

TE Verg Bescheid 2008/8/13 N/0114-BVA/09/2008-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.08.2008

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 die Auftragsvergabe "Anmietung von 17 Farbdruckgeräten einschließlich Lieferung, Installation und Wartung für die Dienststelle der Ärztekammer Niederösterreich" des Auftraggebers Ärztekammer für Niederösterreich, Wipplingerstraße 2, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 6. August 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Anmietung von 17 Farbdruckgeräten einschließlich Lieferung, Installation und

Wartung für die Dienststelle der Ärztekammer Niederösterreich" des Auftraggebers Ärztekammer für Niederösterreich, Wipplingerstraße 2, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 6. August 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge mittels einstweiliger Verfügung 1. die Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2008 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und 2. der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2008 wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt. Dem Auftraggeber Ärztekammer für Niederösterreich wird für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag 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 Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 6. August 2008 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 6. August 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Ärztekammer für Niederösterreich ein nicht-offenes Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich "nach den Bestimmungen des BVerGG 2006 idgF" betreffend "die Anmietung von 17 Farbdruckgeräten einschließlich Lieferung, Installation und Wartung", durchführe.

Die Antragstellerin sei zur Angebotslegung eingeladen worden und habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Im Rahmen der Angebotsöffnung am 17. Juli 2008 seien die angebotenen Preise verlesen worden. Demnach sei das Angebot der Antragstellerin das mit Abstand günstigste gewesen.

Das Angebot der B*** stelle – ohne dass diese ein ausschreibungskonformes Hauptangebot gelegt hätte – ein unzulässiges Alternativ- bzw Abänderungsangebot dar. Es sei nämlich nicht, wie gefordert, ein Preis pro Seite Schwarz-Weiß angeboten worden. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung seien Alternativangebote jedoch unzulässig. Abänderungsangebote seien nur im Hinblick auf den Druck des Ärztekammerlogos zulässig.

Die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B***, sei der Antragstellerin mit Telefax am 30.7.2008 übermittelt worden. Begründet worden sei die Zuschlagsentscheidung damit, dass das Angebot des möglichen Zuschlagsempfängers in der Preisgestaltung gleichwertig und im Bereich der Ergonomie und Benutzerfreundlichkeit der angebotenen Geräte besser sei als das Angebot der Antragstellerin.

Die Zuschlagsentscheidung sei jedoch rechtswidrig: Das Angebot der B*** weiche unzulässiger Weise von den bestandskräftig gewordenen Festlegungen des Auftraggebers ab und hätte daher ausgeschieden werden müssen. Außerdem seien die Preise im Angebot der B*** für eine Seite Schwarz-Weiß-Druck bzw eine Seite Farb-Druck höher als jene der Antragstellerin. Im Bereich der Ergonomie und Benutzerfreundlichkeit stünden die von der Antragstellerin angebotenen Geräte denen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um nichts nach.

Im Falle einer Zuschlagserteilung auf das Angebot der B*** würden der Antragstellerin die Chance auf einen unternehmerischen Gewinn sowie ein wichtiges Referenzprojekt entgehen. Es würde ihr sohin ein Schaden drohen. Auch die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, insbesondere der Angebotserstellung, wären frustriert. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Antragstellerin lauten müssen.

Der Auftraggeber habe sich nicht festgelegt, ob es sich bei dem vorliegenden Auftrag um einen Liefer- oder Dienstleistungsvertrag handle. Die Auftragssumme betrage laut Zuschlagsentscheidung Euro 68.508,00 (inkl. USt).

Die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Teil A (Pkt 1.2), würden Folgendes festlegen: "Für den Rechtsschutz kommen die Regelungen des NÖ-Vergabe-Nachprüfungsgesetzes zur Anwendung". Der Auftraggeber verkenne jedoch auch hier die Rechtslage. Gem. Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG sei die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen

Auftragswesens Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften. Bei der Ärztekammer für Niederösterreich handle es sich um eine solche durch Bundesgesetz eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft. § 65 ÄrzteG richte für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes eine Ärztekammer als Körperschaften öffentlichen Rechts ein. Für den Rechtsschutz sei das Bundesvergabeamt zuständig. Die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Teil A (Pkt 1.2), würden Folgendes festlegen: "Für den Rechtsschutz kommen die Regelungen des NÖ-Vergabe-Nachprüfungsgesetzes zur Anwendung". Der Auftraggeber verkenne jedoch auch hier die Rechtslage. Gem. Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG sei die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften. Bei der Ärztekammer für Niederösterreich handle es sich um eine solche durch Bundesgesetz eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft. Paragraph 65, ÄrzteG richte für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes eine Ärztekammer als Körperschaften öffentlichen Rechts ein. Für den Rechtsschutz sei das Bundesvergabeamt zuständig.

Das Vergabeverfahren sei weder widerrufen noch sei der Zuschlag erteilt worden. Der Nachprüfungsantrag sei gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 jedenfalls rechtzeitig. In der Zuschlagsentscheidung werde auch festgehalten, dass die Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1 BVergG 2006 am 06.08.2008 ende. Das Vergabeverfahren sei weder widerrufen noch sei der Zuschlag erteilt worden. Der Nachprüfungsantrag sei gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 jedenfalls rechtzeitig. In der Zuschlagsentscheidung werde auch festgehalten, dass die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 am 06.08.2008 ende.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem subjektiven Recht auf eine ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf:

- -Strichaufzählung
Zuschlagsentscheidung zugunsten des Bestbieters,
- -Strichaufzählung
Nicht-Erlassung einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines auszuscheidenden Bieters sowie,
- -Strichaufzählung
Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung aller Bieter,

verletzt.

