

TE Verg Bescheid 2007/4/19 N/0034-BVA/10/2007-EV020

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.04.2007

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Frei Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990) von Diphtherie-Tetanus-Impfstoff" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt Hauptstelle vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag der A*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 12. April 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Frei Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990) von Diphtherie-Tetanus-Impfstoff" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt Hauptstelle vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag der A*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 12. April 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Frei Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990) von Diphtherie-Tetanus-Impfstoff", den Zuschlag zu erteilen.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 12. April 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung. Sie machte geltend, dass ihr ein Schaden an entgangener Marge von Euro 5.247 drohe. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden. Das Angebot der B*** sei nicht das einzige ausschreibungskonforme. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass bei Zuschlagserteilung der Eintritt des Schadens durch Zuschlagserteilung an die B*** drohe.

Die B***, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, brachte mit Schriftsatz vom 16. April 2007 im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Alternativangebote ausdrücklich zulassen müsse. In der gegenständlichen Ausschreibung sei dies nicht geschehen. Bei der Wahl des Zuschlagsprinzips "niedrigster Preis" sei die Legung von Alternativangeboten unzulässig. Nach § 127 Abs 1 Z 7 BVergG sei das Angebot der Antragstellerin ein unzulässiges Alternativangebot und somit auszuschneiden. Die B*** habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Das gegenständliche Projekt stelle ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Impfstoffe dar. Die B*** erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Bei Nichterhalt des Auftrages betrage der Schaden in der Höhe der entgangenen Spanne Euro 3.435,25. Der Schaden der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Das öffentliche Interesse der Sicherstellung der Versorgung der österreichischen Bevölkerung mit Diphtherie-Tetanus-Impfstoff sei ab 1. Juni 2007 gefährdet, wenn das Nachprüfungsverfahren zu lange dauere. Die Auftraggeberin habe eine angemessene und kontinuierliche Bereitstellung der Diphtherie-Tetanus-Impfstoffe sicherzustellen, damit der Bedarf der Patienten im Inland gedeckt sei. Die B*** beantragte die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf einstweilige Verfügung als unbegründet abzuweisen.

Die B***, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, brachte mit Schriftsatz vom 16. April 2007 im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Alternativangebote ausdrücklich zulassen müsse. In der gegenständlichen Ausschreibung sei dies nicht geschehen. Bei der Wahl des Zuschlagsprinzips "niedrigster Preis" sei die Legung von Alternativangeboten unzulässig. Nach Paragraph 127, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sei das Angebot der Antragstellerin ein unzulässiges Alternativangebot und somit auszuschneiden. Die B*** habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Das gegenständliche Projekt stelle ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Impfstoffe dar. Die B*** erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Bei Nichterhalt des Auftrages betrage der Schaden in der Höhe der entgangenen Spanne Euro 3.435,25. Der Schaden der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Das öffentliche Interesse der Sicherstellung der Versorgung der österreichischen Bevölkerung mit Diphtherie-Tetanus-Impfstoff sei ab 1. Juni 2007 gefährdet, wenn das Nachprüfungsverfahren zu lange dauere. Die Auftraggeberin habe eine angemessene und kontinuierliche Bereitstellung der Diphtherie-Tetanus-Impfstoffe sicherzustellen, damit der Bedarf der Patienten im Inland gedeckt sei. Die B*** beantragte die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf einstweilige Verfügung als unbegründet abzuweisen.

Die Auftraggeberin legte am 16. April 2007 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Mit Schriftsatz vom 17. April 2007 erteilte sie die allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und stellte den Antrag auf Einschränkung der Akteneinsicht der Antragstellerin auf die sie betreffenden Teile des Vergabeaktes. Sie gab weder eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag noch zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens festgestellt und erwogen.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt schrieb die Lieferung von ca. 35.000 Dosen Diphterie-Tetanus-Impfstoff in der Fertigspritze pro Jahr mit einem geschätzten Auftragswert Euro 227.700 pro Jahr als Lieferauftrag in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip aus. Alternativangebote sind unzulässig. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Dezember 2006, 2006/S 242-258960, abgesandt am 15. Dezember 2006, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L 316701 6c7 aus. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 7. Februar 2007, 11.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte auch die Angebotsöffnung erfolgen. Die Bindungsfrist beträgt fünf Monate ab diesem Datum. (Bekanntmachung der Ausschreibung; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter www.auftrag.at)

