

TE Verg Bescheid 2008/6/27 N/0068-BVA/12/2008-EV5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2008

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Hilfsmitteldepot 2009-2012" des Auftraggebers Salzburger Gebietskrankenkasse, Wirtschaftsabteilung, Engelbert-Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, vertreten durch X*** eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 23. Juni 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Hilfsmitteldepot 2009-2012" des Auftraggebers Salzburger Gebietskrankenkasse, Wirtschaftsabteilung, Engelbert-Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, vertreten durch X*** eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 23. Juni 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag wird insofern stattgegeben, als die Angebotsöffnung im Vergabeverfahren "Hilfsmitteldepot 2009-2012" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird. Im Übrigen Umfang wird der Antrag abgewiesen.

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

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 23. Juni 2008 den Antrag, die gegenständliche Ausschreibung zur Gänze, in eventuell einzeln genannte Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Die angefochtene Ausschreibung verstoße gegen eine Vielzahl von Bestimmungen des BVergG:

- -Strichaufzählung
Rechtswidriges Zuschlagskriterien "Qualität der angebotenen Hilfsmittel" sowie "Infrastruktur"
- -Strichaufzählung
Rechtswidrige Eignungskriterien
- -Strichaufzählung
Kein verbindliches Mengengerüst
- -Strichaufzählung
Fehlen von Mindestanforderungen für Alternativangebote
- -Strichaufzählung
Subunternehmerbeschränkung
- -Strichaufzählung
Zwei Termine für die Angebotsöffnung
- -Strichaufzählung
Rechenfehler
- -Strichaufzählung
Vertragsverlängerungsmöglichkeit

Der Auftraggeber teilte am 25. Juni 2008 dem Bundesvergabeamt mit, dass er sich nach eingehender Prüfung zu einem Widerruf der angefochtenen Ausschreibung entschlossen habe. Mit Telefax vom 25. Juni 2008 seien sämtliche Interessenten, die um Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen ersucht hätten, vom beabsichtigten Widerruf des Vergabeverfahrens verständigt worden. Nach Ablauf der Stillhaltefrist und Erklärung des Widerrufs sei eine Neuausschreibung der gegenständlichen Leistungen beabsichtigt.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Salzburger Gebietskrankenkasse. Die Salzburger Gebietskrankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 3,2 Mio. (ohne Ust.) und liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Salzburger Gebietskrankenkasse. Die Salzburger Gebietskrankenkasse ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 3,2 Mio. (ohne Ust.) und liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

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

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

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.

Die Antragstellerin behauptet - zumindest denkmöglich - die Rechtswidrigkeit einer Vielzahl von Bestimmungen in der Ausschreibung. Wenngleich der Auftraggeber nunmehr die Absicht bekundet hat, das Vergabeverfahren zu widerrufen, ist infolge der gesetzlichen Bestimmungen (vgl. § 140 Abs 3 BVergG) zwingend eine Stillhaltefrist einzuhalten, die mit Ablauf des 9. Juli 2008 endet. Die Widerrufsentscheidung stellt gemäß § 2 Z 44 BVergG eine nicht verbindliche Absichtserklärung dar. Entsprechend dem Wortlaut und den Intentionen des Gesetzgebers erfolgt

