

TE Verg Bescheid 2013/7/19 N/0073-BVA/06/2013-14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.07.2013

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG 2. Spritzbetonstrukturen" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft

Österreich, Abteilung 403, Schönbrunn, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 5. Juli 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG 2. Spritzbetonstrukturen" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403, Schönbrunn, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 5. Juli 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, wird stattgegeben.

Der Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, ist es für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Tiergarten Schönbrunn - Neubau Eisbärenanlage, OG 1. Kunstfelsen - und OG 2.

Spritzbetonstrukturen", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 5. Juli 2013 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Gebührenersatz, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Auftraggeber sei die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich. Es solle ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich zur Vergabe gelangen. Konkret das Gewerk Kunstfelsenarbeiten OG 1. und das Gewerk Spitzbetonstrukt. OG 2.

Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 30.6.2013. Diese sei der Antragstellerin per E-Mail mitgeteilt worden. Präsumtiver Zuschlagsempfänger sei das B***. Die Auftragssumme belaufe sich auf € 350.443,15.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ausschlaggebend für den Zuschlag sei die Gesamtpunkteanzahl. Der Preis habe nur eine geringe Signifikanz. Das Angebot der Antragstellerin sei an zweiter Stelle gereiht. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung ausgeschieden werden müssen.

Dies da zur vertieften Angebotsprüfung und Realisierung des Bestbieterprinzips als Schwerpunkt der Bewertungskriterien die Herstellung eines Musterelementes vorgegeben gewesen sei. Auf Seite 4 der Ausschreibungsunterlagen heiße es, dass dieses Musterelement als Bewertungskriterium herangezogen werde. Jeder Bieter hätte die Herstellung eines großflächigen Musterelements im Maßstab 1:1 erbringen müssen.

Für die Herstellung dieses Musterelements würden alle projektypischen Anforderungen gleichartig gelten wie für die zukünftig herzustellende Gesamtleistung. Weiters würden eine Reihe von spezifischen Anforderungen dargelegt. Ziel sei die glaubhafte Darstellung von höchst naturnahen Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise eines Landschaftsbildes, welches typisch für den Lebensraum der Eisbären im Tiergarten Schönbrunn sein solle. Weiters sei vorgesehen gewesen, das Musterelement auf bauseitigem Untergrund über eine Fläche von 7-8 m2 zu errichten und müsse dieses alle beschriebenen projektrelevanten Qualitäten und Anforderungen erfüllen. Die einzelnen technischen Details (Mindestanforderungen) an dieses Musterelement seien detailliert beschrieben. Dies gehe über die verwendeten Materialien, rostfreie Materialien, 60% Plattenanteil, Montage an Ort und Stelle, Verankerung und Bewehrung, Spritzbetonstrukturen bis zur Entsorgung der Restmaterialien und Räumung der Baustelle.

Jeder Bieter habe die Herstellung eines kleinen Teils der auftragsgegenständlichen Werkleistungen als Musterstück zu erbringen. Der Auftraggeber wolle sich damit einen vollen Überblick über die Eignung des Bieters einerseits und die Kreativität, vor allem aber über den Angebotsinhalt, verschaffen. Jedem Bieter sei die Gestaltung eines

Musterelements im ausschreibungsgemäß vorgegebenen Rahmen freigestellt.

Die beispielsweise baukünstlerische aber auch tiergärtnerische Gestaltungsvielfalt und Kreativität sollte - weit mehr als der Preis - die Zuschlagsentscheidung determinieren. Dem Musterelement komme nicht nur Prüfungs-, sondern vor allem auch Angebotscharakter zu. Dies bedeute, dass Defizite bei der Mustererstellung unbehebbarer Mängel seien. Ein solches Musterstück sei damit eine Willenserklärung des Inhalts, dass sie die Leistung, die der Bieter später zu erbringen beabsichtige, schon zuvor beschreibe.