Das Angebot der B*** wäre auszuscheiden gewesen:

Nach den bestandkräftigen Festlegungen der Ausschreibung seien Alternativangebote gänzlich unzulässig. Abänderungsangebote seien nur insoweit zugelassen, als sie den Druck des Ärztekammerlogos betreffen würden.

Nicht vorgesehen – und damit unzulässig – sei, dass generell zwei unterschiedliche Preise für Schwarz-Weiß-Drucke angeboten würden, was die B*** aber gemacht habe. Das "Preisblatt" sehe in der Tabelle für den Leistungsteil "eine Seite Schwarz-Weiß-Druck" eindeutig vor, dass nur ein Preis eingesetzt werde. Auch sei der "Preis pro Seite Schwarz-Weiß-Druck" das wesentliche Zuschlagskriterium. Es sei nicht etwa die Rede von einem "Mischpreis" oder dergleichen. Unzweifelhaft werde schließlich in Pkt 3.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Teil A, festgelegt, dass ein Preis für "1 Seite Schwarz-Weiß-Druck (und ein Preis für "1 Seite Farb-Druck") anzugeben sei. Gewertet würde nur dieser Preis.

Nach den bestandkräftig gewordenen Festlegungen sei somit ein Preis pro Seite Schwarz-Weiß-Druck anzubieten. Das Angebot der B*** weiche davon unzulässiger Weise ab und wäre somit auszuscheiden gewesen.

Selbst wenn man der Ansicht, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre, nicht folge, wäre das Angebot der Antragsstellerin bei vergaberechtskonformem Vorgehen besser zu bewerten als das Angebot der B***. Wie bereits dargelegt, seien die von der Antragstellerin pro Seite Schwarz-Weiß-Druck bzw Farb-Druck angebotenen Preise wesentlich günstiger als jene von B***. Der von B*** angebotene Preis für "Folgeseiten" könne schon deshalb nicht im Rahmen der Bestbieterermittlung heran gezogen werden, da dieser in "irgendeiner Form gewichtet werden müsste". Man müsste somit eine Anzahl an "Folgeseiten" unterstellen, um allenfalls einen Mischpreis ermitteln zu können. Mechanismen einer derartigen Gewichtung seien aber in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und dürften daher vom Auftraggeber auch nicht plötzlich heran gezogen

werden. Sollte der Auftraggeber dennoch eine solche Vorgangsweise wählen, wäre dies ein schwerer Verstoß gegen das Transparenzgebot und das Gleichbehandlungsgebot. Die Zuschlagsentscheidung sei auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Lege man die in Teil A der Ausschreibung festgelegte Formel zur ordnungsgemäßen Bewertung des Kriteriums "Preis" zu Grunde und bewerte den von der Antragstellerin angebotenen Preis pro Seite Schwarz-Weiß-Druck im Vergleich zu dem von B*** angebotenen Preis, ergebe sich ein deutlicher Punkteüberhang zu Gunsten der Antragstellerin. Der Punktevorsprung erhöhe sich weiter, wenn man den von der Antragstellerin angebotenen günstigeren Preis pro Seite Farb-Druck bewerte.

Unzulässiges Vorgehen bei der Beurteilung der Ergonomie und Benutzerfreundlichkeit:

Nach den bestandfest gewordenen Festlegungen würden im Rahmen des mit 25% gewichteten Zuschlagskriteriums "Ergonomie und Benutzerfreundlichkeit" die Faktoren "Bedienkomfort", Übersichtlichkeit" und "Gestaltung der Abläufe (unkompliziert, selbsterklärend)", bewertet. Dass laut Zuschlagsentscheidung die B***-Geräte den Vorzug der "umfassenderen und ablauftechnisch überlegenen Gesamtlösung" hätten, lasse die Vermutung zu, dass die Kommissionsmitglieder nicht die hinreichende Sachkunde besitzen würde. Mangle es dem Auftraggeber aber an der entsprechenden Sachkunde, müsse er sich qualifizierter Sachverständiger bedienen. Außerdem müsse die Antragstellerin vermuten, dass die Bewertung nicht entsprechend verbal begründet worden sei und auch deshalb die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei.

Das bisherige Vorbringen werde ausdrücklich auch zum Vorbringen im Hinblick auf den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Bei Zuschlagserteilung auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden der Antragstellerin ein unmittelbarer Schaden drohen. Eine nachträgliche Feststellung der rechtswidrigen Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen, würden das Interesse der Antragstellerin, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen. Eine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum bzw. die Gefährdung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen, seien bei Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht ersichtlich. Die Interessensabwägung müsse daher zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen.

Mit Schriftsatz vom 8. August 2008 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren sowie eine Stellungnahme.

