten habe, sei seine Tätigkeit iS von Paragraph eins, Absatz 4, 2. Satz GewO ex lege der Ausübung eines Gewerbes gleichzuhalten. Auch Paragraph eins, Absatz 6, GewO stehe diesem Ergebnis nicht entgegen, sondern dieser Tatbestand sei bei genauerer Betrachtung ebenfalls erfüllt. Durch die mit der gegenständlichen Leistungserbringung erzielten Einnahmen würden die Gesamteinnahmen des Vereins erhöht, konsequenterweise aber auch die Zuschussverpflichtung der Vereinsmitglieder gesenkt. Daraus ergebe sich jedenfalls ein mittelbarer vermögensrechtlicher Vorteil für die Vereinsmitglieder, insbesondere für den Bund als außerordentliches Mitglied. Der präsumtive Zuschlagsempfänger werde demnach gem. Paragraph eins, Absatz 6, GewO gewerblich tätig. Jedes andere Ergebnis würde dazu führen, dass die Wahl der Rechtsform (gemeinnütziger Verein) eine Umgehung der Beachtung der Gewerberechtsvorschriften ermöglichen würde.

Da der präsumtive Zuschlagsempfänger über keine Gewerbeberechtigung verfüge, fehle es ihm an der für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen geforderten Befugnis. Bereits dessen Teilnahmeantrag hätte bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise nicht berücksichtigt werden dürfen. Die an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ergangene Aufforderung zur Angebotsabgabe sei somit rechtswidrig. Das Angebot sei daher nach § 19 Abs 1 BVergG auszuscheiden. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger über keine Gewerbeberechtigung verfüge, fehle es ihm an der für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen geforderten Befugnis. Bereits dessen Teilnahmeantrag hätte bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise nicht berücksichtigt werden dürfen. Die an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ergangene Aufforderung zur Angebotsabgabe sei somit rechtswidrig. Das Angebot sei daher nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG auszuscheiden.

Zur Rechtswidrigkeit der Bestbieterermittlung:

Laut den Ausschreibungsunterlagen erhalte das Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis im Zuschlagskriterium "Preis" die höchstmögliche Punktezahl von 100 Punkten. Gemäß § 2 Z 26 lit a BVergG bestehe der Angebotspreis aus der Summe von Gesamtpreis und Umsatzsteuer. Der Angebotsbewertung im Zuschlagskriterium "Preis" sei somit der Gesamtpreis samt Umsatzsteuer zu Grunde zu legen. Aufgrund seiner Stellung als gemeinnütziger Verein, sei der präsumtive Zuschlagsempfänger von der Umsatzsteuer befreit bzw. zumindest Umsatzsteuer begünstigt. Laut den Ausschreibungsunterlagen erhalte das Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis im Zuschlagskriterium "Preis" die höchstmögliche Punktezahl von 100 Punkten. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 26, Litera a, BVergG bestehe der Angebotspreis aus der Summe von Gesamtpreis und Umsatzsteuer. Der Angebotsbewertung im Zuschlagskriterium "Preis" sei somit der Gesamtpreis samt Umsatzsteuer zu Grunde zu legen. Aufgrund seiner Stellung als gemeinnütziger Verein, sei der präsumtive Zuschlagsempfänger von der Umsatzsteuer befreit bzw. zumindest Umsatzsteuer begünstigt.

Nach § 1 Abs 1 UStG unterlägen Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführe, der Steuerpflicht. Unternehmer sei, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübe. Das Unternehmen umfasse die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich sei jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehle oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig werde. Nach Paragraph eins, Absatz eins, UStG unterlägen Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführe, der Steuerpflicht. Unternehmer sei, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübe. Das Unternehmen umfasse die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich sei jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehle oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig werde.

Für Körperschaften, die gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen, sehe das UStG Sonderregelungen vor. So bestehe für derartige Körperschaften trotz Vorliegens der allgemeinen Merkmale eines Unternehmens die Möglichkeit, ihre Tätigkeit außerhalb des Umsatzsteuerrechts abzuwickeln.

Der Angebotsbewertung werde der angebotene Preis samt Umsatzsteuer zu Grunde gelegt. Die Beurteilung der USt-Pflicht erfolge anhand der sog. "Konkurrenzierungsklausel". Eine Umsatzsteuerbefreiung einer gemeinnützigen Institution gehe demnach dann verloren, wenn die jeweilige Leistung im Wettbewerb erbracht werde und sich aus der

Umsatzsteuerbefreiung ein Wettbewerbsvorteil ergebe. Dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die gegenständlichen Leistungen im Wettbewerb erbringe, ergebe sich bereits aus dem bloßen Umstand, dass er diese Leistungen im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung angeboten habe.

