

TE Verg Bescheid 2013/3/18 N/0020-BVA/07/2013-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.03.2013

Norm

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "1030 Wien, Erdbergstraße 192- 196, Umbau BVG (Sanierung Verwaltungsgebäude) - HKLS- und MSR-Leistungen" der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11.3.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "1030 Wien, Erdbergstraße 192- 196, Umbau BVG (Sanierung Verwaltungsgebäude) - HKLS- und MSR-Leistungen" der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 11.3.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, womit der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA untersagt wird, "im Vergabeverfahren 'Umbau BVG (Sanierung Verwaltungsgebäude), 1030 Wien, Erdbergstraße 192- 196, HKLS- und MSR-Leistungen' den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Im Vergabeverfahren "1030 Wien, Erdbergstraße 192-196, Umbau BVG (Sanierung Verwaltungsgebäude) - HKLS- und MSR-Leistungen" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Auftraggeberin, ARE Austrian Real Estate GmbH, untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 11.3.2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin, eine 100%ige Tochtergesellschaft der unstreitig dem BVergG unterliegenden Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., ein offenes

Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages durchführe. Auftragsgegenstand seien HLKS- und MSR-Leistungen. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein formrichtiges Angebot abgegeben, welches aufgrund des angebotenen und verlesenen Preises unter Erfüllung des Qualitätskriteriums an erster Stelle zu reihen wäre.

Mit Telefax vom 21.2.2013 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, drei darin näher beschriebene Punkte aufzuklären. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen und habe sie mit Telefax vom 27.2.2013 die geforderten Auskünfte erteilt. Mit Telefax vom 28.2.2013 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft B***/C*** zu erteilen sowie, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG ausgeschieden werde. Mit Telefax vom 21.2.2013 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, drei darin näher beschriebene Punkte aufzuklären. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen und habe sie mit Telefax vom 27.2.2013 die geforderten Auskünfte erteilt. Mit Telefax vom 28.2.2013 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft B***/C*** zu erteilen sowie, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG ausgeschieden werde.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei zu Unrecht erfolgt und somit sei auch die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig:

1. 1.Ziffer eins

Angeblich fehlende namentliche Nennung von Projektleiter und Montageleiter

Entgegen der Behauptung der Auftraggeberin sei bereits dem Angebot die namentliche Nennung von Herrn D*** als Projektleiter und Herrn E*** als Montageleiter beigelegt. Weiters sei ein Organigramm beigelegt, aus dem sich diese Funktionen ebenfalls zweifelsfrei ergeben würden. Darüber hinaus sei im Zuge der Aufklärung auch nochmals eine entsprechende Erklärung abgegeben worden. Der Ausscheidensgrund liege daher nicht vor.

1. 2.Ziffer 2

Angeblich fehlende Unterfertigung der Unternehmensreferenz

In der Ausschreibung sei bestandfest festgelegt, dass Projektleiter und Montageleiter nur zu "nennen" seien, eine diesbezügliche Auftraggeberbestätigung sei nicht vorgesehen. Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibung festgelegt, dass Referenzen zu beschreiben und mit nachvollziehbaren Nachweisen zu belegen seien. Eine auftraggeberseitige Unterfertigung sei ausdrücklich nicht vorgesehen. Ein nachvollziehbarer Nachweis liege jedoch schon dann vor, wenn es der Auftraggeberin möglich sei, die von der Bieterin genannten Referenzen zu prüfen, was hier eindeutig der Fall sei. Die Antragstellerin habe sich daher ausschreibungskonform verhalten, weshalb das Ausscheiden ihres Angebotes auch aus diesem Grund rechtswidrig sei.

1. 3.Ziffer 3

Referenzprojekt sei angeblich nicht übergeben/übernommen

Die Auftraggeberin habe festgelegt, dass bei der zu nennenden Referenz die Übergabe des Bauvorhabens an den dortigen Auftraggeber nicht länger als drei Jahre zurückliegen dürfe. Sie habe jedoch nicht festgelegt, dass eine Übergabe tatsächlich stattgefunden haben müsse.