Das Bundesvergabeamt sei gegenständlich unzuständig. § 65 ÄrzteG 1998 normiere zwar, dass zur Vertretung des Ärztestandes für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes eine Ärztekammer einzurichten sei. Die Antragstellerin übersehe jedoch, dass gemäß § 195 Abs 1 ÄrzteG 1998 die Ärztekammern in den Bundesländern der Aufsicht der jeweiligen Landesregierung unterlägen. Lediglich die (bundesweite) Österreichische Ärztekammer unterstehe der Aufsicht des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales. Das Bundesvergabeamt sei gegenständlich unzuständig. Paragraph 65, ÄrzteG 1998 normiere zwar, dass zur Vertretung des Ärztestandes für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes eine Ärztekammer einzurichten sei. Die Antragstellerin übersehe jedoch, dass gemäß Paragraph 195, Absatz eins, ÄrzteG 1998 die Ärztekammern in den Bundesländern der Aufsicht der jeweiligen Landesregierung unterlägen. Lediglich die (bundesweite) Österreichische Ärztekammer unterstehe der Aufsicht des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit e) sublit bb) B-VG sei die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Landessache bei Rechtsträgern, die "hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen". Um einen solchen Rechtsträger handle es sich beim gegenständlichen Auftraggeber. Die Nachprüfung von Entscheidungen der Ärztekammer für Niederösterreich falle daher in den Geltungsbereich des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes ("NÖVNG"), das die Zuständigkeit der NÖ Schlichtungsstelle bzw. des UVS Niederösterreich normiere. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e.) Sub-Litera, b, b,) B-VG sei die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Landessache bei Rechtsträgern, die "hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen". Um einen solchen Rechtsträger handle es sich beim gegenständlichen Auftraggeber. Die Nachprüfung von Entscheidungen der Ärztekammer für Niederösterreich falle daher in den Geltungsbereich des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes ("NÖVNG"), das die Zuständigkeit der NÖ Schlichtungsstelle bzw. des UVS Niederösterreich normiere.

Ferner werde darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber – wie die Antragstellerin in Punkt 3 ihres Schriftsatzes zugestehende – in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgehalten habe, dass für den Rechtsschutz die

Regelungen des NÖVNG zur Anwendung gelangen würden. Diese Bestimmung sei von der Antragstellerin nicht bekämpft und somit bestandfest geworden. Die Antragstellerin sei sohin an diese Festlegungen gebunden.

Zudem würden die Ausschreibungsunterlagen normieren, dass der Bieter mit der Angebotsabgabe bestätige, dass die Ausschreibungsunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden seien, und dass die Ausschreibungsbestimmungen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere dem BVergG 2006) entsprechen würden.

Die Antragstellerin habe ihr Angebot abgegeben, ohne diesbezüglich Einwände oder Vorhalte zu machen, sodass sich auch daraus ergebe, dass die Antragstellerin diese nicht nur akzeptiert habe, sondern damit sogar einverstanden gewesen sei.

Aus den angeführten Gründen ergebe sich, dass das Bundesvergabeamt unzuständig sei.

Auftraggeber sei wie Gesagt die Ärztekammer für Niederösterreich. Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der Auftrag solle in einem nicht-offenen Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert (ohne USt) belaufe sich auf Euro 79.425,--. Auftraggeber sei wie Gesagt die Ärztekammer für Niederösterreich. Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der Auftrag solle in einem nicht-offenen Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert (ohne USt) belaufe sich auf Euro 79.425,--.

Im gegenständlichen Fall seien mehrere Unternehmen zur Angebotslegung eingeladen worden. Drei Unternehmen hätten in der Folge Angebote gelegt, und zwar:

- -Strichaufzählung
B***
- -Strichaufzählung
C***
- -Strichaufzählung
A***

Die Angebotsöffnung sei am 17. Juli 2008 erfolgt. Der Angebotspreis der B*** habe Euro 57.090,--, jener der Antragstellerin Euro 59.400,05, betragen.

Die Ausschreibungsunterlagen würden festlegen, dass die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip erfolge. Zuschlagskriterien seien der Preis sowie die Qualität der angebotenen Leistung. Die B*** sei als Bestbieter ermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 30.07.2008 per Fax bekannt gegeben worden.

Die Interessenabwägung müsse gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausfallen:

Der Ärztekammer für Niederösterreich obliege nicht nur die Vertretung der Interessen der Ärzte, sondern würden sie zahlreiche Pflichten, insbesondere Informationspflichten, die zur Aufrechterhaltung der ärztlichen Versorgung in Niederösterreich notwendig und unabdingbar seien, treffen. Die in diesem Zusammenhang erforderliche Korrespondenz (Schreiben) werde per E-Mail und in Papierform (Postweg/Fax) vorgenommen. Dies einerseits aus "Sicherheitsgründen" (einfache E-Mails würden hinsichtlich Authentizität, Integrität und Manipulationssicherheit schriftliche Dokumente nicht ersetzen und überdies könne idR der Empfang nicht nachgewiesen werden), andererseits würden (immer noch) zahlreiche Ärzte über keinen E-Mail Anschluss verfügen, sodass diese nur über den Postweg/Fax erreicht (informiert) werden könnten.

Für derartige Kommunikationen würden illustrativ folgende Beispiele angeführt:

- -Strichaufzählung
Die Sprengeleinteilung über die Wochenendbereitschaftsdienste der einzelnen Ärzte müsse von der Auftraggeberin jedem einzelnen Gemeindeamt, dem Roten Kreuz, den Einsatzleitzentralen sowie den entsprechenden Publikationsmedien bekannt gegeben werden. Dies erfolge in der Regel per Fax. Ebenso müssten oft kurzfristige Änderungen den Einsatzleitzentralen bekannt gegeben werden.
- -Strichaufzählung
Die Ärztelisten müssten nicht nur ständig aktuell gehalten, sondern den einzelnen Bezirksverwaltungsbehörden, der Landesregierung sowie den Sozialversicherungsträgern, übermittelt werden.
- -Strichaufzählung

Weiters bestehe eine Vereinbarung mit der Gebietskrankenkasse, wonach die Auftraggeberin die Koordination der Urlaube von Ärzten übernehme. Die Verständigungen, welcher Arzt in welchem Zeitraum auf Urlaub sei, müsse von der Auftraggeberin nicht nur den Versicherungsträgern, sondern auch den einzelnen Ärzten übermittelt werden.

