

TE Verg Bescheid 2007/11/28 N/0112-BVA/14/2007-5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.11.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §131 1Satz

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

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), BGBl. I. Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)", des Auftraggebers Bund; vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rüstungsdirektion - Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, über

den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG), Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVerG, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)", des Auftraggebers Bund; vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rüstungsdirektion - Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.11.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2.1.2008, untersagt wird, im Vergabeverfahren "Lieferauftrag über ABC-Schutzanzug mittel/permeabel und ABC-Überschuhe (GZ: E90037/4/00-00-RD-ARWT/KA/2007)", den Zuschlag zu erteilen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 21.11.2007 brachte die A***, (im Folgenden Antragsteller) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren. Weiters beehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie die Auferlegung der entrichteten Pauschalgebühren an den Auftraggeber.

Der Antragsteller brachte im Wesentlichen vor:

Das Bundesministerium für Landesverteidigung führe als Auftraggeber ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages durch. Auftragsgegenstand sei in Pos. 1 ABC-Schutzanzüge mittel/permeabel und in Pos. 2 ABC-Überschuhe. Teilangebote (positionsweise) seien zulässig. Der Zuschlag solle auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen.

Der Antragsteller habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot über Pos. 1 gelegt. Mit Telefax vom 7.11.2007 sei ihm die Ausscheidensentscheidung gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVerG bekannt gegeben worden. Begründend sei angeführt worden, dass der vom Antragsteller angebotene Preis für die Pos. 1, nicht wie in der Ausschreibung gefordert, ein Festpreis gewesen sei, der ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliege. Der Antragsteller habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot über Pos. 1 gelegt. Mit Telefax vom 7.11.2007 sei ihm die Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG bekannt gegeben worden. Begründend sei angeführt worden, dass der vom Antragsteller angebotene Preis für die Pos. 1, nicht wie in der Ausschreibung gefordert, ein Festpreis gewesen sei, der ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliege.

Der Gesamtangebotspreis des Antragstellers betrage Euro 1.744.910,-. Laut Niederschrift über die Angebotsöffnung sei das Angebot des Antragstellers als billigstes Angebot zu werten.

Die Ausschreibungsbestimmungen würden auf Seite 2 unter der Überschrift "Festpreis" festhalten, dass die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung [...] mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exkl. USt., Erwerbsteuer, Zoll und EUSt in Österreich in Euro anzubieten sei. Die Verpackungskosten seien im Preis inbegriffen. Für das Jahr 2008 werde ein Festpreis vereinbart.

Unter der Überschrift "Preisanpassung" laute es: "Für das Jahr 2009 und die allfälligen Optionen wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) vereinbart. Als Maß zur Berechnung der Preisanpassung dient der von der Statistik Austria monatlich verlautebarte Verbraucherpreisindex 00 bzw. der von Amts wegen an seine Stelle tretende Index, zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008

[...]"

Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht gefällt worden.

Halte der Auftraggeber an seiner Ausscheidensentscheidung fest, so verletze er das Recht des Antragstellers auf vergabekonforme Bieterbehandlung und Nichtausscheiden seines Angebotes. Im Falle der Zuschlagserteilung auf ein anderes Angebot würde dem Antragsteller ein Gewinn von mindestens 4% seines Angebotes, somit ca. Euro 70.000,-, entgehen. Weiters seien dem Antragsteller bereits Kosten für die Rechtsvertretung entstanden.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in seinem Recht, nur aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen ausgeschieden zu werden, verletzt. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Das Angebot des Antragstellers weise den niedrigsten Preis auf und würde eine Zuschlagsentscheidung mit großer Wahrscheinlichkeit zu Gunsten seines Angebotes ausfallen.

Gründe der Rechtswidrigkeiten:

Das Angebot entspreche den Ausschreibungsbestimmungen:

Das Angebot des Antragstellers sei mit der Begründung ausgeschieden worden, dass der angebotene Preis für die Position 1, nicht wie in der Ausschreibung gefordert, ein Festpreis gewesen sei, der ausschließlich der Preisanpassung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen unterliege.