Zwar sei beim gegenständlichen Referenzprojekt zwischen der Antragstellerin und der Bauherrschaft eine förmliche Übernahme der Leistungen gemäß ÖNORM B2110, Ausgabe 2002, vereinbart gewesen. Allerdings habe der Auftraggeber damals erhebliche Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Bauprojektes gehabt, die mit der Leistung der Antragstellerin jedoch nichts zu tun gehabt hätten, und habe dann keinen Termin zur förmlichen Übergabe anberaumt. Die Antragstellerin habe daher dem dortigen Auftraggeber mit Schreiben vom 20.4.2012 die Fertigstellung der Arbeiten gemeldet und diesen gemäß ÖNORM B2110 zur fristgerechten förmlichen Übernahme aufgefordert. Die Übernahme gelte daher 30 Tage nach Mitteilung als erfolgt, weil der Auftraggeber ohne Angabe von Gründen die Leistung nicht förmlich übernommen habe. Durch dieses Schreiben vom 20.4.2012 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, dass eine nicht fristgerechte Übernahme durch den dortigen Bauherrn die Rechtsfolgen des Punktes 5.41.5 der ÖNORM B2110 auslöse. Widrigenfalls hätte die Auftraggeberin bei der Antragstellerin nachfragen müssen, zumal dieser Punkt überhaupt noch nicht Gegenstand des ursprünglichen Aufklärungsversuchens gewesen sei.

Auch dieser Ausscheidensgrund liege daher nicht vor.

1. 4.Ziffer 4

Angeblich fehlendes Organigramm

In Punkt II.5. der zusammenfassenden Beschreibung sei festgelegt: "Der Bieter hat ein Organigramm seines Personals und Personaleinsatzes für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistung abzugeben. Bei Bildung einer ARGE sind im Organigramm das Personal und der Personaleinsatz je Firma darzustellen". In Punkt römisch zwei.5. der zusammenfassenden Beschreibung sei festgelegt: "Der Bieter hat ein Organigramm seines Personals und Personaleinsatzes für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistung abzugeben. Bei Bildung einer ARGE sind im Organigramm das Personal und der Personaleinsatz je Firma darzustellen".

Die Antragstellerin habe mit dem Angebot einen Auszug aus dem Management-Handbuch beigelegt, womit sie klar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie mit ihrer Standardorganisation auch bei dem gegenständlichen Projekt arbeiten würde. Dieser Auszug sei schon im Angebot in den Bereichen Technik auf das Projekt angepasst und ausdrücklich angeführt worden, wer Projekt- und Montageleiter im Auftragsfall sein solle, dass man mit fünf Technikern und im Bereich der Montage mit drei Obermonteuren/Monteuren arbeiten würde. Weiters sei verdeutlicht worden, dass im Bereich der Monteure Mitarbeiter "laut Beilage" auf der Baustelle anwesend sein würden. Dies sei nochmals in der ersten Aufklärung klargestellt worden.

Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibung nicht klar erkennbar dargelegt, welche Detailinformationen und in welcher Detaillierungstiefe sie sich das Organigramm tatsächlich wünsche.

1. 5.Ziffer 5

Angeblich fehlende Gewerbeberechtigung

Die Antragstellerin habe sich für die strittigen Positionen Feuerschutz und Schalldämmung (Leistungsgruppe 83) und Wärme- und Kälte­dämmung (Leistungsgruppe 92) einerseits auf ihre Konzernmutter gestützt und andererseits geltend gemacht, dass sie diese Leistungen gegebenenfalls unter Inanspruchnahme der so genannten Nebenrechte gemäß § 32 GewO erbringen werde. Die Antragstellerin habe sich für die strittigen Positionen Feuerschutz und Schalldämmung (Leistungsgruppe 83) und Wärme- und Kälte­dämmung (Leistungsgruppe 92) einerseits auf ihre Konzernmutter gestützt und andererseits geltend gemacht, dass sie diese Leistungen gegebenenfalls unter Inanspruchnahme der so genannten Nebenrechte gemäß Paragraph 32, GewO erbringen werde.

Im Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" habe die Antragstellerin ihre Konzernmutter als erforderlichen Subunternehmer genannt und bekannt gegeben, diese bis zu einem Ausmaß von circa 15 % der Leistungssumme einzusetzen. Eignungsnachweise betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie berufliche Zuverlässigkeit seien laut Ausschreibung über Aufforderung des Auftraggebers innerhalb von sieben Werktagen zu erbringen. Eine solche Anfrage/Aufforderung von Seiten der Auftraggeberin sei jedoch niemals ergangen. Tatsächlich sei die Konzernmutter jedenfalls befugt, die hier strittigen Leistungen im Rahmen ihres Gewerbes "Herstellung, Montage, Instandhaltung technischer, insbesondere energiewirtschaftlicher und gebäudetechnischer Anlagen und Anlagen des Rohrleitungsbaues in Form eines Industriebetriebes" zu erbringen.