- -Strichaufzählung
Ferner seien die Ärztekammern Schnittstellen zu den Sanitätsbehörden und bei Epidemien verpflichtet, die diesbezüglichen Informationen an die einzelnen Ärzte weiterzugeben.
- -Strichaufzählung
Zudem müssten auch disziplinarrechtliche Entscheidungen ausgefertigt und die zuständigen Behörden von ausgesprochenen Berufsverboten informiert werden.
- -Strichaufzählung
Ferner habe die Auftraggeberin Behördenfunktion iZm deren Wohlfahrtsfonds; diesbezüglich würden Bescheide an die Ärzte versandt.
- -Strichaufzählung
Schließlich würden Beitragsvorschreibungen an die einzelnen Ärzte erfolgen. Sofern dies nicht erfolgen könne, entfalle nicht nur ein monatlicher Fehlbetrag von Beiträgen von etwa Euro XXX, sondern zudem ein monatlicher Zinsverlust von etwa Euro XXX. Schließlich würden Beitragsvorschreibungen an die einzelnen Ärzte erfolgen. Sofern dies nicht erfolgen könne, entfalle nicht nur ein monatlicher Fehlbetrag von Beiträgen von etwa Euro römisch 30 , sondern zudem ein monatlicher Zinsverlust von etwa Euro römisch 30 .

Die angeführten Schreiben/Bescheide/Vorschreibungen/Informationen würden im Postweg als Brief (allenfalls auch per Fax) an den jeweiligen Empfänger übermittelt. Die Schriftstücke würden mit den Druckern der Auftraggeberin hergestellt, die auf Mietbasis angeschafft worden seien. Die derzeit bestehenden Mietverträge für die Drucker würden mit 30. September 2008 auslaufen. Die neuen Drucker sollten bereits in der 2. Septemberhälfte geliefert, installiert und konfiguriert sowie entsprechende Einschulungen vorgenommen werden. Im Falle der Nichtfortführung des Vergabeverfahrens könnten ab Oktober 2008 die erwähnten Druckvorgänge nicht mehr durchgeführt werden und die Auftraggeberin ihren genannten Informationspflichten, die unter anderem zur Aufrechterhaltung der medizinischen Versorgung erforderlich seien, nicht mehr nachkommen. Dies könne neben finanziellen Schäden sogar mit Schäden für Leib und Leben verbunden sein.

Dem stünden keine überwiegenden Interessen der Antragstellerin gegenüber. Die Auftraggeberin (Anm.: Wohl gemeint die Antragstellerin) behaupte selbst, dass ihr unternehmerischer Gewinn "ca." 5% der Auftragssumme betrage. Die gegenständliche Auftragssumme betrage etwa Euro 57.000,-, sodass ihr unternehmerischer Gewinn etwa Euro 2.850,- betragen würde. Der gegenständliche Gewinn würde im Verhältnis zum Bilanzgewinn der Antragstellerin eine vernachlässigbare Größe darstellen. Dass es sich bei einer Auftragssumme von rund Euro 50.000,- um ein wichtiges Referenzprojekt für die Antragstellerin handeln sollte, sei nicht nachvollziehbar und im Übrigen nicht einmal bescheinigt worden. Dem stünden keine überwiegenden Interessen der Antragstellerin gegenüber. Die Auftraggeberin (Anmerkung, Wohl gemeint die Antragstellerin) behaupte selbst, dass ihr unternehmerischer Gewinn "ca." 5% der Auftragssumme betrage. Die gegenständliche Auftragssumme betrage etwa Euro 57.000,-, sodass ihr unternehmerischer Gewinn etwa Euro 2.850,- betragen würde. Der gegenständliche Gewinn würde im Verhältnis zum Bilanzgewinn der Antragstellerin eine vernachlässigbare Größe darstellen. Dass es sich bei einer Auftragssumme von rund Euro 50.000,- um ein wichtiges Referenzprojekt für die Antragstellerin handeln sollte, sei nicht nachvollziehbar und im Übrigen nicht einmal bescheinigt worden.

Bereits an dieser Stelle müsse darauf hingewiesen werden, dass die Antragstellerin die Kriterien für die Angebotsbewertung - offenbar bewusst — unrichtig und verkürzt wiedergebe. In den Ausschreibungsbedingungen (insbesondere Punkt 3.) werde die Gewichtung des Preises anders festgelegt. Die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien habe vielmehr das Ergebnis gebracht, dass das Angebot der Antragstellerin weder das billigste noch das beste gewesen sei. Die Bewertung habe vielmehr folgendes Ergebnis erbracht:

Bieter	Punkte
B***	98,88
A***	92,37

Zudem werde darauf hingewiesen, dass die Auftraggeberin über eine eigene EDV-Abteilung verfüge, die sogar die erforderliche Software selbst entwickle. Die Mitarbeiter würden nicht nur über entsprechende Qualifikation, sondern zum Teil über jahrzehntelange Erfahrung verfügen. Die Behauptung der Antragstellerin, dass die Kommissionsmitglieder nicht über die erforderliche Sachkunde in Ergonomiefragen verfügen würden, sei unrichtig. Insbesondere wenn man bedenke, dass die derzeit in Verwendung stehenden Drucker von der Antragstellerin stammen würden und diese die Verhältnisse bei der Auftraggeberin daher genau kenne.

