

TE Verg Bescheid 2008/11/18 N/0145-BVA/09/2008-EV14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.11.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idFBGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" (BBG-GZ: 3400.00686), der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H, 9. Universität Innsbruck, 10. Steiermärkische Krankenanstalten GmbH, 11. Stadtschulrat für Wien, 12. Magistrat der Stadt Wels, 13. Gemeindeamt Söll, 14. Marktgemeinde St. Johann in Tirol, 15. Stadtgemeinde Kufstein, 16. Land Salzburg, 17. Land Oberösterreich, 18. Land Steiermark, 19. Landesschulrat für Salzburg, 20. Bundesbeschaffung GmbH, sämtliche

vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11. November 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, (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVerG betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" (BBG-GZ: 3400.00686), der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Bundesrechenzentrum GmbH, 3. Austro Control GmbH, 4. Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), 6. Wiener Krankenanstaltenverbund (Wr-KAV), 7. Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8. Nationalpark Oberösterreichische Kalkalpen Ges.m.b.H., 9. Universität Innsbruck, 10. Steiermärkische Krankenanstalten GmbH, 11. Stadtschulrat für Wien, 12. Magistrat der Stadt Wels, 13. Gemeindeamt Söll, 14. Marktgemeinde St. Johann in Tirol, 15. Stadtgemeinde Kufstein, 16. Land Salzburg, 17. Land Oberösterreich, 18. Land Steiermark, 19. Landesschulrat für Salzburg, 20. Bundesbeschaffung GmbH, sämtliche vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11. November 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Dem Auftraggeber wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 den Zuschlag dem Angebot von B*** zu erteilen", wird stattgegeben.

Den Auftraggebern, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Druckern und Multifunktionsgeräten 2008" hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 den Zuschlag dem Angebot von B*** zu erteilen.

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

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 11. November 2008 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 11. November 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass 20 namentlich genannte Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH als vergebende Stelle, die Lieferung von Drucker- und Multifunktionsgeräten in einem offenen Verfahren ausgeschrieben hätten. Der zu vergebende Auftrag umfasse bis zu 9.600 Stück Drucker und Multifunktionsgeräte sowie Software und Dienstleistungen, Service- und Wartungsleistungen. Der Auftrag sei in neun Losen mit verschiedenen Leistungskategorien ausgeschrieben worden. Ziel des Vergabeverfahrens sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los über die Lieferung von Druckern und Multifunktionsgeräten sowie die dafür benötigte Software und die damit verbundene Erbringung von branchenüblichen Dienstleistungen und Garantien.

Die Angebote seien bis 3. Juni 2008 bei der vergebenden Stelle abzugeben gewesen. Die Antragstellerin habe sich am Verfahren beteiligt und fristgerecht ein Teilangebot für die Lose 5, 6 und 7 abgegeben.

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

Im Leistungsverzeichnis (LV) seien für die Lose 5, 6 und 7 folgende "KO-Kriterien" für die Drucker festgelegt gewesen:

"Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6?" (siehe Leistungsverzeichnis der Ausschreibung in Los 5, K1, Pos 30; in Los 5, K2, Pos 104; in Los 6, Pos 177, in Los 7, K1, Pos 259 und Los 7, K2, Pos 348)

Diese Frage habe die Antragstellerin in ihrem LV jeweils mit "Ja" beantwortet.

Mit Schreiben der BBG vom 19. August 2008 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass "gemäß dem Datenblatt" eine Emulation von PCL 6 angegeben worden sei und in den Unterlagen keine Bestätigung für PCL 5 (e) gefunden worden sei. Die Antragstellerin sei in diesem Schreiben aufgefordert worden, binnen vier Werktagen (bis zum 25. August 2008) Aufklärung zu geben.

Mit Schreiben vom 22. August 2008 sei die Antragstellerin diesem Auftrag nachgekommen und habe klargestellt, dass die angebotenen Druckermodelle von A*** alle über die Druckersprache PCL 6 und PCL 5 (e) verfügen würden, wobei PCL 5 (e) in PCL 6 integriert sei. Diesbezüglich sei auch eine Bestätigung der Europazentrale von A*** in Y*** beigelegt gewesen.

