

TE Verg Bescheid 2012/11/21 N/0104-BVA/11/2012-6EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.11.2012

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Baumeisterarbeiten für Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten", der Auftraggeberin Gebäudeerrichtungs-und Betriebs GmbH, 3100 St.Pölten, Landsbergerstraße 1, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 14.11.2012, 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 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Baumeisterarbeiten für Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten", der Auftraggeberin Gebäudeerrichtungs-und Betriebs GmbH, 3100 St.Pölten, Landsbergerstraße 1, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 14.11.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "mit einstweiliger Verfügung dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu: für die Dauer von 6 Wochen) die Erteilung des Zuschlages" zu untersagen, wird stattgegeben. Der Auftraggeberin, Gebäudeerrichtungs-und Betriebs GmbH, 3100 St.Pölten, Landsbergerstraße 1, wird im Vergabeverfahren

"Baumeisterarbeiten für Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten", für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens erfolgte EU-weit am 05.09.2012, 2012/S 170-281180. Die Auftraggeberin führte zur Vergabe eines Bauauftrages über Baumeisterarbeiten ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durch. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren und legte ein Angebot. Mit Schreiben vom 05.11.2012 teilte die ausschreibende Stelle im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin mit, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG in Verbindung mit § 68 Abs 1 Z 7 BVergG vom weiteren Verfahren auszuscheiden sei, weil sich die Antragstellerin mit der nicht erfolgten Bekanntgabe der Verschlechterung der wirtschaftlichen Kennzahlen, die dem Angebot beigelegt gewesen seien, in erheblichem Maße einer Falscherklärung schuldig gemacht habe. Dies zeigten insbesondere die Ratings des Kreditschutzverbandes von 1870 (KSV) vom 15.10.2012 (Bewertung ausgesetzt) und vom 30.10.2012 (Gesamtbewertung der Antragstellerin auf null gesetzt, keine Bewertung). In der Bewertung vom 30.10.2012 habe der KSV ausgeführt, dass aufgrund der Entwicklung bestimmter Projekte im Rahmen des B*** für das Geschäftsjahr 2012 ein erheblicher Verlust erwartet werde. Umfangreiche Maßnahmen (Bankengespräche, Unterstützung durch den Gesellschafter, Verkauf von Beteiligungen) zur Verbesserung der Finanzstruktur seien eingeleitet worden und bliebe die kurzfristige Weiterentwicklung abzuwarten. Hinsichtlich der Vergabe von Krediten gebe der KSV (Position "KSV-Einzelhöchstkredit") keine Kreditempfehlung ab. Bei Kreditverbindungen seien die geschilderten Verhältnisse zu berücksichtigen. Demgegenüber hätte die Antragstellerin in ihrem Angebot einen KSV Auszug vom 09.07.2012 beigelegt, der ein Rating von 303 ausweise (mit dem Vermerk des KSV: "Das KSV Rating des Unternehmens ist besser als der Branchendurchschnitt. Aus Bonitätsgründen spricht nichts gegen eine Aufnahme einer Geschäftsbeziehung"). Zwischen dem aktuellen und dem von der Antragstellerin dem Angebot beigelegten KSV Rating sei eine erhebliche Änderung in der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festzustellen. Aufgrund des damit verbundenen außerordentlich hohen Risikos habe die Auftraggeberin eine Erfüllungsgarantie in Form einer unwiderruflichen abstrakten Bankgarantie in der Höhe von 100% der Auftragssumme gefordert. Da die Antragstellerin dieser Forderung nicht entsprochen habe, sei die Auftraggeberin gezwungen gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden. Die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens erfolgte EU-weit am 05.09.2012, 2012/S 170-281180. Die Auftraggeberin führte zur Vergabe eines Bauauftrages über Baumeisterarbeiten ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durch. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren und legte ein Angebot. Mit Schreiben vom 05.11.2012 teilte die ausschreibende Stelle im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin mit, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vom weiteren Verfahren auszuscheiden sei, weil sich die Antragstellerin mit der nicht erfolgten Bekanntgabe der Verschlechterung der wirtschaftlichen Kennzahlen, die dem Angebot beigelegt gewesen seien, in erheblichem Maße einer Falscherklärung schuldig gemacht habe. Dies zeigten insbesondere die Ratings des Kreditschutzverbandes von 1870 (KSV) vom 15.10.2012 (Bewertung ausgesetzt) und vom 30.10.2012 (Gesamtbewertung der Antragstellerin auf null gesetzt, keine Bewertung). In der Bewertung vom 30.10.2012 habe der KSV ausgeführt, dass aufgrund der Entwicklung bestimmter Projekte im Rahmen des B*** für das Geschäftsjahr 2012 ein erheblicher Verlust erwartet werde. Umfangreiche Maßnahmen (Bankengespräche, Unterstützung durch den Gesellschafter, Verkauf von Beteiligungen) zur Verbesserung der Finanzstruktur seien eingeleitet worden und bliebe die kurzfristige Weiterentwicklung abzuwarten. Hinsichtlich der Vergabe von Krediten gebe der KSV (Position "KSV-Einzelhöchstkredit") keine Kreditempfehlung ab. Bei Kreditverbindungen seien die geschilderten Verhältnisse zu berücksichtigen. Demgegenüber hätte die Antragstellerin in ihrem Angebot einen KSV Auszug vom 09.07.2012 beigelegt, der ein Rating von 303 ausweise (mit dem Vermerk des KSV: "Das KSV Rating des Unternehmens ist besser als der Branchendurchschnitt. Aus Bonitätsgründen spricht nichts gegen eine Aufnahme einer Geschäftsbeziehung"). Zwischen dem aktuellen und dem von der Antragstellerin dem Angebot beigelegten KSV Rating sei eine erhebliche Änderung in der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festzustellen. Aufgrund des damit verbundenen außerordentlich hohen Risikos habe die Auftraggeberin eine Erfüllungsgarantie in Form einer unwiderruflichen abstrakten Bankgarantie in der Höhe von 100% der Auftragssumme gefordert. Da die Antragstellerin dieser Forderung nicht entsprochen habe, sei die Auftraggeberin gezwungen gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuscheiden.