Mit Schriftsatz vom 11.8.2008 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme und brachte vor, dass Art 14b Abs 2 Z 2 lit e B-VG Folgendes normiere: "[Die Vollziehung ist Landessache hinsichtlich] der Vergabe von Aufträgen durch in Z 1 lit. a bis d und lit. a bis d nicht genannte Rechtsträger," die eine der in den sub-lit aa bis cc genannten Bedingungen erfüllt. Mit Schriftsatz vom 11.8.2008 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme und brachte vor, dass Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, B-VG Folgendes normiere: "[Die Vollziehung ist Landessache hinsichtlich] der Vergabe von Aufträgen durch in Ziffer eins, Litera a bis d und Litera a bis d nicht genannte Rechtsträger," die eine der in den sub-lit aa bis cc genannten Bedingungen erfüllt.

Nun sei, wie im Antrag vom 6.8.2008 ausgeführt, die Auftraggeberin Ärztekammer für Niederösterreich bereits in Z 1 lit d genannt. Daher sei der von der Auftraggeberin angezogene Art 14b Abs 2 Z 2 lit e sublit bb B-VG nicht einschlägig. So sei auch die B-VKK (und nicht etwa der VKS) für die Ärztekammer für Wien zuständig gewesen (B-VKK 24.5.2002, S-46/02-2). Im vorliegenden Fall sei somit das Bundesvergabeamt zur Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung und in der Folge zur Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung zuständig. Nun sei, wie im Antrag vom 6.8.2008 ausgeführt, die Auftraggeberin Ärztekammer für Niederösterreich bereits in Ziffer eins, Litera d, genannt. Daher sei der von der Auftraggeberin angezogene Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, Litera e, Sub-Litera, b, b, B-VG nicht einschlägig. So sei auch die B-VKK (und nicht etwa der VKS) für die Ärztekammer für Wien zuständig gewesen (B-VKK 24.5.2002, S-46/02-2). Im vorliegenden Fall sei somit das Bundesvergabeamt zur Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung und in der Folge zur Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung zuständig.

Wenn die Auftraggeberin weiter ins Treffen führe, die Ausschreibungsunterlagen würden die Anwendbarkeit des "NÖVNG" vorsehen und gäbe es eine Bestimmung, wonach die Antragstellerin an diese "Festlegung der Auftraggeberin gebunden" sei, so genüge der Hinweis auf § 6 Abs 2 AVG und die ständige Vergaberechtsprechung (zB BVA 28.4.1997, N-8/97-5), wonach die Zuständigkeit von Vergabekontrollbehörden nicht prorogierbar ist. Wenn die Auftraggeberin weiter ins Treffen führe, die Ausschreibungsunterlagen würden die Anwendbarkeit des "NÖVNG" vorsehen und gäbe es eine Bestimmung, wonach die Antragstellerin an diese "Festlegung der Auftraggeberin gebunden" sei, so genüge der Hinweis auf Paragraph 6, Absatz 2, AVG und die ständige Vergaberechtsprechung (zB BVA 28.4.1997, N-8/97-5), wonach die Zuständigkeit von Vergabekontrollbehörden nicht prorogierbar ist.

Zum vermeintlich überwiegenden Interesse der Auftraggeberin:

Zwei der zwischen der Auftraggeberin und der Antragstellerin hinsichtlich Kopiergeräte bestehenden Verträge würden ohnedies erst am 31.8.2009 bzw 30.9.2009 auslaufen, sodass auch deshalb die Argumentation der Auftraggeberin unrichtig sei und ins Leere gehe.

Inwiefern die Antragstellerin die "Kriterien für die Angebotsbewertung unrichtig und verkürzt wiedergibt", lasse die Auftraggeberin bezeichnender Weise offen. Sie beschränke sich auf die – unzutreffende – Pauschalbehauptung, "die Gewichtung des Preises" sei "anders festgelegt".

Dass die Auftraggeberin über qualifizierte Mitarbeiter verfüge, stelle die Antragstellerin nicht in Abrede. Die Antragstellerin müsse jedoch angesichts der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung vermuten, dass die Kommissionsmitglieder nicht die für das gegenständliche Vergabeverfahren hinreichende Sachkunde besitzen würden und ihre Bewertung auch nicht entsprechend verbal begründet hätten.

In einer Replik vom 12. August 2008 brachte der Auftraggeber vor, dass das Vorbringen der Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes aufrechterhalten werde. Die von der Antragstellerin angeführten Entscheidungen seien auf den gegenständlichen Fall nicht anwendbar. Die Entscheidung zu N-8/97-5 halte ausdrücklich fest, dass das Verfahren nicht dem Geltungsbereich des BVergG unterliege und eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamt nicht gegeben sei.

Unverständlich seien die Ausführungen der Antragstellerin, dass die zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Verträge erst am 31.8.2009 bzw 30.9.2009 auslaufen würden. Die Antragstellerin selbst habe in Gesprächen im

Februar/März 2008 ausdrücklich erklärt, dass die Verträge hinsichtlich der Drucker am 30.9.2008 auslaufen würden. In einem Mail vom 18.7.2008 sei dies noch einmal bestätigt worden.