hinsichtlich des Regelungskonzeptes bzw. der Begrifflichkeiten eine Anlehnung an das für den Zuschlag bestehende Modell. Solange der Widerruf nicht erklärt ist, könnte sich der Auftraggeber daher in weiterer Folge auch noch dafür entscheiden, das Vergabeverfahren doch weiterzuführen und etwa mit einer Berichtigung der Ausschreibung fortfahren (siehe RV 1171 BlgNR 22. GP 20). Die Wortfolge "nicht verbindliche Absichtserklärung" verdeutlicht somit, dass die Widerrufsentscheidung (in gleicher Weise wie die Zuschlagsentscheidung) lediglich eine vorläufige Wissenserklärung darstellt. Infolge dessen steht es dem Auftraggeber daher jederzeit offen, eine - nach außen bekannt gegebene - Widerrufsentscheidung wieder zurückzunehmen (vgl. bereits die dazu korrespondierenden Ausführungen zum Begriff "Zuschlagsentscheidung" des BVA vom 4.3.2008, N/0013- BVA/12/2008-20). Die Antragstellerin behauptet - zumindest denkmöglich - die Rechtswidrigkeit einer Vielzahl von Bestimmungen in der Ausschreibung. Wenngleich der Auftraggeber nunmehr die Absicht bekundet hat, das Vergabeverfahren zu widerrufen, ist infolge der gesetzlichen Bestimmungen vergleiche Paragraph 140, Absatz 3, BVergG) zwingend eine Stillhaltefrist einzuhalten, die mit Ablauf des 9. Juli 2008 endet. Die Widerrufsentscheidung stellt gemäß Paragraph 2, Ziffer 44, BVergG eine nicht verbindliche Absichtserklärung dar. Entsprechend dem Wortlaut und den Intentionen des Gesetzgebers erfolgt hinsichtlich des Regelungskonzeptes bzw. der Begrifflichkeiten eine Anlehnung an das für den Zuschlag bestehende Modell. Solange der Widerruf nicht erklärt ist, könnte sich der Auftraggeber daher in weiterer Folge auch noch dafür entscheiden, das Vergabeverfahren doch weiterzuführen und etwa mit einer Berichtigung der Ausschreibung fortfahren (siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 20). Die Wortfolge "nicht verbindliche Absichtserklärung" verdeutlicht somit, dass die Widerrufsentscheidung (in gleicher Weise wie die Zuschlagsentscheidung) lediglich eine vorläufige Wissenserklärung darstellt. Infolge dessen steht es dem Auftraggeber daher jederzeit offen, eine - nach außen bekannt gegebene - Widerrufsentscheidung wieder zurückzunehmen vergleiche bereits die dazu korrespondierenden Ausführungen zum Begriff "Zuschlagsentscheidung" des BVA vom 4.3.2008, N/0013- BVA/12/2008-20).

Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers ist somit der Anfechtungsgegenstand (in concreto: die Ausschreibung) - mangels tatsächlicher Erklärung des Widerrufs - noch nicht weggefallen, womit aber der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit weiterhin ein Schaden droht, der gegenständlich nur durch die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit der Antragstellerin sichert, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Entgegen den Ausführungen des Auftraggebers ist somit der Anfechtungsgegenstand (in concreto: die Ausschreibung) - mangels tatsächlicher Erklärung des Widerrufs - noch nicht weggefallen, womit aber der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit weiterhin ein Schaden droht, der gegenständlich nur durch die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit der Antragstellerin sichert, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Die Interessenabwägung muss schon deshalb zugunsten der Antragstellerin ausfallen, da der Auftraggeber im parallel anhängigen Nachprüfungsverfahren (vgl. N/0063-BVA/12/2008) von der Bekanntgabe entgegenstehender Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf die Angebotsöffnung (bzw. Zuschlagserteilung) ausdrücklich abgesehen und zudem auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren kein diesbezüglich neues Vorbringen erstattet hat. Die Interessenabwägung muss schon deshalb zugunsten der Antragstellerin ausfallen, da der Auftraggeber im parallel anhängigen Nachprüfungsverfahren vergleiche N/0063-BVA/12/2008) von der Bekanntgabe entgegenstehender Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf die Angebotsöffnung (bzw. Zuschlagserteilung) ausdrücklich abgesehen und zudem auch im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren kein diesbezüglich neues Vorbringen erstattet hat.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des

einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Das Hauptbegehren der Antragstellerin, dem Auftraggeber zu untersagen, das gesamte Vergabeverfahren fortzuführen, war dagegen als überschießend abzuweisen, da diese Maßnahme dazu führen würde, dem Auftraggeber jedes Tätigwerden im Vergabeverfahren zu verbieten, was letztlich auch zur Konsequenz hätte, dass der Auftraggeber weder eine Ausschreibungsberichtigung vornehmen, noch den Widerruf erklären könnte.

Schlagworte

Absichtserklärung, Widerrufsentscheidung, Widerruf, drohender Schaden, Zulässigkeit, vorläufige Maßnahme;

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2008

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