Weiters habe die Antragstellerin allein in Niederösterreich XXX an Umlagen an die Wirtschaftskammer trotz Mahnung vom 15.10.2012 nicht bezahlt (Dies sei für diesen Teilbereich bei Umlagen die gesamte Vorschreibung für das Jahr 2012). Da es sich bei Kammerumlagen um Beiträge an gesetzliche Interessenvertretungen handle, sei dies von den Bestimmungen des § 68 Abs 1 Z 6 BVergG als Ausschlussgrund mit umfasst. Das Angebot sei daher auch aus diesem Grund gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuschneiden. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, weil das Angebot der Antragstellerin tatsächlich mit keinem Ausscheidungsgrund belastet sei, Nichtausschluss der Antragstellerin, weil die Antragstellerin tatsächlich nicht mit einem Ausschlussgrund belastet sei, Nichtfestlegung von nur die Antragstellerin, nicht aber auch andere Bieter betreffenden Anforderungen und Nachweisen und Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes und des Diskriminierungsverbotes, weitere Berücksichtigung ihres Angebotes im Vergabeverfahren, sowie nach gesetzmäßiger und ausschreibungskonformer Angebotsprüfung gegebenenfalls Fassung und Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und letztlich Zuschlagserteilung und in allen anderen subjektiven Rechten, die sich aus der Gesamtheit des Vorbringens ergeben, verletzt. Weiters habe die Antragstellerin allein in Niederösterreich römisch 30 an Umlagen an die Wirtschaftskammer trotz Mahnung vom 15.10.2012 nicht bezahlt (Dies sei für diesen Teilbereich bei Umlagen die gesamte Vorschreibung für das Jahr 2012). Da es sich bei Kammerumlagen um Beiträge an gesetzliche Interessenvertretungen handle, sei dies von den Bestimmungen des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG als Ausschlussgrund mit umfasst. Das Angebot sei daher auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, weil das Angebot der Antragstellerin tatsächlich mit keinem Ausscheidungsgrund belastet sei, Nichtausschluss der Antragstellerin, weil die Antragstellerin tatsächlich nicht mit einem Ausschlussgrund belastet sei, Nichtfestlegung von nur die Antragstellerin, nicht aber auch andere Bieter betreffenden Anforderungen und Nachweisen und Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes und des Diskriminierungsverbotes, weitere Berücksichtigung ihres Angebotes im Vergabeverfahren, sowie nach gesetzmäßiger und ausschreibungskonformer Angebotsprüfung gegebenenfalls Fassung und Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und letztlich Zuschlagserteilung und in allen anderen subjektiven Rechten, die sich aus der Gesamtheit des Vorbringens ergeben, verletzt.