Mit Fax vom 28. Oktober 2008 sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihrer Teilangebote betreffend die Lose 5 bis 7 mitgeteilt worden. Begründend sei angeführt worden, dass geforderte technische Kriterien nicht erfüllt seien. Trotz der erfolgten Aufklärung behaupte der Auftraggeber, dass die angebotenen Drucker nicht über die in der Ausschreibung geforderten Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen würden.

Weiters sei mitgeteilt worden, dass der Zuschlag für die Lose 5, 6 und 7 an die Firma B*** erteilt werden solle. Die Angebotssummen von B*** würden jedoch deutlich über jenen der Antragstellerin liegen. So betrage die Angebotssumme der B*** für Los 5 Euro 506.823,61, für Los 6 Euro 338.225,10 und für Los 7 Euro 356.460,57. Schon daraus sei ersichtlich, dass die Antragstellerin bei vergaberechtskonformer Einbeziehung ihres Angebotes in die Bestbieterermittlung für die Lose 5, 6 und 7 aus dieser als Bestbieterin hervorgegangen wäre.

Aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens ihrer Teilangebote und der drohenden Zuschlagserteilung an B*** würde der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser bestehe einerseits im Verlust der Chance auf Erhalt des Zuschlags und der Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb. Weiters drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Weiters drohe ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojekts.

Bekämpft würden sowohl die Ausscheidens- als auch die Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Insbesondere erachte sie sich in ihrem Recht auf Bewertung und Nichtausscheidung eines chancenreichen Angebots, auf Erteilung des Zuschlags und Teilnahme an einem - mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden - Vergabeverfahrens sowie der Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb, verletzt. Bekämpft würden sowohl die Ausscheidens- als auch die Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Insbesondere erachte sie sich in ihrem Recht auf Bewertung und Nichtausscheidung eines chancenreichen Angebots, auf Erteilung des Zuschlags und Teilnahme an einem - mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden - Vergabeverfahrens sowie der Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb, verletzt.

Rechtswidrigkeit des Ausscheidens:

Die Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin bei den Losen 5, 6 und 7 auszuschneiden, sei rechtswidrig. Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidung damit, dass die angebotenen Drucker nicht über die im LV geforderten Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen würden.

Diese Behauptung sei jedoch falsch. Das vom Auftraggeber festgelegte technische "KO-Kriterium": "Verfügt der Drucker über die Druckersprachen PCL5(e), PCL6?" sei im LV der Ausschreibung abgefragt und von der Antragstellerin mit "Ja" beantwortet worden. Zudem sei von der BBG im Leistungsverzeichnis als Information im Rahmen der Zusatzfragen abgefragt worden: "Welche Druckersprachen unterstützt der Drucker serienmäßig?" Diese Frage sei von der Antragstellerin im LV in Los 5, K1 mit "PCL6, PCL5(e)" und in den anderen Losen mit "PCL6, PCL5(e), Post Script 3, IBM Proprinter XL, Epson FX-850/" beantwortet worden.

Die Antragstellerin habe die Druckermodelle HL-2150N, HL-5250DN, MFC-8860DN und DCP-8065DN angeboten. Diese Druckermodelle würden alle über die Druckersprachen PCL 5 (e) und PCL 6 verfügen. Die Druckersprache PCL 5 (e) sei eine Vorgängerversion der Druckersprache PCL 6 und sei in PCL 6 integriert. Die Druckersprache PCL 6 sei "abwärts kompatibel". In den Druckerbeschreibungen von A***, die dem Angebot beigelegt gewesen seien, werde bei den Druckersprachen nur PCL 6 angegeben, da diese die neueste Version sei und PCL 5 (e) in PCL 6 integriert sei.

Dies sei offenbar auch der Grund gewesen, warum die BBG Aufklärung über die Druckersprachen der angebotenen Modelle verlangt habe. Mit Schreiben vom 22. August 2008 habe die Antragstellerin aufgeklärt, dass ihre Druckermodelle über die geforderten Druckersprachen PCL 6 und PCL 5(e) verfügen würden und habe hiezu ein Schreiben der A*** Europazentrale vorgelegt, in dem dies bestätigt werde. Die angebotenen Drucker würden daher das "KO-Kriterium" betreffend die Druckersprachen erfüllen.