Umso überraschender sei die Zuschlagsentscheidung gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe in einer Vielzahl von Punkten gegen zwingende Ausschreibungsbedingungen verstoßen. Während die anderen Bieter etwa ihre konstruktiven Rundstahlstäbe aus nicht rostendem Edelstahl hergestellt hätten, habe der präsumtive Zuschlagsempfänger (Anm: ein Bühnenbildner) lediglich ein Musterelement mit verzinkten Rundstahlstäben aufgebaut, welche mit Kabelbindern verbunden gewesen seien. Nun stelle sich die Frage, ob dieser Bieter den Auftraggeber überhaupt "ernst nehme". Es sei bestandsfest gefordert gewesen, dass das Musterelement aus nicht rostenden Elementen hergestellt werde. Umso überraschender sei die Zuschlagsentscheidung gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe in einer Vielzahl von Punkten gegen zwingende Ausschreibungsbedingungen verstoßen. Während die anderen Bieter etwa ihre konstruktiven Rundstahlstäbe aus nicht rostendem Edelstahl hergestellt hätten, habe der präsumtive Zuschlagsempfänger (Anmerkung, ein Bühnenbildner) lediglich ein Musterelement mit verzinkten Rundstahlstäben aufgebaut, welche mit Kabelbindern verbunden gewesen seien. Nun stelle sich die Frage, ob dieser Bieter den Auftraggeber überhaupt "ernst nehme". Es sei bestandsfest gefordert gewesen, dass das Musterelement aus nicht rostenden Elementen hergestellt werde.

Hierzu komme, dass durch den Spritzbeton korrosive Angriffe erfolgen würden, die unbedingt rostfreien Edelstahl als Bewehrung erfordern würden. In wettbewerblicher Hinsicht verschaffe sich ein Anbieter, der anstatt des ausgeschriebenen Edelstahls (V2A) bloß verzinkte Eisenstäbe anbiete, damit einen uneinholbaren Wettbewerbsvorteil auf der Kostenseite. Verzinkt sei nicht rostfrei.

In der Ausschreibung sei etwa vorgesehen, dass die nutzungstechnischen und tiergärtnerischen Anforderungen auch vom Musterelement eingehalten werden müssten. Dies als vollbewittertes Freiraumbauwerk einschließlich tiergärtnerische Belastungen wie Pflege- und Reinigungsbetrieb, Belastung durch die Tiere etc.

Es sei eine besondere Anforderung, dass ein mögliches Klettern der Bären auf die Struktur nachhaltig verhindert werde. Alle Strukturen müssten daher vollvolumig hinterfüllt werden. Das Musterelement des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei hingegen nur bis zur Hälfte hinterfüllt worden und hätte so großvolumig Wasser aufnehmen können.

Die als Musterelement vorgelegte Struktur des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei daher in jeder Beziehung für den ausersehenen Verwendungszweck vollkommen ungeeignet gewesen. Dies habe auch die Jury erkannt. In einer Aktennotiz der Jury vom 26.6.2013 heiße es "es haben nicht alle Bieter die Qualität Typ A unter Zuhilfenahme von Matrizen oder Paneelen hergestellt. Im Rahmen der Jurysitzung wurde besprochen, dass diese einen Abzug bei der Bewertung zur Folge hat". Richtigerweise hätten jedoch Angebote, bei denen das Musterelement die Paneelbauweise nicht erfüllt habe, ausgeschieden werden müssen. Die gewählte Vorgangsweise, nämlich der Abzug von 75 % der erzielten Punkte für die Erfüllung der tiergärtnerischen Anforderungen, sei vergaberechtlich unzulässig. Falls dieser Vorgangsweise sämtliche Jurymitglieder zugestimmt hätten, läge darin ein Abgehen von der zwingenden Vorschriften der Ausschreibung.

Ein Wettbewerbsverstoß des präsumtiven Zuschlagsempfängers liege auch darin, dass dieser alles ausschreibungswidrig in Spritzbeton angeboten habe, wogegen die vorgeschriebene Plattenbauweise erheblich teurer sei. Er habe sich einen unseriösen Kostenvorteil dadurch erwirtschaftet, dass die ausschreibungsgemäße Qualität nicht erreicht worden sei. Er habe sich die aufwendige Herstellung von Fertigelementen erspart.