Begründend führte die Antragstellerin aus, der Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit § 68 Z 7 BVergG liege nicht vor. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe für die Antragstellerin kein Anlass bestanden, andere Erklärungen betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abzugeben, als sie tatsächlich abgegeben habe. Am 26.09.2012 wären die internen Untersuchungen und Analysen der C*** (dies sei nicht die Antragstellerin selbst, sondern deren Muttergesellschaft) nicht abgeschlossen gewesen. Mangels Personengleichheit in den Geschäftsführungen der C*** und der Antragstellerin sei auch nicht derselbe Wissensstand zu unterstellen. Die Antragsstellerin stelle nicht in Abrede, dass sie in einer wirtschaftlich schwierigen Situation sei. Die mediale Berichterstattung, die auch den KSV von 1870 dazu bewogen habe, das Gesamtrating der Antragstellerin einer Evaluierung zuzuführen, sei gerade in jenen Punkten, die Grundlage für die Bedenken der Auftraggeberin gewesen seien, teils übertrieben bzw. teils unrichtig. So habe es den kolportierten Zahlungsstopp nie gegeben. Dass die Antragstellerin einen Kredit nicht zurück gezahlt habe, beruhe auf einer entsprechenden Vereinbarung mit der Kredit gebenden Bank, und die oberste Konzernmuttergesellschaft habe schon früh nach bekannt werden der Berichte erklärt, die C*** und mit dieser die Antragstellerin voll und auch finanziell zu unterstützen. Betont werde, dass das KSV Rating nicht im Sinne einer Verschlechterung herabgesetzt worden sei. So sei auch weiterhin dem KSV Auszug zu entnehmen, dass die Antragstellerin Skontozahlerin sei. Der KSV von 1870 habe viel mehr das gesamte Rating zunächst ausgesetzt und dann "auf null" gesetzt. Damit gebe der KSV derzeit kein Rating der Antragstellerin bekannt. Die Ausschreibungsunterlage lege aber ohnedies keine Ratingzahl zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit fest. Zwischenzeitig sei im Konzern der Antragstellerin mit den Kredit gebenden Banken eine Vereinbarung beschlossen worden, um den weiteren Bestand des Konzerns zu sichern und die erforderliche Zeit für Um- und Restrukturierungsmaßnahmen zu gewähren. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung habe kein Zweifel an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestanden. Dass sich diesbezüglich ab bekannt werden am 12.10.2012 die Einschätzung mancher geändert habe und Bedenken hervorgetreten seien, ändere daran nichts.