Bei vergaberechtskonformem Vorgehen hätte der Auftraggeber somit bei allen gelegten Angeboten den Preis zzgl. Umsatzsteuer für die Angebotsbewertung heranziehen müssen. Wäre der Auftraggeber seinen eigenen Vorgaben nachgekommen, wäre die Antragstellerin Bestbieterin. Dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den vermeintlichen Vorteil der USt-Befreiung auch dazu nutzen könne, einen größeren Leistungsumfang zum selben Preis anzubieten wie gewerblichen Mitbewerber, sei völlig klar. Eine damit bewirkte zweifache Bevorzugung gemeinnütziger Unternehmen liege auf der Hand. Die Antragstellerin hätte also im Ergebnis den geringen Punkteabstand im Ausmaß von 10 Punkten aufgeholt.

Im Übrigen bleibe offen, warum die Antragstellerin in den Bereichen Qualität und Umfang der angebotenen Leistungen schlechter beurteilt worden sei, als der präsumtive Zuschlagsempfänger, denn der Auftraggeber habe es unterlassen, seine Angebotsbewertung verbal zu begründen. Dies allein mache nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Dass die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlage nicht angefochten habe, vermag die Rechtswidrigkeit der Bestbieterermittlung auf der Grundlage von diskriminierenden Zuschlagskriterien nicht zu beseitigen. Zwar seien die Ausschreibungsunterlagen samt den Zuschlagskriterien bestandfest geworden; allerdings sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung bereits auf Grund der objektiv nicht nachvollziehbaren bzw. überprüfbaren Bewertung der Angebote für nichtig zu erklären.

Überschreiten des Kostenrahmens durch den B***

Gemäß Punkt 3.3. der Ausschreibung stehe dem Auftraggeber ein Kostenrahmen von höchstens Euro 2 Mio. inkl. Umsatzsteuer zur Verfügung. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe einen knapp unter Euro 2 Mio. liegenden Betrag als Gesamtpreis unter der Prämisse angeboten, dass er nicht der Umsatzsteuer unterliege. Dies sei jedoch - wie dargestellt - unzutreffend. Der präsumtive Zuschlagsempfänger erbringe die gegenständlichen Leistungen im Wettbewerb und könne daher für diese Tätigkeit die Umsatzsteuerbefreiung nicht in Anspruch nehmen. Daher lege der präsumtive Zuschlagsempfänger unter Berücksichtigung der 20 % Umsatzsteuer ein Angebot zu einem Preis, der die Vorgaben der Ausschreibung zum Kostenrahmen um ca. 20 % übersteige. Ein solches Angebot sei nicht ausschreibungskonform und wäre auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Weiters erhob die Antragstellerin ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen im Provisorialverfahren und brachte zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insbesondere vor, dass der Auftraggeber nach Ablauf der Stillhaltefrist die Möglichkeit habe, den Zuschlag zu erteilen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende, unumkehrbare Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung (ex post) und eine allenfalls zustehende Schadenersatzforderung würden die Chancen, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Den Interessen der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidungen stünden keine schwerer wiegenden, möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter und des Auftraggeber sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse entgegen. Auch sei ein besonderes öffentliches Interesse an einer sofortigen Auftragsvergabe nicht ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2008 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Demnach befinde sich das verfahrensgegenständliche Verhandlungsverfahren nach abgeschlossener Bestbieterermittlung. Die Zuschlagsentscheidung sei am 18.11.2008 erfolgt. Ein Zuschlag sei weder erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber an, dass die fachliche und inhaltliche Arbeit zu Österreichischen Umweltzeichen und zum EU-Ecolabel kontinuierlich zu erfolgen habe. Es sei jedenfalls sicherzustellen, dass die mit 1.1.2009 diesbezügliche vertragliche Vereinbarung in Kraft trete. Dabei beziehe sich das öffentliche Interesse insbesondere auf die Weiterführung der laufenden Arbeiten zur Erstellung neuer Umweltzeichen-Richtlinien und zur Überarbeitung bestehender Richtlinien. Gemäß ihrer Satzung seien bestehende Umweltrichtlinien verpflichtend zyklisch zu überarbeiten und dem Stand der Technik sowie den aktuellen rechtlichen Bestimmungen anzupassen. Die Arbeiten zur Marktkontrolle und die aktuelle Führung des Prüferpools seien ohne Unterbrechung fortzusetzen, um eine laufende Kontrolle der Umweltzeichen-Produkte und eine einheitliche Prüftätigkeit