Punkt 2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "2.Ziffer 2

Angebote, die unvollständig ausgefüllt sind bzw. eigenmächtige Textveränderungen oder Vorbehalte enthalten, berechtigen die vergebende Stelle, diese ohne weitere Prüfung auszuscheiden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "4.Ziffer 4

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer werden ausschließlich geregelt durch (in der Gültigkeit der Reihe nach):

1. a)Litera a
den Schlussbrief (das Auftragsschreiben)
2. b)Litera b
die vorliegende Ausschreibung
3. c)Litera c
die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 10 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "10.Ziffer 10

Der Bieter bleibt an sein Angebot 5 Monate nach Angebotsöffnung vollinhaltlich gebunden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 30 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "30.Ziffer 30

Änderungen und/oder Ergänzungen des vorliegenden Ausschreibungstextes sowie Abänderungsangebote sind unzulässig."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 32 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "32.Ziffer 32

Da ein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard auf definiertem Niveau vorgegeben wird, ist das einzige Zuschlagskriterium der niedrigste Preis. Überqualitäten sind nicht erforderlich und werden nicht bewertet."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1 der "Besonderen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "1.Ziffer eins

Vertragsdauer

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, beginnt mit 01.06.2007 und ist durch die Vertragspartner unter Einhaltung einer Frist von mindestens 3 Monaten jederzeit schriftlich kündbar. Der Auftragnehmer verzichtet jedoch

während der ersten drei Jahre auf sein ordentliches Kündigungsrecht."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2 der "Besonderen Bedingungen" der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1. "2.Ziffer 2

Preisgarantie

Der Preis des Impfstoffes ist ein Fixpreis für die Dauer von 3 Jahren ab Inkrafttreten des Liefervertrags. Preisbasis für die Änderungen sind die amtlichen österreichischen Arzneimittelpreise per Dezember 2006; Änderungen können nach Ablauf von drei Jahren nur in dem jeweils amtlich festgesetzten Ausmaß erfolgen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Leistungsverzeichnis der Ausschreibung lautet:

"LEISTUNGSVERZEICHNIS

(vom Bieter auszufüllen)

Diphtherie-Impfstoff in der Fertigspritze für Grundimmunisierung und Auffrischungsimpfung

Bedarf ca. 35.000 Dosen pro Jahr (ohne Gewähr)

Angebotenes Produkt:

ausgestattet mit Zulassungszertifikat des Bundesministeriums für

Gesundheit und Frauen (ist dem Angebot beizulegen) nach § 7 Abs. 1

Arzneimittelgesetz 2004 in der derzeit gültigen Fassung.

Zulassungsnummer:

Der Impfstoff wird ausgeliefert (zutreffendes bitte ankreuzen):

direkt durch den Auftragnehmer an den Empfänger, unter

Einschaltung einer Lieferapotheke

über Distribuent

Name und Anschrift der Lieferapotheke(n):

.....

Name und Anschrift des Distribuenten:

.....

Schutzdauer:

Die nachfolgend mit "M" gekennzeichneten Anforderungen

(Mussanforderungen) sind jedenfalls zu erfüllen; jede

Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

Mussanforderung wird vom ange-

mit "M", botenen Impf-

gekennzeichnet stoff erfüllt

Konservierungsmittelfreier Impfstoff M ja o nein o

Mindesthaltbarkeit 6 Monate M ja o nein o

ab Lieferung Monate

Lieferzeit innerhalb von 3 Werktagen| M ja o nein o

nach Einlagen der Anforderung Tage

beim Auftragnehmer

Preis je Fertigspritze inklusive Lieferung frei Haus und

Honorierung der Lieferapotheke.

EUR.....

(exklusive Mehrwertsteuer)

Bei Zahlung innerhalb von 30 Tagen nach Rechnungserhalt werden

..... % Skonto gewährt.