Im Zuge des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeber ist die Ärztekammer für Niederösterreich. Auftragsgegenstand ist die Anmietung von 17 Farbdruckgeräten einschließlich Lieferung, Installation und Wartung.

Es handelt sich laut Angaben des Auftraggebers um einen Lieferauftrag. Der Auftrag soll in einem nicht-offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Zuschlagskriterien sind der Preis pro Seite Schwarz-Weiß-Druck (gewichtet mit 55%), der Preis pro Seite Farb-Druck (gewichtet mit 20%) sowie die Ergonomie und Benutzerfreundlichkeit der Geräte (gewichtet mit 25%).

Der geschätzte Auftragswert beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro 79.425,-- ohne USt. Es handelt sich sohin um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich.

Die Öffnung der Angebote fand am 17.7.2008 statt. Es langten insgesamt drei Angebote ein. Der Angebotspreis des Angebotes der Antragstellerin belief sich auf Euro 59.400,05,--, jener des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Euro 57.090,--.

Die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B***, wurde den Bietern mittels E-Mails am 30.7.2008 bekannt gegeben. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Mit Schriftsatz vom 6.8.2008 brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien und den von diesen vorgelegten Urkunden.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Zur Vertretung des Ärztstandes ist für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes eine Ärztekammer eingerichtet (vgl § 65 Abs 1 Ärztegesetz 1998). Die Ärztekammern in den Bundesländern sind Körperschaften öffentlichen Rechts (vgl § 65 Abs 2 Ärztegesetz 1998). Sie sind öffentliche Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die lit a bis c der Z 2 leg.cit. sind jedenfalls erfüllt. Zur Vertretung des Ärztstandes ist für den räumlichen Bereich eines jeden Bundeslandes eine Ärztekammer eingerichtet (vergleiche Paragraph 65, Absatz eins, Ärztegesetz 1998). Die Ärztekammern in den Bundesländern sind Körperschaften öffentlichen Rechts (vergleiche Paragraph 65, Absatz 2, Ärztegesetz 1998). Sie sind öffentliche Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Litera a bis c der Ziffer 2, leg.cit. sind jedenfalls erfüllt.

Bei den Ärztekammern in den Bundesländern handelt es sich um bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften (vgl § 65 Abs 1 Ärztegesetz 1998). Gemäß § 195 Abs 1 Ärztegesetz 1998 unterstehen die Ärztekammern in den Bundesländern der Aufsicht der örtlich zuständigen Landesregierung. Ob diese in den Vollziehungsbereich des Bundes (Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG) fallen und somit eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Die Beurteilung dieser Frage bleibt dem zuständigen Senat im Zuge des Hauptverfahrens vorbehalten. Vorläufig und unvorgreiflich eines anderen Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens, geht die Behörde zunächst davon aus, dass die Ärztekammer für Niederösterreich in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt (Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG) und somit das Bundesvergabeamt zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig ist. Bei den Ärztekammern in den Bundesländern handelt es sich um bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften (vergleiche Paragraph 65, Absatz eins, Ärztegesetz 1998). Gemäß Paragraph 195, Absatz eins, Ärztegesetz 1998 unterstehen die Ärztekammern in den Bundesländern der Aufsicht der örtlich zuständigen Landesregierung. Ob diese in den Vollziehungsbereich des Bundes (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG) fallen und somit eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Die Beurteilung dieser Frage bleibt dem zuständigen Senat im Zuge des Hauptverfahrens vorbehalten. Vorläufig und unvorgreiflich eines anderen Ergebnisses des

Ermittlungsverfahrens, geht die Behörde zunächst davon aus, dass die Ärztekammer für Niederösterreich in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt (Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG) und somit das Bundesvergabeamt zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig ist.

Der Auftraggeber bezeichnet den verfahrensgegenständlichen Auftrag als Lieferauftrag. Die Behörde geht – unvorgreiflich eines anderen Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens - im Provisorialverfahren vorläufig davon aus, dass es sich gegenständlich um einen Lieferauftrag handelt.

Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 79.425,-- ohne USt und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 iVm § 15 Abs 1 BVergG 2006, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG ist daher – jedenfalls vorläufig - anzunehmen (siehe oben). Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 79.425,-- ohne USt und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 15, Absatz eins, BVergG 2006, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG ist daher – jedenfalls vorläufig - anzunehmen (siehe oben).

Der Auftrag soll in einem nicht-offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt bei diesem Verfahrenstypus nach § 2 Z 16 lit a sublit cc BVergG 2006 u.a. die Zuschlagsentscheidung. Der Auftrag soll in einem nicht-offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt bei diesem Verfahrenstypus nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG 2006 u.a. die Zuschlagsentscheidung.

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

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 30.7.2008 übermittelt. Die Antragstellerin brachte ihren Nachprüfungsantrag am 6.8.2008 ein. Der Antrag ist sohin rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 30.7.2008 übermittelt. Die Antragstellerin brachte ihren Nachprüfungsantrag am 6.8.2008 ein. Der Antrag ist sohin rechtzeitig.