Richtig sei, dass die Ausschreibungsbestimmungen betreffend Festpreis und Preisanpassung bei objektiver Beurteilung so zu verstehen gewesen seien, dass für das Jahr 2007, 2008 und 2009 jeweils ein anderer (Fest-)Preis angegeben werden habe können.

Argument 1 (Pluralform in der Wortfolge "mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen"):

Auf Seite 2 der Ausschreibung heiße es unter der Überschrift "Festpreise": "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen ...".

Eine grammatikalische Interpretation der verwendeten Pluralform (arg. -festpreise) ergebe, dass im Leistungsverzeichnis mehrere Einzelfestpreise und Gesamtfestpreise anzugeben seien. Wollte der Auftraggeber nur einen Einzel- und einen Gesamtfestpreis, müsste es nach den Regeln der deutschen Sprache heißen: "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit einem Einzel- und Gesamtfestpreis zu versehen ...".

Argument 2 (Leistungsverzeichnis sieht pro Jahr Bieterlücken vor):

Das Verständnis des Antragstellers, dass hier mehrere Preise anzugeben gewesen seien, werde auch durch die Strukturierung des Leistungsverzeichnisses gestützt. Das Leistungsverzeichnis sehe in Form einer Tabelle für die Jahre 2007, 2008 und 2009 jeweils eine eigene Zeile vor, in der der Einzelfestpreis und der Gesamtfestpreis pro Jahr angegeben werden können. Der Antragsteller habe daher davon ausgehen können, dass im Leistungsverzeichnis unterschiedliche Preise einzutragen gewesen seien. Eine andere Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen würde mit den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Bieterlücken im Widerspruch stehen.

Argument 3 [Unklare Wortfolge "... der Forderung (plus Nebenforderung) ..."]:

In der Ausschreibung heiße es auf Seite 2 unter der Überschrift "Festpreis": "Für das Jahr 2008 wird ein Festpreis vereinbart". Unter der Überschrift "Preisanpassung": "Für das Jahr 2009 und die allfälligen Optionen wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) vereinbart. Als Maß zur Berechnung der Preisanpassung dient der von der Statistik Austria monatlich verlaubliche Verbraucherpreisindex 00 bzw. der von Amtswegen an seine Stelle tretende Index, zum Zeitpunkt 1. Jänner 2008".

Hiermit habe der Auftraggeber eine höchst unklare Bestimmung geschaffen. Er hätte statt "... Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) ..." schreiben müssen: "...

Wertbeständigkeit des Angebotspreises für 2008 ...". Der

Auftraggeber habe sich jedoch unklar ausgedrückt und

missverständliche Worte verwendet. Die Worte "Forderung (plus

Nebenforderung)" könnten sich nämlich sowohl auf den in der

Tabelle des Leistungsverzeichnisses in der Bieterlücke für das

Jahr 2009 auszuführenden Preis als auch auf den vorhergehenden

Absatz beziehen. Beide Interpretationen seien möglich. Dadurch, dass der Auftraggeber statt "... Wertbeständigkeit des Angebotspreises für 2008 ..." andere Worte verwendet habe, nämlich "... Wertbeständigkeit der Forderung (plus

Nebenforderung) ...", ergebe der objektive Erklärungswert, dass er von dem Zusammenhang des vorhergehenden Absatzes (Festpreis) absichtlich abgehen habe wollen. Nur wer hievon absichtlich abgehen wolle, verwende andere Begriffe.

Argument 4 (Unklare Wortfolge: "Für das Jahr 2009 ..."):

Die Wortfolge "Für das Jahr 2009 ..." des Satzes: "Für das Jahr 2009 und die allfällige Option wird vereinbart: Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Forderung (plus Nebenforderung) vereinbart" beziehe sich, in Zusammenschau mit der Bieterlücke des Leistungsverzeichnisses für das Jahr 2009 und der Option, auf den dafür auszufüllenden Angebotspreis. Dieser Satz müsse daher so verstanden werden, dass der Auftraggeber ausdrücklich Wertbeständigkeit für den Angebotspreis für das Jahr 2009 und die allfällige Option vereinbaren habe wollen. Unter Anwendung der systematischen Interpretationsregeln werde ersichtlich, dass nach den Ausschreibungsbestimmungen zulässig sein müsse, für das Jahr 2009 einen gesonderten Angebotspreis anzugeben.