Selbst für den Fall, dass die Integration der Druckersprache PCL 5 (e) in PCL 6 nicht die Anforderungen des "KO-Kriteriums" erfüllen sollte, sei darauf hinzuweisen, dass für sämtliche von der Antragstellerin angebotenen Drucker eigene PCL 5 (e) Treiber auf der Homepage von A*** jederzeit kostenlos zum Download zur Verfügung stünden. Die angebotenen Drucker würden daher auch aus diesem Grund das gegenständliche "KO-Kriterium" erfüllen.

Aufgrund ihrer Marktkennntnisse und Erfahrungen vermute die Antragstellerin, dass der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger für die Lose 5, 6 und 7 Druckermodelle von Samsung (ML-2571N, ML- 2851ND, SCX-4828FN bzw ML-3471ND) angeboten habe. In den offiziellen Benutzerhandbüchern der angeführten Modelle werde immer nur ein PCL 6-Treiber und eine Druckersprache "PCL 6" angegeben. Die Benutzerhandbücher würden jedoch keinen Hinweis auf einen gesonderten PCL 5 (e) - Treiber oder die Druckersprache "PCL 5 (e)" enthalten.

Es sei nicht nachvollziehbar, warum die von der Antragstellerin angebotenen Drucker, für die sogar eigene PCL 5 (e)-Treiber kostenlos zum Download zur Verfügung stünden, ausgeschieden worden seien.

Sollte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zugelassen worden sein, obwohl die von diesem angebotenen Drucker weder PCL 5 (e) noch ein PCL 5 (e)-Treiber aufweisen würden, liege zudem ein klarer Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung iSd § 19 Abs 1 BVergG vor. Sollte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zugelassen worden sein, obwohl die von diesem angebotenen Drucker weder PCL 5 (e) noch ein PCL 5 (e)-Treiber aufweisen würden, liege zudem ein klarer Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG vor.

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Aufgrund der rechtswidrigen Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin seien die Bestbieterermittlung und damit auch die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Die von der Antragstellerin gelegten Angebote für die Lose 5, 6 und 7 seien erheblich günstiger als jene des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers. Bei einer vergaberechtskonformen Berücksichtigung und Bewertung des Angebots der Antragstellerin hätte diese den Zuschlag für die angebotenen Lose erhalten müssen. Auch aus diesem Grunde sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Auftraggeber seien der Bund und Gesellschaften, die im Alleineigentum des Bundes stünden und/oder in dessen Vollziehungsbereich fallen würden, aber auch Länder, Landesbehörden, Gemeinden sowie Gesellschaften, die in den Vollziehungsbereich der Länder fallen würden. In der Ausschreibung sei als Vergabenachprüfungsbehörde das BVA angegeben worden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der Auftrag überwiegend dem Bund bzw. Stellen, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, zu Gute kommen solle. Daher sei für die Überprüfung des Vergabeverfahrens das BVA zuständig, obwohl auch Auftraggeber beteiligt seien, die nicht in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen würden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen im Rahmen des Provisorialverfahrens erhoben werde. Nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden sei dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen und eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern würden. Solche besonderen Gründe würden aber gegenständlich nicht vorliegen. Im Falle der Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger würde die Möglichkeit, den Auftrag zu erhalten, verloren gehen. Daraus ergebe sich eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin. Eine bloß ex post Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausscheidens und der Zuschlagsentscheidung könne die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen.

Dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Auftragsvergabe sei bereits durch eine zeitgerechte - und etwaige Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren berücksichtigende - Ausschreibung Rechnung zu tragen. Nach

der Rechtssprechung des VfGH bestünde ein wesentliches öffentliches Interesse auch in der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter.

Wesentliche Zielsetzung des primären Vergaberechtsschutzes sei es, den Bieter auch vor jenen Schäden zu schützen, die nicht im Wege eines späteren Schadenersatzanspruchs abgedeckt werden könnten.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünden keinen besonderen Interessen des Auftraggebers entgegen. Nach der ständigen Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden und des VfGH habe der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplans eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und auf daraus folgende mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen. Die Durchführung des verfahrensgegenständlichen Auftrags sei nicht dringlich. Anderenfalls wäre es nicht nachvollziehbar, dass die Prüfung der Angebote sowie die Bestbieterermittlung fast 5 Monate in Anspruch genommen hätten. Ursprünglich sei die Zuschlagsentscheidung für die 24. Kalenderwoche geplant gewesen. Eine einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle daher für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar.