Die beiden Elemente verzinkt + Kabelbinder und 100% Spritzbeton anstatt etwa 60% Plattenkonstruktion würden zusammen eine Kosteneinsparung auf das gesamte Projekt gerechnet von mindestens € 60.000,- bedeuten. In einem nicht offenen Verfahren dürfe von den bestandsfesten Vorgaben der Ausschreibungen nicht mehr abgegangen werden.

Bereits aufgrund des Juryprotokolls sei rein aktenmäßig evident, dass der Auftraggeber eine ungesetzliche

Ungleichbehandlung vorgenommen habe. Es werde daher voraussichtlich einer vertieften Überprüfung durch einen Sachverständigen für Bautechnik in Verbindung mit einem Sachverständigen für Tiergartenwesen gar nicht bedürfen. Die Jury habe rechtsirrig gar nicht geprüft, ob eines der zwingenden Ausschreibungskriterien für das Musterelement verletzt worden sei. Tatsächlich sei das Musterelement des präsumtiven Zuschlagsempfängers in jeder Weise ungeeignet und ausschreibungswidrig. Neben den Genannten liege noch eine Vielzahl weiterer kleiner "Einsparungen" im Sinne einer ausschreibungswidrigen Qualitätsminderung vor. Auch diese würden jeweils Mängel darstellen und ebenfalls zur Zuschlagsunfähigkeit führen. Technisch wäre hierfür jedoch ein Soll/Ist-Vergleich durch einen Bausachverständigen erforderlich. Ohne Beiziehung eines solchen Sachverständigen für Bauwesen sei ein seriöser Qualitätsvergleich gar nicht möglich und hätte ein Mangel des Vergabeverfahrens somit in der Unterlassung der Beiziehung eines entsprechenden Sachverständigen gelegen.

Auch die Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei noch im Detail zu prüfen. Ausschreibungsgegenständlich seien Bauarbeiten, sodass eine entsprechende Konzession erforderlich sei. Die Eignung sei auf 2 Ebenen zu prüfen. Einerseits die gewerberechtliche Zulässigkeit der Leistungserbringung (Bauarbeiten) durch einen Bühnenbildner, andererseits die Eignung im Punkt der technischen Leistungsfähigkeit. Der präsumtive Zuschlagsempfänger dürfe solche Bauarbeiten mit erhöhten Sicherheitsanforderungen in Österreich nicht einmal ausführen. Die Zuschlagsentscheidung sei nach dem Gesagten rechtswidrig.

Im Falle des Vergabeverstößes entfalle eine entscheidende Referenz für die Antragstellerin. Weiters könnten sich dann ungeeignete Mitbieter eine Referenz schaffen. Durch die Kosten für die Angebotserstellung und die Teilnahme am Vergabeverfahren und die rechtsfreundliche Vertretung seien bereits Kosten angefallen. Auch würden Vorhalte- und Kapazitätsreservierungskosten entstehen.

Der Antragstellerin entgehe das Erfüllungsinteresse. Das Erfüllungsinteresse umfasse die kalkulatorischen Zuschläge für Wagnis und Gewinn sowie die Zentralregion. Es würden 15% von €

302.000,-- als Schaden geltend gemacht.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf das Ausscheiden von ungeeigneten Mitbietern, auf das Ausscheiden von ausschreibungswidrigen Konkurrenzofferten, auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, auf Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und auf Beachtung der Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter sowie in ihrem Recht auf den Zuschlag verletzt.

Der Auftraggeber hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gehabt und in weiterer Folge den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen müssen. Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zunächst mangels Befugnis, aber auch mangels Eignung und mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden müssen. Der Auftraggeber hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gehabt und in weiterer Folge den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen müssen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zunächst mangels Befugnis, aber auch mangels Eignung und mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden müssen.