Argument 5 (Indexierung zum 1.1.2008):

Aus der gesonderten Regelung der Preisanpassung für das Jahr 2009 und die Option werde deutlich, dass für 2009 und die Option ein eigener, neuer Angebotspreis gelten müsse. Dieser Preis unterscheide sich von den Preisen für das Jahr 2008, denn es handle sich um keinen Festpreis, sondern um einen veränderlichen Preis, der einer Indexierung, nämlich dem VPI 2000 zum 1.1.2008 unterliege. Da die Indexzahl zum 1.1.2008 als Ausgangsbasis zur Berechnung der Wertsicherung diene und es sich damit um einen Index handle, der zum Zeitpunkt der Angebotslegung am 3.10.2007 noch unbekannt sei, sei der Schluss zulässig, dass sich die Wertsicherung für das Jahr 2009 und die Option auf einen dafür angesetzten gesonderten Angebotspreis beziehen müssen.

Argument 6 (Lieferung unterschiedlicher Stückzahl pro Jahr):

Im Leistungsverzeichnis werde für jedes Jahr eine unterschiedliche Stückzahl an zu liefernden ABC-Schutzanzügen angegeben. Daraus könne abgeleitet werden, dass unterschiedliche Einzelfestpreise angegeben werden könnten. Die Kalkulation des Einzelfestpreises ergebe bei einer Bestellmenge von 2200 Stück (im Jahr 2007) einen anderen Preis als bei einer Bestellmenge von 3880 Stück (im Jahr 2008) oder von 3420 Stück (im Jahr 2009).

Argument 7 (gleiches Verständnis durch andere Bieter):

Bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen komme es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen gewesen seien. Dem Antragsteller sei vom zuständigen Sachbearbeiter des Auftraggebers mitgeteilt worden, dass ein weiterer Bieter die Ausschreibungsbestimmungen betreffend Festpreise und Wertsicherung in der gleichen Weise wie er interpretiert habe. Dieser Bieter habe für jedes Jahr (2007, 2008 und 2009) einen Einzel- und Gesamtfestpreis ausgewiesen und sei ebenfalls ausgeschieden worden. Daraus sei erkennbar, dass die Ausscheidensentscheidung zu Unrecht erfolgt sei, da das Angebot des Antragstellers den Ausschreibungsunterlagen in ihrem objektiven Erklärungswert entspreche.

Argument 8 (Zusammenhang mit Ausschreibung im Jahr 2005):

Der Auftraggeber habe im Jahr 2005 eine Ausschreibung über die gleichen Produkte durchgeführt, welche jedoch in der Folge widerrufen worden sei, da keiner der Bieter die technischen Anforderungen erfüllen habe können. Auch der Antragsteller habe im Jahr 2005 ein Angebot gelegt. In der Ausschreibung 2005 seien Festpreise gefordert gewesen. In Pkt. A.6 der Ausschreibungsbestimmungen im Jahr 2005 habe es geheißen: "Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exkl. USt., Erwerbssteuer, Zoll und EUSt. in Österreich in Euro anzubieten, die ohne Rücksicht auf allenfalls eintretende Änderungen der Preisgrundlagen unter allen Umständen bis zur vollständigen Erfüllung der Leistung unveränderlich bleiben".

Wie sich aus der Übersicht des Auftraggebers über die abgegebenen Preise ergebe, seien damals von den Bietern zulässigerweise unterschiedliche Preise pro Jahr angegeben worden. Der 2. Halbsatz habe damals verdeutlicht, dass die anzugebenden Einzel- und Gesamtfestpreise in allen 3 Jahren Festpreise seien.

In der gegenständlichen Ausschreibung finde sich der erste Halbsatz unter dem Punkt "Festpreis" aus dem Jahr 2005 unverändert wieder ("Die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung ist mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen und exklusive USt, Erwerbsteuer, Zoll und EUST in Österreich in Euro anzubieten."). Unter dem - im Vergleich zu 2005 neu eingefügten - Punkt "Preisanpassung" würden für das Jahr 2009 und die Option veränderliche Preise geregelt.

Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung 2005 mit Bieterlücken für Fixpreise pro Jahr sei ident mit dem Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung. Bei identem Leistungsverzeichnis könne die Bestimmung in der Ausschreibungsunterlage, dass die im Leistungsverzeichnis angeführte Leistung mit Einzel- und Gesamtfestpreisen zu versehen sei, von einem Bieter nicht anders verstanden werden, als dass hier unterschiedliche Preise eingesetzt werden könnten, die im Fall der Preise für das Jahr 2009 (und der Option) einer Preisanpassung unterworfen wären.

Schlussfolgerung:

Es könne davon ausgegangen werden, dass für das Jahr 2009 und die Option ein eigener Preis anzubieten gewesen sei, weil eine eigene Bieterlücke für diesen Teil vorhanden gewesen sei. Die Bieterlücke sei zwar mit "Festpreis" betitelt gewesen. Im Zusammenhang mit den schriftlichen Ausführungen sei man aber vor der Wahl gestanden, die Bieterlücke nicht auszufüllen und deswegen ausgeschieden zu werden oder diese so zu verstehen, dass der dort auszufüllende Preis die Basis für die Indexierung sei.

Die vom Antragsteller gewählte Variante sei auch deshalb als die "richtigere" erschienen, da eine Option im Bezug auf ihre Kalkulierbarkeit zwingend eine getrennte Preisstaffel erfordere. Da es bei einer Option per definitionem unsicher sei, ob diese gezogen werde, sei sie aus Bietersicht anders zu kalkulieren. Aus Auftraggebersicht wäre eine Bewertung einer Option, die mit der gleichen Preisbildung wie eine Fixmenge (die gegenständlich für Jahr 2009 zwar immer noch gegeben, wohl aber viel kleiner sei) vorgegeben werde, eine Irreführung. Sie würde bedeuten, dass die Wahrscheinlichkeit, dass die Option gezogen werde, 100% sei. Dies wäre jedoch keine Option. Dass der Auftraggeber diese Fehlbezeichnung beabsichtigt habe, könne nicht unterstellt werden. Die objektive Bedeutung der Ausschreibungsbestimmungen lasse die Angabe unterschiedlicher Preise pro Jahr zu und sei das Angebot des Antragstellers somit rechtswidrig ausgeschieden worden.

Es sei unbestritten, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden sei. Unbestritten sei aber auch, dass eine Durchbrechung der Präklusion bei Mangelhaftigkeit der Ausschreibung dann anzunehmen sei, wenn auf der Grundlage der Ausschreibung eine Bestimmung des Bestbieters nicht möglich sei. Genau dies sei hier der Fall. Die Ausschreibungsbestimmungen seien mit einem Mangel behaftet, der nicht präkludiert sei, da auf Grund des Mangels eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht hergestellt werden könne und folglich die Ermittlung des Bestangebotes nicht möglich sei. Die Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium Preis seien derart widersprüchlich, dass die von den Bietern angegebenen Preise nicht verglichen werden könnten. Der Auftraggeber spreche einerseits vom(n) Gesamtfestpreis (en), andererseits sehe er eine Indexierung für das Jahr 2009 und die Option vor. Mit diesen Angaben könne ein Bieter einen Gesamtfestpreis über die Jahre 2007 bis 2009 anbieten, der als Festpreis keiner Indexierung unterliege. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtfestpreis gefragt gewesen sei. Ein anderer Bieter könne einen Gesamtpreis anbieten, der für die Jahre 2007 und 2008 ein Festpreis und für das Jahr 2009 (und die Option) ein variabler Preis sei. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtpreis gefragt gewesen sei, der sich aus Festpreisen und variablen Preisen zusammensetze. Wie bereits dargestellt, führe die unklare Regelung dazu, dass die Angaben des Auftraggebers darüber hinaus auch so verstanden werden könnten, dass pro Jahr unterschiedliche Einzelpreise angegeben werden könnten, aus denen sich der Gesamtpreis errechne. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht herzustellen; die Ausschreibung leide daher unter einem Wurzelmangel, der auch nach Ablauf der Frist des § 321 Abs. 2 BVergG geltend gemacht werden könne. Die Ausschreibung sei zu widerrufen. Es sei unbestritten, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden sei. Unbestritten sei aber auch, dass eine Durchbrechung der Präklusion bei Mangelhaftigkeit der Ausschreibung dann anzunehmen sei, wenn auf der Grundlage der Ausschreibung eine Bestimmung des Bestbieters nicht möglich sei. Genau dies sei hier