Weiter seien die Ausführungen der Auftraggeberin insofern unzutreffend, als die beiden Leistungsgruppen Feuerschutz und Branddämmung sowie Wärme- und Kälte­dämmung summenmäßig nicht zu kumulieren seien. § 32 GewO ermögliche es Gewerbetreibenden, Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Auf den Feuerschutz sowie die Branddämmung entfielen ca. 6,5 % des Auftragswertes, auf die Wärme- und Kälte­dämmung ca. 8,2 % des Nettoauftragswertes. Der VwGH habe bereits festgestellt, dass bei Nebenleistungen im Ausmaß von ca. 6,43 % nicht davon gesprochen werden könne, dass der geringfügige Umfang von Nebenleistungen überschritten werde. Tatsächlich spreche die Literatur jedoch davon, dass Nebenleistungen bis zu 10 % des Auftragswertes erreichen könnten. Darüber hinaus komme es nach Auffassung der Antragstellerin nicht auf eine starre Prozentgrenze, sondern im Sinne eines "beweglichen" Systems darauf an, ob die zu erbringenden Nebenleistungen sinnvolle und technisch erforderliche Ergänzungen der Hauptleistungen darstellen würden. Gerade dies sei bei den Leistungsgruppen 83 und 92 der Fall. Der behauptete Ausscheidensgrund sei daher nicht gegeben. Weiter seien die Ausführungen der Auftraggeberin insofern unzutreffend, als die beiden Leistungsgruppen Feuerschutz und Branddämmung sowie Wärme- und Kälte­dämmung summenmäßig nicht zu kumulieren seien. Paragraph 32, GewO ermögliche es Gewerbetreibenden, Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Auf den Feuerschutz sowie die Branddämmung entfielen ca. 6,5 % des Auftragswertes, auf die Wärme- und Kälte­dämmung ca. 8,2 % des Nettoauftragswertes. Der VwGH habe bereits festgestellt, dass bei Nebenleistungen im Ausmaß von ca. 6,43 % nicht davon gesprochen werden könne, dass der

geringfügige Umfang von Nebenleistungen überschritten werde. Tatsächlich spreche die Literatur jedoch davon, dass Nebenleistungen bis zu 10 % des Auftragswertes erreichen könnten. Darüber hinaus komme es nach Auffassung der Antragstellerin nicht auf eine starre Prozentgrenze, sondern im Sinne eines "beweglichen" Systems darauf an, ob die zu erbringenden Nebenleistungen sinnvolle und technisch erforderliche Ergänzungen der Hauptleistungen darstellen würden. Gerade dies sei bei den Leistungsgruppen 83 und 92 der Fall. Der behauptete Ausscheidensgrund sei daher nicht gegeben.

Das Angebot der Antragstellerin sei somit zu Unrecht ausgeschieden worden und sei daher auch zu Unrecht ein anderes Unternehmen für die Zuschlagserteilung vorgesehen.

Die Antragstellerin sei ein Unternehmen, das seit vielen Jahren erfolgreich am Markt der HKLS- und MSR-Leistungen tätig sei. Sie habe sich am Vergabeverfahren beteiligt. Im Falle der (rechtswidrigen) Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin drohe ihr der von ihr ausgewiesene aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn zu entgehen. Weiters drohe der Antragstellerin auch ein Schaden aus den im Falle einer mangelnden Nichtigerklärung frustrierten Kosten der Angebotslegung sowie der bereits angefallenen Kosten für die Rechtsvertretung und der für den gegenständlichen Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Darüber hinaus drohe der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin werde durch die angefochtene Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, auf Nicht-Ausscheidung ihres Angebotes und auf Erteilung des Zuschlags verletzt.

Die Antragstellerin erhebe ihr gesamtes Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin durch die Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Vergabegesetzes nicht mehr beseitigt werden könnten. Eine einstweilige Verfügung stelle weder für den Auftraggeber noch für andere Bewerber eine unverhältnismäßige Belastung dar. Ebenso seien keine besonderen öffentlichen Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden, ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom 14.3.2013 erteile die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages liege im Oberschwellenbereich. Es handle sich um ein EUweites, offenes Verfahren nach erfolgter Vorinformation gemäß Richtlinie 2004/18/EG vom 26.11.2012 samt Berichtigung der Bezeichnung des Auftraggebers vom 27.11.2012. Die EU-weite Bekanntmachung sei am 22.1.2013 abgesendet worden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip (95 % Preis, 5 % Gewährleistung) erteilt werden.