Die Pauschalgebühr wurde 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 des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag auf das Angebot eines Mitbewerbers der Antragstellerin 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 die Antragstellerin 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 Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie

die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Er brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass ihn diverse Informationspflichten, die zur Aufrechterhaltung der ärztlichen Versorgung in Niederösterreich

unabdingbar seien, treffen würden. Die entsprechenden Korrespondenzen würden per E-Mail bzw in Papierform (Post/Fax) erfolgen. Nicht alle Ärzte in Niederösterreich würden über einen E-Mail-Anschluss verfügen. Die Schriftstücke würden mit den angemieteten Druckern des Auftraggebers hergestellt werden. Die bestehenden Mietverträge würden mit 30.9.2008 auslaufen. In der Folge könnte der Auftraggeber ab Oktober 2008 seinen Informationspflichten nicht mehr nachkommen und könnte dies neben den finanziellen Schäden auch mit einer Gefahr für Leib und Leben verbunden sein. Dem würden keine überwiegenden Interessen der Antragstellerin gegenüber stehen. So könne keinesfalls von einem wichtigen Referenzprojekt gesprochen werden und auch der zu erwartende finanzielle Verlust sei äußerst bescheiden.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargelegt. Dieser bestehe im Verlust des möglichen Gewinnes, den möglicherweise frustrierten Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebotserstellung einerseits und im Verlust eines Referenzprojektes andererseits. Überdies sei eine besondere Dringlichkeit des Vorhabens nicht ersichtlich, da bei Erlassung der einstweiligen Verfügung und der damit einhergehenden Zeitverzögerung weder Leib und Leben noch Eigentum gefährdet wären. Das Vorbringen des Auftraggebers gehe auch insofern ins Leere, da zwei der zwischen dem Auftraggeber und der Antragstellerin bestehenden Verträge hinsichtlich von Kopiergeräten – mangels fristgerechter Kündigung seitens des Auftraggebers - ohnedies erst Ende August bzw Ende September 2009 auslaufen würden.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Beim Verlust eines Referenzprojektes (Anm.: Egal in welcher Größenordnung sich dieser auch bewegt) 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). Überdies ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung der drohende Schaden nur glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise auch getan. Es ist evident, dass der Antragstellerin bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang, frustrierten Kosten durch die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie durch die rechtsfreundliche Vertretung im Nachprüfungsverfahren drohen bzw. sich solche realisieren. Beim Verlust eines Referenzprojektes Anmerkung, Egal in welcher Größenordnung sich dieser auch bewegt) 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). Überdies ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung der drohende Schaden nur glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise auch getan. Es ist evident, dass der Antragstellerin bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang, frustrierten Kosten durch die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie durch die rechtsfreundliche Vertretung im Nachprüfungsverfahren drohen bzw. sich solche realisieren.

Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass bei Erlassung der einstweiligen Verfügung uU Leib und Leben gefährdet wären, da er seine Informationspflichten nicht mehr wahrnehmen könne, so ist hiezu Folgendes anzumerken:

Einerseits erfordern wohl einige der angeführten Informationspflichten (etwa die angesprochenen Ärztelisten, disziplinarrechtliche Entscheidungen, Bescheide und Beitragsvorschreibungen) keine besondere Dringlichkeit bei der Informationsübermittlung, sodass hier keinesfalls von einer Gefährdung für Leib und Leben ausgegangen werden kann, falls dem Auftraggeber keine Drucker und somit keine Möglichkeit der Übermittlung per Telefax oder Post zur Verfügung stehen sollte. Auch die Sprengелеinteilung hinsichtlich der Wochenendbereitschaftsdienste wird wohl in der Regel längerfristig vorgenommen werden. Dasselbe gilt wohl auch für die Koordination der Urlaube.

Andererseits kann davon ausgegangen werden, dass der weit überwiegende Teil der Ärzte in Niederösterreich über einen PC und somit über einen E-Mail-Anschluss verfügen. Die übrigen Ärzte könnten von der Ärztekammer bei unvorhergesehenen Ereignissen auch telefonisch verständigt werden. Über einen Telefonanschluss wird wohl jeder Arzt zwingend verfügen müssen.

Überdies ist davon auszugehen, dass sich zumindest zwei der zwischen dem Auftraggeber und der Antragstellerin bestehenden Mietverträge hinsichtlich der Drucker mangels fristgerechter Kündigung der entsprechenden Verträge (Nr. 102031 und 2000507) bis zum 31.8.2009 bzw. bis zum 30.9.2009 verlängert haben (siehe eidesstattliche Erklärung des D***, Director Major Account vom 11.8.2008; Punkt 2 der Vertragsbedingungen). Diesen glaubwürdigen und schlüssigen Angaben zufolge steht mangels fristgerechter Kündigung (Anm.: Der Auftraggeber hat keine fristgerechte

Kündigungserklärung dieser beiden Druckerverträge vorgelegt) verfügt der Auftraggeber – entgegen seinem Vorbringen auch noch ab Oktober 2008 über zumindest zwei Drucker. Dies müsste jedenfalls zur Durchführung der Informationspflichten genügen. Im Übrigen könnte der Auftraggeber zwischenzeitig kurzfristig Drucker anmieten. Überdies ist davon auszugehen, dass sich zumindest zwei der zwischen dem Auftraggeber und der Antragstellerin bestehenden Mietverträge hinsichtlich der Drucker mangels fristgerechter Kündigung der entsprechenden Verträge (Nr. 102031 und 2000507) bis zum 31.8.2009 bzw. bis zum 30.9.2009 verlängert haben (siehe eidesstattliche Erklärung des D***, Director Major Account vom 11.8.2008; Punkt 2 der Vertragsbedingungen). Diesen glaubwürdigen und schlüssigen Angaben zufolge steht mangels fristgerechter Kündigung Anmerkung, Der Auftraggeber hat keine fristgerechte Kündigungserklärung dieser beiden Druckerverträge vorgelegt) verfügt der Auftraggeber – entgegen seinem Vorbringen auch noch ab Oktober 2008 über zumindest zwei Drucker. Dies müsste jedenfalls zur Durchführung der Informationspflichten genügen. Im Übrigen könnte der Auftraggeber zwischenzeitig kurzfristig Drucker anmieten.