der Fall. Die Ausschreibungsbestimmungen seien mit einem Mangel behaftet, der nicht präkludiert sei, da auf Grund des Mangels eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht hergestellt werden könne und folglich die Ermittlung des Bestangebotes nicht möglich sei. Die Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium Preis seien derart widersprüchlich, dass die von den Bietern angegebenen Preise nicht verglichen werden könnten. Der Auftraggeber spreche einerseits vom(n) Gesamtfestpreis (en), andererseits sehe er eine Indexierung für das Jahr 2009 und die Option vor. Mit diesen Angaben könne ein Bieter einen Gesamtfestpreis über die Jahre 2007 bis 2009 anbieten, der als Festpreis keiner Indexierung unterliege. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtfestpreis gefragt gewesen sei. Ein anderer Bieter könne einen Gesamtpreis anbieten, der für die Jahre 2007 und 2008 ein Festpreis und für das Jahr 2009 (und die Option) ein variabler Preis sei. Der Bieter folge dem Verständnis, dass ein Gesamtpreis gefragt gewesen sei, der sich aus Festpreisen und variablen Preisen zusammensetze. Wie bereits dargestellt, führe die unklare Regelung dazu, dass die Angaben des Auftraggebers darüber hinaus auch so verstanden werden könnten, dass pro Jahr unterschiedliche Einzelpreise angegeben werden könnten, aus denen sich der Gesamtpreis errechne. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben des Auftraggebers zum Zuschlagskriterium sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht herzustellen; die Ausschreibung leide daher unter einem Wurzelmangel, der auch nach Ablauf der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG geltend gemacht werden könne. Die Ausschreibung sei zu widerrufen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Antragsteller vor, dass das Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung auch zum Vorbringen des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde.

Zur Interessensabwägung brachte der Antragsteller vor, dass die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes erforderlich sei, obwohl der Auftraggeber noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen habe. Da der Antragsteller bereits ausgeschieden worden sei und daher nicht auszuschließen sei, dass er von einer allfälligen Zuschlagsentscheidung keine Kenntnis erhalten würde und ihm somit auch die Möglichkeit fehlen würde, eine solche Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu bekämpfen, sei die Erlassung der einstweiligen Verfügung notwendig, um eine Schädigung seiner Interessen zu vermeiden. Dem gegenüber würden keine besonderen Interessen des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit vorliegen, die der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 26.11.2007 zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung und brachte vor, dass eine Vergabe des ABC-Schutzanzuges dringend erforderlich sei, um die Soldaten im Ernstfall bestmöglich schützen zu können. Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung würde zu Verzögerungen führen und die Sicherheit der Soldaten gefährden, wodurch ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens vorliege. Die Ausschreibung habe bereits einmal wiederholt werden müssen, da kein Muster der Bieter entsprochen habe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 BVergG). Der Auftraggeber gab den geschätzten Auftragswert für das gesamte Vorhaben mit Euro 2.850.000,00 (ohne USt) an, wobei der geschätzte Auftragswert für Pos.1) ABC-Schutzanzug ca. Euro 2.100.000,00 und für Pos.2) ABC-Überschuhe Euro 750.000,00 beträgt. Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, BVergG). Der Auftraggeber gab den geschätzten Auftragswert für das gesamte Vorhaben mit Euro 2.850.000,00 (ohne USt) an, wobei der geschätzte Auftragswert für Pos.1) ABC-Schutzanzug ca. Euro 2.100.000,00 und für Pos.2) ABC-Überschuhe Euro 750.000,00 beträgt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 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 leg. cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des 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, leg. cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG rechtzeitig ist.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 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 leg. cit. 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, leg. cit. 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 § 329 Abs 3 leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen.