Der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung würden auch keine besonderen öffentlichen Interessen entgegenstehen. Vielmehr würde das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidungen überwiegen. Die Interessensabwägung müsse daher zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

Mit Schriftsatz vom 14. November 2008 erteilten die Auftraggeber, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erstattete eine Stellungnahme zum Antragsvorbringen. Es handle sich gegenständlich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 30233230, im Oberschwellenbereich, welcher am 11.4.2008 in der Wiener Zeitung und am 9.4.2008 im Amtsblatt der EG bekannt gemacht worden sei. Als Zuschlagsprinzip sei das Bestbieterprinzip vorgesehen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren vergeben werden und sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert aller Lose belaufe sich auf Euro 7 bis 8 Mio ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des Loses 5 belaufe sich exkl. USt auf Euro 700.000,- pro Jahr. Der geschätzte Auftragswert des Loses 6 belaufe sich exkl. USt auf Euro 312.000,- pro Jahr und jener des Loses 7 auf Euro 652.000,- ohne USt pro Jahr.

Das Los 5 umfasse 3800 Stück Arbeitsplatz-Laserdrucker (in zwei Kategorien), jener des Loses 6 2000 Stück (A4 MFG). Das Los 7 umfasse 1500 Stück Abteilungs-Laserdrucker (A4 in zwei Kategorien).

Am 28.10.2008 seien der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mitgeteilt worden.

Die Angebotsöffnung sei am 3.6.2008 erfolgt. Die Antragstellerin habe in sämtlichen nunmehr angefochtenen Losen das billigste Angebot gelegt. Den zweitgünstigsten Preis habe jeweils der präsumtive Zuschlagsempfänger geboten.

Das Verfahren sei nicht widerrufen worden, ein Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich der angefochtenen Lose 5, 6 und 7 sei nicht erfolgt.

Ein besonderes Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe seitens der Auftraggeber nicht.

Mit Schriftsatz vom 17. November 2008, OZ 13, übermittelte die BBG über Auftrag des Bundesvergabeamtes eine Übersicht über den gemeldeten Bedarf des Bundes bzw der Länder/Gemeinden. Aus der übermittelten Übersicht ergibt sich, dass der Anteil des "Bundes" am gesamten Auftragswert mehr als doppelt so hoch ist (Anm: ca Euro 346.000.--) wie der Anteil der "Länder/Gemeinden" (Anm: ca Euro 162.000.--). Mit Schriftsatz vom 17. November 2008, OZ 13, übermittelte die BBG über Auftrag des Bundesvergabeamtes eine Übersicht über den gemeldeten Bedarf des Bundes bzw der Länder/Gemeinden. Aus der übermittelten Übersicht ergibt sich, dass der Anteil des "Bundes" am gesamten Auftragswert mehr als doppelt so hoch ist Anmerkung, ca Euro 346.000.--) wie der Anteil der "Länder/Gemeinden" Anmerkung, ca Euro 162.000.--).

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

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

Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG).

Bei den in den "Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für das offene Verfahren gem. BVergG 2006 betreffend der Beschaffung "Drucker und Multifunktionsgeräte 2008"" genannten Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 bzw Z 2 BVergG. Die genannten öffentlichen Auftraggeber fallen dabei teilweise in den Vollziehungsbereich des Bundes (Art. 14b Abs 2 Z 1 B-VG) und teilweise in den Vollziehungsbereich des Landes (Art. 14b Abs 2 Z 2 B-VG). Bei den in den "Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für das offene Verfahren gem. BVergG 2006 betreffend der Beschaffung "Drucker und Multifunktionsgeräte 2008"" genannten Auftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, bzw Ziffer 2, BVergG. Die genannten öffentlichen Auftraggeber fallen dabei teilweise in den Vollziehungsbereich des Bundes (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG) und teilweise in den Vollziehungsbereich des Landes (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG).