Aufgrund der rasanten Entwicklung zwischen dem Ende der Angebotsfrist und ab 12.10.2012 sei der Antragstellerin aber kein Vorwurf im Sinne des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG zu machen. Sie habe sich keiner falschen Erklärungen in erheblichem Maße schuldig gemacht. Die Antragstellerin bzw. die Geschäftsführung der C*** und deren Pressesprecher hätten nie in Abrede gestellt, dass die wirtschaftliche Lage ernst sei. Auch gegenüber der Auftraggeberin habe die Antragsstellerin keine falschen Erklärungen in diesem Sinne abgegeben. Begründend führte die Antragstellerin aus, der Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Ziffer 7, BVergG liege nicht vor. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe für die Antragstellerin kein Anlass bestanden, andere Erklärungen betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abzugeben, als sie tatsächlich abgegeben habe. Am 26.09.2012 wären die internen Untersuchungen und Analysen der C*** (dies sei nicht die Antragstellerin selbst, sondern deren Muttergesellschaft) nicht abgeschlossen gewesen. Mangels Personengleichheit in den Geschäftsführungen der C*** und der Antragstellerin sei auch nicht derselbe Wissensstand zu unterstellen. Die Antragsstellerin stelle nicht in Abrede, dass sie in einer wirtschaftlich schwierigen Situation sei. Die mediale Berichterstattung, die auch den KSV von 1870 dazu bewogen habe, das Gesamtrating der Antragstellerin einer Evaluierung zuzuführen, sei gerade in jenen Punkten, die Grundlage für die Bedenken der Auftraggeberin gewesen seien, teils übertrieben bzw. teils unrichtig. So habe es den kolportierten Zahlungsstopp nie gegeben. Dass die Antragstellerin einen Kredit nicht zurück gezahlt habe, beruhe auf einer entsprechenden Vereinbarung mit der Kredit gebenden Bank, und die oberste Konzernmuttergesellschaft habe schon früh nach bekannt werden der Berichte erklärt, die C*** und mit dieser die Antragstellerin voll und auch finanziell zu unterstützen. Betont werde, dass das KSV Rating nicht im Sinne einer Verschlechterung herabgesetzt worden sei. So sei auch weiterhin dem KSV Auszug zu entnehmen, dass die Antragstellerin Skontozahlerin sei. Der KSV von 1870 habe viel mehr das gesamte Rating zunächst ausgesetzt und dann "auf null" gesetzt. Damit gebe der KSV derzeit kein Rating der Antragstellerin bekannt. Die Ausschreibungsunterlage lege aber ohnedies keine Ratingzahl zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit fest. Zwischenzeitig sei im Konzern der Antragstellerin mit den Kredit gebenden Banken eine Vereinbarung beschlossen worden, um den weiteren Bestand des Konzerns zu sichern und die erforderliche Zeit für Um- und Restrukturierungsmaßnahmen zu gewähren. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung habe kein Zweifel an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestanden. Dass sich diesbezüglich ab bekannt werden am 12.10.2012 die Einschätzung mancher geändert habe und Bedenken hervorgetreten seien, ändere daran nichts. Aufgrund der rasanten Entwicklung zwischen dem Ende der Angebotsfrist und ab 12.10.2012 sei der Antragstellerin aber kein Vorwurf im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu machen. Sie habe sich keiner falschen Erklärungen in erheblichem Maße schuldig gemacht. Die Antragstellerin bzw. die Geschäftsführung der C*** und deren Pressesprecher hätten nie in Abrede gestellt, dass die wirtschaftliche Lage ernst sei. Auch gegenüber der Auftraggeberin habe die Antragsstellerin keine falschen Erklärungen in diesem Sinne abgegeben.

Zum Nullrating des KSV von 1870 sei festzuhalten, dass dieses für die Antragstellerin überraschend gekommen sei. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei jedoch kein bestimmtes Rating verlangt, sodass die Antragstellerin noch keinen besonderen Anlass gesehen habe, die Auftraggeberin darüber zu informieren, zumal ohne dies auch hierüber die Medien berichtet hätten. Das KSV Rating sei von der Ausschreibung zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht gefordert gewesen. An den als Eignungskriterien im Teil 1. C.3 geforderten Kennzahlen und Angaben der Antragstellerin habe sich zwischenzeitig nichts geändert. Selbst wenn sich etwas an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geändert haben sollte, was nach Ansicht der Antragsstellerin gerade nicht zutreffe, dann habe sich die Antragstellerin dennoch nicht falscher Erklärungen schuldig gemacht, weil ihrer Einschätzung nach die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ununterbrochen gegeben gewesen sei. Wenn sich diese Einschätzung als objektiv unrichtig erweisen sollte (die Beweislast treffe die Auftraggeberin), dann mögen die abgegebenen Erklärungen nachträglich unrichtig geworden sein, sie seien aber nicht falsch und es habe auch kein Vorsatz der Antragstellerin bestanden, durch falsche Erklärungen zur ihrer Leistungsfähigkeit die Auftraggeberin zu täuschen. Anzumerken sei auch, dass die Auftraggeberin andere Nachweismittel als eine Bankgarantie über 100% der Auftragssumme nicht zugelassen habe. Wenn Zweifel an der Richtigkeit der Erklärungen der Antragstellerin zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berechtigt entstanden wären, so hätte die Auftraggeberin dies sorgfältig prüfen müssen und nicht schon den bloßen Zweifel als Ausschlussgrund heranziehen dürfen. So hätte die Auftraggeberin der Antragstellerin eine Möglichkeit zur Stellungnahme gewähren müssen, um den Vorwurf der falschen Auskunft Erteilung entkräften zu können.