Das vollkommen untaugliche und "gefährliche" Musterelement des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei ein Angebot, dessen weiterer Bearbeitung dem öffentlichen Auftraggeber eigentlich gar nicht zumutbar sei. Daraus folge, dass das Angebot auch gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Es widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei fehlerhaft und unvollständig und in diesem Sinne mit einem unbehebbarer Mangel behaftet. Jede Änderung am Musterelement sei zuschlagsrelevant und damit unzulässig. Der Bieter habe daher grundsätzlich nur eine Chance, ein entsprechendes Musterelement abzuliefern. Das vollkommen untaugliche und "gefährliche" Musterelement des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei ein Angebot, dessen weiterer Bearbeitung dem öffentlichen Auftraggeber eigentlich gar nicht zumutbar sei. Daraus folge, dass das Angebot auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Es widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei fehlerhaft und unvollständig und in diesem Sinne mit einem unbehebbarer Mangel behaftet. Jede Änderung am Musterelement sei zuschlagsrelevant und damit unzulässig. Der Bieter habe daher grundsätzlich nur eine Chance, ein entsprechendes Musterelement abzuliefern.

Dies umso mehr, als ein Musterelement in den Qualitäten A und B mit "glaubhaften Übergängen zwischen diesen

beiden Qualitäten und einem Flächenverhältnis von 60:40 bzw 40:60" gefordert gewesen sei. Es sei also von vorn herein unzulässig, ein Musterelement abzuliefern, das überhaupt keine Darstellung gemäß Ausführungsqualität A der naturnahen Kunstfelsenstrukturen in Paneelbauweise aufgewiesen habe. Dass der präsumtive Zuschlagsempfänger das Muster zu 100 % in Spritzbauweise ausgeführt habe zeige, dass er dies auch bei der Gesamtbauleistung beabsichtige. Die geforderte Paneelbauweise "falle praktisch unter den Tisch".

Rechtsrichtigerweise hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausgeschieden werden müssen und die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der Antragstellerin zu lauten gehabt.

Mit Schriftsatz vom 10. Juli 2013 legte die Auftraggeberin Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens vor. Mit weiteren Schriftsätzen vom 11. Juli 2013 und vom 12. Juli 2013 (eingelangt am 15. Juli 2013) erstattete sie allgemeine Auskünfte sowie eine inhaltliche Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und zum Hauptbegehren. Demnach handle es sich um einen Bauauftrag, welcher in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelange. Der geschätzte Auftragswert betrage € 408.000,--, eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Angebotsöffnung habe am 24. April 2013, 10:45 Uhr, stattgefunden, wobei insgesamt vier Bieter ein Angebot abgegeben hätten. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern bekannt gegeben worden. Mit E-Mail vom 15. Juli 2013 (eingelangt am 16. Juli 2013) und mittels telefonischer Auskunft vom 19. Juli 2013 stellte die Auftraggeberin über Aufforderung klar, dass entgegen ihrer Auskunft vom 11. Juli 2013 bislang kein Zuschlag erteilt worden sei. Auch habe weder eine Widerrufsentscheidung noch ein Widerruf stattgefunden.

Zum Nachweis des bestehenden öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens mit dem Ziel der zeitgerechten Fertigstellung des Bauvorhabens legte die Auftraggeberin im Rahmen des Provisorialverfahrens eine an sie gerichtete E-Mail-Mitteilung vom 18. April 2013 in englischer Sprache über das "Polar Bear (EEP) European Endangered Species Programme" vor und führte aus, eine Verzögerung und das Nichteinhalten des Zeitplanes gefährde die vertragliche Lieferung und die Besiedlung durch die Eisbären. Die Eisbärenanlage müsse im Frühjahr 2014 fertiggestellt sein, um die Anforderungen des europaweiten Zuchtprogrammes zu erfüllen. Ein Arbeiten in der Frostperiode bzw unter +5 Grad Celsius sei aber nicht mehr möglich. Ohne Eisbären werde die Erstellung der gesamten Eisbärenanlage sinnlos und alle bisherigen betrieblichen und baulichen Investitionen seien verlorener Aufwand für die Auftraggeberin. Darüber hinaus könne durch eine verspätete Eröffnung der Eisbärenanlage als neue Attraktion des Tiergartens die vorgesehene Erhöhung der Eintrittspreise im Mai 2014 nicht erfolgen und ginge zwischen Mai und September durch die Hauptbesucherströme die Differenz zu den derzeitigen Eintrittspreisen verloren, wodurch dem Tiergarten Schönbrunn Einnahmeverluste entstehen. Diese würden sich bei Eröffnung der Eisbärenanlage im Oktober 2014 anstelle April 2014 laut beiliegendem Schreiben der Schönbrunner Tiergarten Ges.m.b.H. auf rund € 737.000,-- belaufen. Hinzu kämen aufgrund vertraglicher Verpflichtungen mit anderen Auftragnehmern Pönalen als Folge der Bauverzögerungen von bis zu € 24.000,--.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin äußerte sich zum Hauptantrag mit Stellungnahme vom 12. Juli 2013. Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden keine Ausführungen getätigt.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen und der bislang vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Tiergarten Schönbrunn, schrieb Ende März 2013 die gegenständliche Leistung in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus. Leistungsgegenstand ist die Herstellung von Kunstfelsen und Spritzbetonstrukturen im Zuge der Neugestaltung der Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn.