Die Auftraggeberin sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus:

Wie die Antragstellerin in dem Nachprüfungsantrag selbst dargelegt und somit bestätigt habe, sollen die Leistungen der Leistungsgruppen 83 und 92 durch ihre Konzernmutter durchgeführt werden. Dies habe die Antragstellerin ebenso bereits in ihrem Aufklärungsschreiben in der Phase der Angebotsprüfung in dieser Form festgehalten. Die Antragstellerin habe ihre Konzernmutter jedoch nicht für diese Leistungen in der Subunternehmererklärung zum Angebot genannt. Dort sei die Konzernmutter lediglich für diverse Montage- und Planungsarbeiten genannt. Die Antragstellerin habe daher ihre Subunternehmererklärung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht mit dem nunmehr behaupteten Inhalt verfasst, vielmehr habe sie nicht einmal die geforderten Leistungen exakt beschrieben. Des Weiteren habe die Antragstellerin in ihrer Subunternehmererklärung auch nicht festgehalten, dass ihre Konzernmutter als erforderlicher Subunternehmer für diese Leistungen bekannt gegeben werde. Dies sei jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes darzulegen und stelle einen unbehebbarer Mangel dar. Dies führe zum zwingenden Ausscheiden der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG. Darüber hinaus habe die Antragstellerin, wie diese selbst bestätige, lediglich einen Auszug aus ihrem Managementhandbuch gemeinsam mit dem Angebot abgegeben. Dass dies nicht mit der Forderung der Auftraggeberin in der Ausschreibung, nämlich "Der Bieter hat ein Organigramm seines Personals und Personaleinsatzes für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistung abzugeben", übereinstimme, sei schon daran zu erkennen, dass dieser Auszug aus dem Managementhandbuch eine allgemeine Unternehmensstrukturunterlage sei und daher niemals Inhalte über den Personaleinsatz für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistung enthalte. Auch sei daraus ersichtlich, dass es sich sowohl bei Herrn D*** als auch bei Herrn E*** um die beiden Leiter der Teamleitung Anlagenbau handle. Gefordert