Weiters ist im Hinblick darauf anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl VfGH 1.8.2002, B 1194/2, BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 uva). Weiters ist im Hinblick darauf anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/2, BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 uva).

Überdies hätte der Auftraggeber – bei der angeblich vorliegenden Dringlichkeit – die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens in Betracht ziehen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen.

Eine frühere, zeitgerechte Einleitung des Vergabeverfahrens wäre dem Auftraggeber jedenfalls zumutbar gewesen, zumal ihm spätestens zum Zeitpunkt der Kündigung der Verträge (3 Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit) bewusst war bzw bewusst gewesen sein musste, dass er Ersatz für die Geräte zu beschaffen hat. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte ein umsichtiger Auftraggeber den Beschaffungsvorgang initiieren müssen. Es liegt gegenständlich jedenfalls kein "unvorhersehbares Ereignis" vor.

Zum Vorbringen der Kostenerhöhung bei Erlassung der einstweiligen Verfügung:

Hiezu ist einerseits anzumerken, dass es sich beim diesbezüglichen Vorbringen des Auftraggebers lediglich um eine – nicht näher konkretisierte - Behauptung handelt. Der Auftraggeber hat weder dargestellt, woraus sich eine Kostensteigerung bei verzögerter Auftragsdurchführung ergeben soll, noch die Summe in irgendeiner Weise glaubhaft gemacht. Im Hinblick darauf ist weiters anzumerken, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand für den Auftraggeber verbunden sein wird. Wollte man dieses "Faktum" im Rahmen der Interessenabwägung jedoch als "überwiegend" werten, würde dies im Ergebnis zu einer - nicht gewollten - völligen Ausschaltung des vorläufigen Rechtsschutzes führen (vgl BVA 24.10.2006, N/0085- BVA/04/2006-EV8; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-EV10,; BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV12). Hiezu ist einerseits anzumerken, dass es sich beim diesbezüglichen Vorbringen des Auftraggebers lediglich um eine – nicht näher konkretisierte - Behauptung handelt. Der Auftraggeber hat weder dargestellt, woraus sich eine Kostensteigerung bei verzögerter Auftragsdurchführung ergeben soll, noch die Summe in irgendeiner Weise glaubhaft gemacht. Im Hinblick darauf ist weiters anzumerken, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand für den Auftraggeber verbunden sein wird. Wollte man dieses "Faktum" im Rahmen der Interessenabwägung jedoch als "überwiegend" werten, würde dies im Ergebnis zu einer - nicht gewollten - völligen Ausschaltung des vorläufigen Rechtsschutzes führen vergleiche BVA 24.10.2006, N/0085- BVA/04/2006-EV8; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-EV10,; BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV12).

Im Übrigen ist auch 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 auch 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 angeordneten vorläufigen Maßnahmen stellen die gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen dar. Die Untersagung der Zuschlagserteilung alleine ist der Vollstreckung nicht zugänglich und nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit eines allfällig geschlossenen Vertrages bedroht. Das Aussetzen der Zuschlagsentscheidung verhindert den Ablauf der Stillhaltefrist (Hemmung des Ablaufes). Ein allfälliger Vertragsabschluss wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 132 Abs 1 BVergG nichtig. Der Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages wäre dem Auftraggeber somit nicht möglich. Darüber hinaus ist jedoch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nicht eingeschränkt. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung soll bewirken, dass diese vorläufig unwirksam und in der Folge eine Zuschlagserteilung unmöglich ist (vgl. BVA 12.7.2007, N/0067-BVA/02/2007-18 u.a.). Die Summe der beiden Maßnahmen ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme (vgl. BVA 12.10.2007, N/0088-BVA/10/2007- 29 und BVA 21.8.2007, N/0077-BVA/13/2007-10). Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordneten vorläufigen Maßnahmen stellen die gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen dar. Die Untersagung der Zuschlagserteilung alleine ist der Vollstreckung nicht zugänglich und nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit eines allfällig geschlossenen Vertrages bedroht. Das Aussetzen der Zuschlagsentscheidung verhindert den Ablauf der Stillhaltefrist (Hemmung des Ablaufes). Ein allfälliger Vertragsabschluss wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in Paragraph 132, Absatz eins, BVergG nichtig. Der Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages wäre dem Auftraggeber somit nicht möglich. Darüber hinaus ist jedoch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nicht eingeschränkt. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung soll bewirken, dass diese vorläufig unwirksam und in der Folge eine Zuschlagserteilung unmöglich ist vergleiche BVA 12.7.2007, N/0067-BVA/02/2007-18 u.a.). Die Summe der beiden Maßnahmen ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme vergleiche BVA 12.10.2007, N/0088-BVA/10/2007- 29 und BVA 21.8.2007, N/0077-BVA/13/2007-10).

Über die Eventualbegehren war nicht mehr abzusprechen.

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

16.10.2008

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