sicherzustellen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass nicht konforme Produkte und Dienstleistungen mit dem österreichischen Umweltzeichen und dem EU-Ecolabel gekennzeichnet würden, somit die Gefahr eines Schadens für die Konsumenten und Konsumentinnen.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Wie sich aus den dem Bundesvergabeamt im Rahmen des Provisorialverfahrens vorliegenden Unterlagen in Zusammenschau mit dem Schriftsatz des Auftraggebers vom 4.12.2008 ergibt, handelt es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um eine Dienstleistung im Oberschwellenbereich, welche in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 5 BVergG an den Bestbieter vergeben werden soll. Mit Schreiben vom 17.11.2008, eingelangt per e-mail bei der Antragstellerin am 18.11.2008, teilte der Auftraggeber mit, dass "beabsichtigt ist, den Zuschlag an den B*** zu erteilen". Die Zuschlagserteilung ist bislang nicht erfolgt; das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. Wie sich aus den dem Bundesvergabeamt im Rahmen des Provisorialverfahrens vorliegenden Unterlagen in Zusammenschau mit dem Schriftsatz des Auftraggebers vom 4.12.2008 ergibt, handelt es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um eine Dienstleistung im Oberschwellenbereich, welche in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG an den Bestbieter vergeben werden soll. Mit Schreiben vom 17.11.2008, eingelangt per e-mail bei der Antragstellerin am 18.11.2008, teilte der Auftraggeber mit, dass "beabsichtigt ist, den Zuschlag an den B*** zu erteilen". Die Zuschlagserteilung ist bislang nicht erfolgt; das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario gemäß § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. auch BVA 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 10.4.2006, N/0017-BVA/04/2006-EV9; 12.4.2006, N/0021-BVA/14/2006-EV8). Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig und das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vergleiche auch BVA 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 10.4.2006, N/0017-BVA/04/2006-EV9; 12.4.2006, N/0021-BVA/14/2006-EV8). Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig und das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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 des Auftraggebers beabsichtigt ist, den "Zuschlag" auf das Angebot des B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevanten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den "Zuschlag" 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 befristete Untersagung der Erteilung des Zuschlages abgewendet werden. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den "Zuschlag" auf das Angebot des B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevanten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den "Zuschlag" 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 befristete Untersagung der Erteilung des Zuschlages abgewendet werden. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Zum Vorbringen des Auftraggebers die fachliche und inhaltliche Arbeit zu Österreichischen Umweltzeichen und zum EU-Ecolabel habe kontinuierlich zu erfolgen, und ein in Kraft Treten der diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarung sei jedenfalls bis 1.1.2009 sicherzustellen, ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Da es sich,

wie der Auftraggeber ausdrücklich selbst darlegt, bei den gegenständlichen Arbeiten an bestehenden Umweltrichtlinien um verpflichtend "zyklisch", also regelmäßig wiederkehrende gemäß deren Satzung handelt, wäre die gegenständliche Beschaffung für den Auftraggeber durchaus voraussehbar und somit zeitlich entsprechend planbar gewesen. Andernfalls hätte es ein Auftraggeber in der Hand, durch sein spätes Handeln und die damit dementsprechend ebenfalls späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz zu umgehen. Zum Vorbringen des Auftraggebers die fachliche und inhaltliche Arbeit zu Österreichischen Umweltzeichen und zum EU-Ecolabel habe kontinuierlich zu erfolgen, und ein in Kraft Treten der diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarung sei jedenfalls bis 1.1.2009 sicherzustellen, ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Da es sich, wie der Auftraggeber ausdrücklich selbst darlegt, bei den gegenständlichen Arbeiten an bestehenden Umweltrichtlinien um verpflichtend "zyklisch", also regelmäßig wiederkehrende gemäß deren Satzung handelt, wäre die gegenständliche Beschaffung für den Auftraggeber durchaus voraussehbar und somit zeitlich entsprechend planbar gewesen. Andernfalls hätte es ein Auftraggeber in der Hand, durch sein spätes Handeln und die damit dementsprechend ebenfalls späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz zu umgehen.

Bei den Ausführungen des Auftraggebers, dass nur bei einer unterbrechungslosen Fortsetzung der Arbeiten die laufende Kontrolle der Umweltzeichen-Produkte und eine einheitliche Prüftätigkeit sichergestellt werden könnte, andernfalls die Gefahr eines Schadens für die Konsumenten und Konsumentinnen durch Kennzeichnung mit dem österreichischen Umweltzeichen und dem EU-Ecolabel von nicht konformen Produkten und Dienstleistungen bestünde, handelt es sich im Wesentlichen um eine pauschale Darlegung, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, eine konkrete Gefährdung gesundheitlicher oder volkswirtschaftlicher Interessen unter Beweis zu stellen, sodass dieses Argument nicht Grundlage einer Abwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG sein kann (vgl. BVA 16.5.2006, N-0032-BVA/12/2006-EV5; 25.4.2006, N-0025-BVA/04/2006-EV7). Bei den Ausführungen des Auftraggebers, dass nur bei einer unterbrechungslosen Fortsetzung der Arbeiten die laufende Kontrolle der Umweltzeichen-Produkte und eine einheitliche Prüftätigkeit sichergestellt werden könnte, andernfalls die Gefahr eines Schadens für die Konsumenten und Konsumentinnen durch Kennzeichnung mit dem österreichischen Umweltzeichen und dem EU-Ecolabel von nicht konformen Produkten und Dienstleistungen bestünde, handelt es sich im Wesentlichen um eine pauschale Darlegung, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, eine konkrete Gefährdung gesundheitlicher oder volkswirtschaftlicher Interessen unter Beweis zu stellen, sodass dieses Argument nicht Grundlage einer Abwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sein kann vergleiche BVA 16.5.2006, N-0032-BVA/12/2006-EV5; 25.4.2006, N-0025-BVA/04/2006-EV7).

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.).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem

Vergabeschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

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

Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Auf den eventualiter gestellten Antrag war nicht mehr einzugehen.

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.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung Zuschlagserteilung;

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2009

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