sei jedoch in der Ausschreibung die Bekanntgabe des Projektleiters, der ständig auf der Baustelle vor Ort anwesend sein muss sowie des Montageleiters, der ebenso ständig auf der Baustelle anwesend sein muss. Aus diesem Auszug sei jedoch auch ersichtlich, dass der als Projektleiter angegebene Herr D*** tatsächlich Teamleiter sämtlicher Projektleiter der Antragstellerin sei. Die Antragstellerin habe somit entgegen den Bestimmungen in der Ausschreibung kein Organigramm ihres Personals und Personaleinsatzes für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistungen abgegeben, sondern lediglich eine, diesen Anforderungen nicht entsprechende Unterlage. Diese Unterlage widerspreche dem Vorbringen der Antragstellerin, nämlich dass Herr D*** Projektleiter sei, der ständig vor Ort auf der Baustelle anwesend sein würde und Herr E*** Montageleiter sei, der ebenso ständig vor Ort auf der Baustelle sein würde, da infolge weder Herr D*** noch Herr E*** ihre Teamleitungsfunktionen für die Antragstellerin über ca. das nächste halbe Jahr wahrnehmen könnten, da sie beide ständig vor Ort auf der Baustelle sein müssten. Der Nachprüfungsantrag habe somit keine Erfolgsaussichten. Dies sei bereits in der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu berücksichtigen. Wie die Antragstellerin in dem Nachprüfungsantrag selbst dargelegt und somit bestätigt habe, sollen die Leistungen der Leistungsgruppen 83 und 92 durch ihre Konzernmutter durchgeführt werden. Dies habe die Antragstellerin ebenso bereits in ihrem Aufklärungsschreiben in der Phase der Angebotsprüfung in dieser Form festgehalten. Die Antragstellerin habe ihre Konzernmutter jedoch nicht für diese Leistungen in der Subunternehmererklärung zum Angebot genannt. Dort sei die Konzernmutter lediglich für diverse Montage- und Planungsarbeiten genannt. Die Antragstellerin habe daher ihre Subunternehmererklärung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht mit dem nunmehr behaupteten Inhalt verfasst, vielmehr habe sie nicht einmal die geforderten Leistungen exakt beschrieben. Des Weiteren habe die Antragstellerin in ihrer Subunternehmererklärung auch nicht festgehalten, dass ihre Konzernmutter als erforderlicher Subunternehmer für diese Leistungen bekannt gegeben werde. Dies sei jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes darzulegen und stelle einen unbehebaren Mangel dar. Dies führe zum zwingenden Ausscheiden der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Darüber hinaus habe die Antragstellerin, wie diese selbst bestätige, lediglich einen Auszug aus ihrem Managementhandbuch gemeinsam mit dem Angebot abgegeben. Dass dies nicht mit der Forderung der Auftraggeberin in der Ausschreibung, nämlich "Der Bieter hat ein Organigramm seines Personals und Personaleinsatzes für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistung abzugeben", übereinstimme, sei schon daran zu erkennen, dass dieser Auszug aus dem Managementhandbuch eine allgemeine Unternehmensstrukturunterlage sei und daher niemals Inhalte über den Personaleinsatz für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistung enthalte. Auch sei daraus ersichtlich, dass es sich sowohl bei Herrn D*** als auch bei Herrn E*** um die beiden Leiter der Teamleitung Anlagenbau handle. Gefordert sei jedoch in der Ausschreibung die Bekanntgabe des Projektleiters, der ständig auf der Baustelle vor Ort anwesend sein muss sowie des Montageleiters, der ebenso ständig auf der Baustelle anwesend sein muss. Aus diesem Auszug sei jedoch auch ersichtlich, dass der als Projektleiter angegebene Herr D*** tatsächlich Teamleiter sämtlicher Projektleiter der Antragstellerin sei. Die Antragstellerin habe somit entgegen den Bestimmungen in der Ausschreibung kein Organigramm ihres Personals und Personaleinsatzes für die Abwicklung der ausgeschriebenen Leistungen abgegeben, sondern lediglich eine, diesen Anforderungen nicht entsprechende Unterlage. Diese Unterlage widerspreche dem Vorbringen der Antragstellerin, nämlich dass Herr D*** Projektleiter sei, der ständig vor Ort auf der Baustelle anwesend sein würde und Herr E*** Montageleiter sei, der ebenso ständig vor Ort auf der Baustelle sein würde, da infolge weder Herr D*** noch Herr E*** ihre Teamleitungsfunktionen für die Antragstellerin über ca. das nächste halbe Jahr wahrnehmen könnten, da sie beide ständig vor Ort auf der Baustelle sein müssten. Der Nachprüfungsantrag habe somit keine Erfolgsaussichten. Dies sei bereits in der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu berücksichtigen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
romisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ARE Austrian Real Estate GmbH, deren Anteile zu 100% im Eigentum der Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., einem öffentlichen Auftraggeber, stehen. Im Provisorialverfahren wird davon ausgegangen, dass die ARE Austrian Real Estate GmbH öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG ist. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ARE Austrian Real Estate GmbH, deren Anteile zu

100% im Eigentum der Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., einem öffentlichen Auftraggeber, stehen. Im Provisorialverfahren wird davon ausgegangen, dass die ARE Austrian Real Estate GmbH öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist.

Nach Angaben der Auftraggeberin ist der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Laut Stellungnahme der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
misch zwei. 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. 3 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 3, 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. 4 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens der Auftraggeberin im nächsten Schritt die Zuschlagserteilung geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlags in Betracht käme, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann, droht. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Erhalt des Zuschlages kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens der Auftraggeberin im nächsten Schritt die Zuschlagserteilung geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlags in Betracht käme, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann, droht. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Erhalt des Zuschlages kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Demgegenüber hat die Auftraggeberin vorgebracht, dass die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderlichen Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen würden und der Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg habe. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidungen zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren gemäß § 330 Abs. 3 BVergG derzeit jedoch nicht abschließend geklärt werden und werden daher Gegenstand des Hauptverfahrens sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes können auch die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abgeschätzt werden. Demgegenüber hat die Auftraggeberin vorgebracht, dass die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderlichen Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen würden und der Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg habe. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidungen zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren gemäß Paragraph 330, Absatz 3, BVergG derzeit jedoch nicht abschließend geklärt werden und werden daher Gegenstand des Hauptverfahrens sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes können auch die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abgeschätzt werden.

Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens ihres Angebotes sowie der Zuschlagsentscheidung in der Folge für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrags ein Schaden in Form der Kosten der Verfahrensteilnahme, der Kosten der Rechtsverfolgung und der entrichteten Pauschalgebühren drohe. Weiters würden ein Gewinnentgang sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes drohen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2000, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u. v.a.).

Ebenso besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Ebenso besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der

Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.).

Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071- BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist 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 Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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