Alle angeführten Bedingungen sind integrierender Bestandteil des Angebots und werden vom Bieter vollinhaltlich und vorbehaltlos anerkannt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Vier Unternehmer bezogen die Ausschreibungsunterlagen. Am 7. Februar 2007 fand von 11.00 Uhr bis 11.15 Uhr die Angebotsöffnung in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin statt. Ein Bewerber legte ein Absageschreiben vor. Die Antragstellerin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legten Angebote und waren bei der Angebotsöffnung vertreten. Die Antragstellerin bot zwei Impfstoffe in Angeboten A und B zu Stückpreisen von Euro 2,14 und Euro 2,30 an. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin bot ein Produkt mit einem Stückpreis von Euro 2,19 an. Mit Schreiben vom 7. Februar 2007 forderte die Auftraggeberin von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verschiedene Unterlagen zum Nachweis der Eignung nach, die diese mit Schreiben vom 19. Februar 2007 vorlegte. In der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 15. März 2007 ist zum Angebot der Antragstellerin festgehalten:

"Gemäß Punkt 30 der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibung sind Abänderungen und/oder Ergänzungen des Ausschreibungstextes sowie Abänderungsangebote unzulässig. Die Firma A*** hat 2 Impfstoffe in einem Angebot unter A und B offeriert (Handvermerke). Das Angebot der Firma A*** ist daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 wegen Unzulässigkeit auszuschneiden." Mit E-Mail vom 29. März 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgendes mit: "Auf Grund des Ergebnisses der Prüfung mussten Ihre nachfolgend aufgeführten Angebote über Diphtherie-Tetanus-Impfstoff gemäß Bundesvergabegesetz ausgeschieden werden: Hauptangebot § 129.1.7 Begründung: §129.1.7 Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind." Mit Telefax vom 30. März 2007 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)"

Gemäß Punkt 30 der allgemeinen Bedingungen der Ausschreibung sind Abänderungen und/oder Ergänzungen des Ausschreibungstextes sowie Abänderungsangebote unzulässig. Die Firma A*** hat 2 Impfstoffe in einem Angebot unter A und B offeriert (Handvermerke). Das Angebot der Firma A*** ist daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, wegen Unzulässigkeit auszuschneiden." Mit E-Mail vom 29. März 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgendes mit: "Auf Grund des Ergebnisses der Prüfung mussten Ihre nachfolgend aufgeführten Angebote über Diphtherie-Tetanus-Impfstoff gemäß Bundesvergabegesetz ausgeschieden werden: Hauptangebot Paragraph 129 Punkt eins Punkt 7, Begründung: §129.1.7 Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind." Mit Telefax vom 30. März 2007 teilte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 3.200 an Pauschalgebühren. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt schlüssig sich aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, schließlich der gegenständliche Verfahrensakt. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG, die nach Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs. 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt.