Was die vom Bundesvergabeamt vorzunehmende Interessenabwägung betrifft, so erblickt der Auftraggeber ein der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung entgegenstehendes besonderes öffentliches Interesse darin, dass die Erlassung der einstweiligen Verfügung zu Verzögerungen führen und die Sicherheit der Soldaten gefährden würde. Näheres hat der Auftraggeber hiezu nicht vorgebracht. Insbesondere hat der Auftraggeber keinerlei Vorbringen in die Richtung erstattet, dass etwa mit bereits vorhandenen ABC- Schutzanzügen nicht mehr das Auslangen gefunden werden könnte oder etwa bereits vorhandene Schutzanzüge ausgetauscht werden müssten.

Dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu einer Verfahrensverzögerung - im Ausmaß von maximal 6 Wochen - führt, liegt in der Natur der Sache und vermag als solche die Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu rechtfertigen.

Auch die Tatsache, dass bereits eine erfolglose Ausschreibung durchgeführt wurde, vermag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern. Ein dadurch eingetretener Zeitverlust kann jedenfalls nicht durch Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung "eingebracht" werden (vgl. BVA 5.12.2006, N/0097-BVA/14/2006-8; BVA 21.8.2007, N/0078- BVA/14/2007-EV09). Auch die Tatsache, dass bereits eine erfolglose Ausschreibung durchgeführt wurde, vermag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern. Ein dadurch eingetretener Zeitverlust kann jedenfalls nicht durch Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung "eingebracht" werden (vergleiche BVA 5.12.2006, N/0097-BVA/14/2006-8; BVA 21.8.2007, N/0078- BVA/14/2007-EV09).

Nach Angabe des Auftraggebers wurde bis jetzt zwar noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen, es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass seitens des Auftraggebers das Vergabeverfahren fortgeführt wird, also auch in weiterer Folge eine Zuschlagsentscheidung bzw die Zuschlagserteilung erfolgen.

Gemäß § 131 erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Fall der Antragsteller bereits ausgeschieden wurde und daher nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller im Falle einer Zuschlagsentscheidung keine diesbezügliche Mitteilung mehr erhält und somit auch keine Möglichkeit mehr hätte, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu bekämpfen, hatte zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Dies umso mehr, als im Falle des Obsiegens des Antragstellers mit seinem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren eine Schädigung seiner Interessen drohen würde, wenn er in weiterer Folge nicht mehr am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen könnte. Die Zuschlagserteilung war daher im Rahmen der gegenständlichen einstweiligen Verfügung, als das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel, vorläufig zu untersagen (vgl. BVA 5.4.2007, N/0031-BVA/05/2007-7EV, BVA 11.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-11). Gemäß Paragraph 131, erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Fall der Antragsteller bereits ausgeschieden wurde und daher nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller im Falle einer Zuschlagsentscheidung keine diesbezügliche Mitteilung mehr erhält und somit auch keine Möglichkeit mehr hätte, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu bekämpfen, hatte zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Dies umso mehr, als im Falle des Obsiegens des Antragstellers mit seinem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren eine Schädigung seiner Interessen drohen würde, wenn er in weiterer Folge nicht mehr am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen könnte. Die Zuschlagserteilung war daher im Rahmen der gegenständlichen einstweiligen Verfügung, als das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel, vorläufig zu untersagen vergleiche BVA 5.4.2007, N/0031-BVA/05/2007-7EV, BVA 11.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-11).

Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 19.05.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4 uva), sodass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 2 BVergG nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 19.05.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4 uva), sodass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Was die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft, ist auf § 326 BVergG zu verweisen, demzufolge über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers spätestens 6 Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden ist. Was die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft, ist auf Paragraph 326, BVergG zu verweisen, demzufolge über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers spätestens 6 Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden ist.

Dokumentnummer

VERGT_20071128_N_0112_BVA_14_2007_5_00

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