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

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

Laut Auskunft der BBG vom 17.11.2008 beträgt der Anteil des "Bundes" bei den Losen 5, 6 und 7 insgesamt ca Euro 346.000,-, jener der "Länder/Gemeinden" ca Euro 162.000,-. Ob die genannten Beträge exkl USt und pro Jahr zu verstehen sind, konnte der Auskunft der BBG nicht entnommen werden.

Im Sinne einer "Hochrechnung" der von der BBG bekannt gegebenen Werte für die Lose 5, 6 und 7 kann grundsätzlich angenommen werden, dass sich das Verhältnis zwischen "Bund" und "Ländern/Gemeinden" am geschätzten Gesamtauftragswert auch für die Lose 1 bis 4 sowie 8 und 9 in einem ähnlichen Verhältnis bewegen wird. Das Bundesvergabeamt geht daher - unvorgreiflich abweichender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens - im Provisorialverfahren zunächst davon aus, dass der Anteil des "Bundes" am geschätzten Gesamtauftragswert jenen der "Länder/Gemeinden" bei Weitem überwiegt und somit das Bundesvergabeamt zur Überprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zuständig ist.

Nach den Angaben der Auftraggeber handelt es sich um einen Lieferauftrag. Da der Auftrag jedoch auch umfangreiche Dienstleistungsanteile umfasst (Software, Installations- und Wartungsarbeiten, Garantien) bleibt die Klärung der Qualifizierung des Auftrages als Liefer- oder Dienstleistungsauftrag (vgl § 9 Abs 1 BVergG) dem Hauptverfahren vorbehalten. Nach den Angaben der Auftraggeber handelt es sich um einen Lieferauftrag. Da der Auftrag jedoch auch umfangreiche Dienstleistungsanteile umfasst (Software, Installations- und Wartungsarbeiten, Garantien) bleibt die Klärung der Qualifizierung des Auftrages als Liefer- oder Dienstleistungsauftrag vergleiche Paragraph 9, Absatz eins, BVergG) dem Hauptverfahren vorbehalten.

Der geschätzte Auftragswert aller Lose wurde vom Auftraggeber mit Euro 7 bis 8 Mio ohne USt angegeben, sodass es sich jedenfalls um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt (vgl § 15 Abs 3 BVergG). Der geschätzte Auftragswert aller Lose wurde vom Auftraggeber mit Euro 7 bis 8 Mio ohne USt angegeben, sodass es sich jedenfalls um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt vergleiche Paragraph 15, Absatz 3, BVergG).

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

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

Ein "Zuschlag" wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Es soll ein Auftrag auf Grund einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens vergeben werden. Der Auftrag ist in 9 Lose unterteilt. Beabsichtigt ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Es soll ein Auftrag auf Grund einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens vergeben werden. Der Auftrag ist in 9 Lose unterteilt. Beabsichtigt ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Mitteilung über die Ausscheidens- bzw die Zuschlagsentscheidung am 28.10.2008 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 11.11.2008 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Mitteilung über die Ausscheidens- bzw die Zuschlagsentscheidung am 28.10.2008 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 11.11.2008 eingebracht und ist daher rechtzeitig.

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

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer

einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 3, leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens der Auftraggeber beabsichtigt ist, den "Zuschlag" in den Losen 5, 6 und 7 auf die Angebote der 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 relevierten 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 zeitlich befristete Untersagung der Erteilung des Zuschlages hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 an die B*** abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens der Auftraggeber beabsichtigt ist, den "Zuschlag" in den Losen 5, 6 und 7 auf die Angebote der 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 relevierten 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 zeitlich befristete Untersagung der Erteilung des Zuschlages hinsichtlich der Lose 5, 6 und 7 an die B*** abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeber haben keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden (besonderen öffentlichen) Interessen vorgebracht.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargelegt. Dieser bestehe einerseits im Verlust des Gewinnes und andererseits im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Einer zeitlich befristeten Aussetzung des Vergabeverfahrens würden keine Interessen der Auftraggeber bzw keine besonderen Interessen der Öffentlichkeit entgegenstehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Es besteht kein Zweifel daran, dass der gegenständliche Auftrag für jeden Auftragnehmer ein wichtiges Referenzprojekt darstellt. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um

einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 17.3.2008, N/0029- BV/09/2008-EV12 uva).

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

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

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

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme.

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

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2009

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