Der Auftrag ist ein Lieferauftrag. Er wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Der Auftragnehmer verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von drei Jahren. Die Vertragsdauer beträgt daher voraussichtlich mindestens drei Jahre. Der geschätzte Auftragswert ist mit 34.500 Stück Einwegspritzen pro Jahr à Euro 2,20, somit pro Jahr mit Euro 75.900 angegeben. Die Auftraggeberin legte ihrer Schätzung eine Vertragsdauer von drei Jahren zugrunde, woraus sich ein geschätzter Auftragswert von Euro 227.700 ergibt. § 15 Abs 1 Z 3 BVergG ordnet an, dass bei unbefristeten Aufträgen das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelts anzusetzen ist. Dies entspricht dem Entgelt für vier Jahre. Auch wenn die Entlohnung für die gegenständlichen Leistungen nicht in pauschalierten Monatsentgelten sondern in einer Abrechnung nach gelieferten Stück erfolgt, so ergibt sich doch daraus, dass bei unbefristeten Verträgen wie dem verfahrensgegenständlichen das Entgelt für vier Jahre bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes heranzuziehen ist. Da der maßgebliche Schwellenwert nach § 12 Abs 1 Z 2 BVergG idF BGBl II 193/2006 Euro 211.000 beträgt, macht diese Differenz im Ergebnis keinen Unterschied. Das Vergabeverfahren findet jedenfalls im Oberschwellenbereich statt. Der Auftrag ist ein Lieferauftrag. Er wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Der Auftragnehmer verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von drei Jahren. Die Vertragsdauer beträgt daher voraussichtlich mindestens drei Jahre. Der geschätzte Auftragswert ist mit 34.500 Stück Einwegspritzen pro Jahr à Euro 2,20, somit pro Jahr mit Euro 75.900 angegeben. Die Auftraggeberin legte ihrer Schätzung eine Vertragsdauer von drei Jahren zugrunde, woraus sich ein geschätzter Auftragswert von Euro 227.700 ergibt. Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ordnet an, dass bei unbefristeten Aufträgen das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelts anzusetzen ist. Dies entspricht dem Entgelt für vier Jahre. Auch wenn die Entlohnung für die gegenständlichen Leistungen nicht in pauschalierten Monatsentgelten sondern in einer Abrechnung nach gelieferten Stück erfolgt, so ergibt sich doch daraus, dass bei unbefristeten Verträgen wie dem verfahrensgegenständlichen das Entgelt für vier Jahre bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes heranzuziehen ist. Da der maßgebliche Schwellenwert nach Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 193 aus 2006, Euro 211.000 beträgt, macht diese Differenz im Ergebnis keinen Unterschied. Das Vergabeverfahren findet jedenfalls im Oberschwellenbereich statt.

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 a 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 a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, 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 laut Stellungnahme des Auftraggebers, 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 dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller 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.

3.2 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 BVergG 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. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin machte im Wesentlichen den drohenden Schaden und die Gefahr des endgültigen Verlusts des Auftrags als für die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende Interessen geltend. Die Auftraggeberin äußerte sich nicht dazu. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin machte im Wesentlichen ihren Anspruch auf Zuschlagserteilung, den bei Verlust des Auftrags drohenden entgangenen Gewinn und das öffentliche Interesse an der Versorgung mit Diphtherie-Tetanus-Impfungen ab Vertragsbeginn geltend.

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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des Auftrags und gleichzeitig der Verlust der Möglichkeit, den Auftrag zu erhalten, sollte der Zuschlag erteilt werden, sind evident. Ebenso klar sind die Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. In hohem Maße fällt ins Gewicht, dass die Auftraggeberin von einer Geltendmachung von Interessen am Unterbleiben der einstweiligen Verfügung Abstand nahm. Die Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin werden nicht durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung, sondern allenfalls durch die Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens beeinträchtigt. Diesem kann eine einstweilige Verfügung jedoch keinesfalls vorgreifen. Das öffentliche Interesse an der Versorgung der Bevölkerung mit Diphtherie-Tetanus-Impfstoffen ist zweifellos beachtlich. Vertragsbeginn soll der 1. Juni 2007 sein. Bis zu diesem Zeitpunkt muss das Vergabeverfahren jedoch bereits erledigt sein, sodass von einer Beeinträchtigung dieses Interesses nicht ausgegangen werden kann.

Schließlich sind das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01; BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10) und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (z.B. BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12; BVA 12.2.2004, 16N 8/04 7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25) zu berücksichtigen. Bei Abwägung der genannten Interessen ergibt sich, dass das Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung das Interesse am Unterbleiben derselben überwiegt.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit lediglich der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in

Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Auch wenn die Antragstellerin in erster Linie von der Ausscheidensentscheidung belastet ist, ist ihr beizupflichten, dass die Zuschlagserteilung ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags endgültig zunichte machen würde. Die Zuschlagserteilung zu untersagen, stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maß beschränkt. Daher handelt es sich auch um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG 2006. Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Auch wenn die Antragstellerin in erster Linie von der Ausscheidensentscheidung belastet ist, ist ihr beizupflichten, dass die Zuschlagserteilung ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags endgültig zunichte machen würde. Die Zuschlagserteilung zu untersagen, stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maß beschränkt. Daher handelt es sich auch um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006.

§ 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030 BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-EV-10). Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die

Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030 BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10).

Dokumentnummer

VERGT_20070419_N_0034_BVA_10_2007_EV020_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