Im Rahmen der Ausschreibungsempfehlung vom 19. März 2013 wurde seitens der Projektleitung (Ing. C***, D***) zum Terminziel festgehalten: "Die Kunstfelsenarbeiten müssen von Mitte Juli - Mitte Oktober 2013 durchgeführt werden. Da vor der endgültigen Vergabe die Bieter vor Ort ein Muster anfertigen müssen ist die Vergabe am kritischen Weg."

Die Angebotsfrist endete am 24. April 2013. Die Angebotsöffnung erfolgte am selben Tag. Als Ende der Zuschlagsfrist wurde der 23. Oktober 2013 festgelegt. Die Anfertigung von durch eine Jury zu bewertenden Musterelementen durch die Bieter wurde für den Zeitraum vom 3. Juni 2013 bis 21. Juni 2013 angesetzt. Die Jurybewertung erfolgte am 26. Juni 2013. Am 30. Juni 2013 wurde sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung lautend auf das B*** bekannt gegeben.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages
I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Tiergarten Schönbrunn. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG (siehe BVA vom 28. März 2013, N/0023-BVA/10/2013-8). Entsprechend deren Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag der in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich auszugehen ist. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Abteilung 403 - Tiergarten Schönbrunn. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (siehe BVA vom 28. März 2013, N/0023-BVA/10/2013-8). Entsprechend deren Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag der in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich auszugehen ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten 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 Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten 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 nach Auskunft der Auftraggeberin der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da nach Auskunft der Auftraggeberin der Zuschlag nicht erteilt wurde und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Ausgehend von der Annahme der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 30. Juni 2013 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 bzw 4 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Ausgehend von der Annahme der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 30. Juni 2013 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, bzw 4 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 30. Juni 2013.

Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag an den durch die Auftraggeberin ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVA-GebV 2012). Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag an den durch die Auftraggeberin ermittelten

Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVA-GebV 2012).

II. Inhaltliche Beurteilung

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 3 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 3, 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 4 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 4, 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 behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft und dass sie in der Folge für die Zuschlagserteilung in Frage käme, droht ihr durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines allfälligen Vertragsabschlusses mit der Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft und dass sie in der Folge für die Zuschlagserteilung in Frage käme, droht ihr durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines allfälligen Vertragsabschlusses mit der Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Dem von der Auftraggeberin dargelegten öffentlichen Interesse an einer Einhaltung des Zeitplanes und der zeitgerechten Fertigstellung des verfahrensgegenständlichen Bauauftrages aufgrund der Anforderungen des betreffenden Europäischen Erhaltungszuchtprogrammes steht das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl VfGH vom 25. Oktober 2002, B 1369/01; BVA vom 11. März 2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; BVA vom 16. Mai 2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11 uva) gegenüber. Dem von der Auftraggeberin dargelegten öffentlichen Interesse an einer Einhaltung des Zeitplanes und der zeitgerechten Fertigstellung des verfahrensgegenständlichen Bauauftrages aufgrund der Anforderungen des betreffenden Europäischen Erhaltungszuchtprogrammes steht das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH vom 25. Oktober 2002, B 1369/01; BVA vom 11. März 2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; BVA vom 16. Mai 2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11 uva) gegenüber.

Abgesehen davon ist der Auftraggeberin entgegen zu halten, dass ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen hat (siehe etwa bereits BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; BVA vom 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10; BVA vom 14. Juni 2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.). Zumal der Herstellungszeitraum laut Ausschreibungsempfehlung der Projektleitung mit Mitte Juli 2013 bis Mitte Oktober 2013 vorgesehen war, hat die Auftraggeberin bei Betrachtung des tatsächlichen Ablaufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens ganz offensichtlich die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens gerade nicht berücksichtigt.

Wiewohl der Auftraggeberin die Dringlichkeit der Vergabe und der Fertigstellung der verfahrensgegenständlichen Leistung auch schon bei Einleitung des Vergabeverfahrens und nicht erst infolge des Schreibens des für die Eisbären zuständigen Zuchtkoordinators vom April 2013 bewusst gewesen sein muss (siehe Ausschreibungsempfehlung der Projektleitung), hat sie dennoch keine besondere Eile an den Tag gelegt. Die Auftraggeberin hat etwa die Aufforderung zur Anfertigung der Musterelemente erst drei Wochen nach der am 24. April 2013 erfolgten Angebotsöffnung versandt und die Herstellung der Musterelemente erst für den Zeitraum vom 3. Juni bis 21. Juni 2013 vorgesehen.

Zumal es die Auftraggeberin trotz vorab absehbarer Dringlichkeit unterlassen hat, ein Vergabeverfahren entsprechend zeitgerecht einzuleiten bzw entsprechend zügig voranzutreiben oder in Form eines beschleunigten Verfahrens durchzuführen, hat sie damit einhergehende Nachteile selbst zu verantworten und kann daher die Berufung auf Verzögerungen bei der Vergabe nicht zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden gehen (vgl BVA vom 23. März 2012, N/0036-BVA/08/2012-9; BVA vom 22. April 2008, N/0045-BVA/10/2008-19). Zumal es die Auftraggeberin trotz vorab absehbarer Dringlichkeit unterlassen hat, ein Vergabeverfahren entsprechend zeitgerecht einzuleiten bzw entsprechend zügig voranzutreiben oder in Form eines beschleunigten Verfahrens durchzuführen, hat sie damit einhergehende Nachteile selbst zu verantworten und kann daher die Berufung auf Verzögerungen bei der Vergabe

nicht zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden gehen vergleiche BVA vom 23. März 2012, N/0036-BVA/08/2012-9; BVA vom 22. April 2008, N/0045-BVA/10/2008-19).

Schließlich ist die Auftraggeberin hinsichtlich der von ihr ins Treffen geführten Einnahmeverluste darauf zu verweisen, dass es in der Natur der Sache liegt, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann. Als Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren regelmäßig verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium ausschalten (ua BVA vom 9. August 2011, N/0077-BVA/02/2011-5). Abgesehen davon differenzieren die Angaben zur geplanten Eröffnung der neuen Eisbärenanlage. Auch kann nicht nachvollzogen werden, dass der vorläufige Stopp des Vergabeverfahrens eine Eröffnung der Eisbärenanlage und eine Erhöhung der Eintrittspreise bis zum Oktober 2014 verunmöglichen soll, weswegen das betreffende Vorbringen auch insofern nicht zu überzeugen vermag.

Demzufolge ist unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH; BVA vom 24. Juli 2008, N/0103- BVA/14/2008-10; BVA vom 29. August 2006, N/0071-BVA/04/2006- 15; BVA vom 21. Februar 2006, N/0008- BVA/08/2006-30 uva), von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung und damit der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Demzufolge ist unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH; BVA vom 24. Juli 2008, N/0103- BVA/14/2008-10; BVA vom 29. August 2006, N/0071-BVA/04/2006- 15; BVA vom 21. Februar 2006, N/0008- BVA/08/2006-30 uva), von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung und damit der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens ist die begehrte Untersagung der Zuschlagserteilung notwendig und geeignet, den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten. Es handelt sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG. Nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens ist die begehrte Untersagung der Zuschlagserteilung notwendig und geeignet, den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten. Es handelt sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG.

Dem Antrag entsprechend, war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen. Diese ist damit nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten (ua BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA vom 10. Mai 2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN). Dem Antrag entsprechend, war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen. Diese ist damit nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten (ua BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA vom 10. Mai 2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN).

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

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