Die Auftraggeberin begründe das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin auch mit § 129 Abs 1 Z 2 BVergG.

Aufgrund der Änderungen des KSV Ratings sei eine erhebliche Änderung in der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festzustellen gewesen. Dabei übersehe die Auftraggeberin jedoch, dass weder Medienberichte noch die Setzung des gesamten Ratings auf null per se etwas an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit änderten. Die Einungskriterien blieben durch beides gänzlich unberührt. Die Auftraggeberin habe im Anschluss an die Aufklärungsgespräche nachträglich und zusätzlich weitere Anforderungen an die Antragstellerin gestellt, nämlich die Vorlage einer Bankgarantie über 100% der Auftragssumme und bestimmte Klauseln in abzuschließenden Subunternehmerverträgen (im Wesentlichen zur Sicherstellung eines step in Rechts bei Insolvenz der Antragstellerin). Bereits dadurch habe die Auftraggeberin gegen das Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot verstoßen, da sie diese Anforderungen nicht auch an andere Bieter gestellt habe. Die Antragstellerin hätte auch entgegen § 74 Abs 2 BVergG nicht die Gelegenheit gehabt, ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit mit anderen als den diskriminierend von ihr geforderten Nachweisen zu belegen. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin lediglich dazu bewegen können, die Garantiesumme der geforderten Bankgarantie von ursprünglich 150% der Auftragssumme auf 100% der Auftragssumme zu reduzieren. Dass die Antragstellerin mit dem Angebot drei Solidarhaftungserklärungen von Subunternehmen, davon zwei nicht auf den Umfang des Subauftrages eingeschränkt, abgeben habe, hätte die Auftraggeberin gänzlich ignoriert. Der von der Antragstellerin von Anfang an angebotene Haftungsfonds umfasse nicht nur die finanziellen und wirtschaftlichen Mittel der Antragstellerin selbst, sondern auch jene der Subunternehmer. Die Auftraggeberin begründe das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin auch mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der Änderungen des KSV Ratings sei eine erhebliche Änderung in der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festzustellen gewesen. Dabei übersehe die Auftraggeberin jedoch, dass weder Medienberichte noch die Setzung des gesamten Ratings auf null per se etwas an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit änderten. Die Einungskriterien blieben durch beides gänzlich unberührt. Die Auftraggeberin habe im Anschluss an die Aufklärungsgespräche nachträglich und zusätzlich weitere Anforderungen an die Antragstellerin gestellt, nämlich die Vorlage einer Bankgarantie über 100% der Auftragssumme und bestimmte Klauseln in abzuschließenden Subunternehmerverträgen (im Wesentlichen zur Sicherstellung eines step in Rechts bei Insolvenz der Antragstellerin). Bereits dadurch habe die Auftraggeberin gegen das Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot verstoßen, da sie diese Anforderungen nicht auch an andere Bieter gestellt habe. Die Antragstellerin hätte auch entgegen Paragraph 74, Absatz 2, BVergG nicht die Gelegenheit gehabt, ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit mit anderen als den diskriminierend von ihr geforderten Nachweisen zu belegen. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin lediglich dazu bewegen können, die Garantiesumme der geforderten Bankgarantie von ursprünglich 150% der Auftragssumme auf 100% der Auftragssumme zu reduzieren. Dass die Antragstellerin mit dem Angebot drei Solidarhaftungserklärungen von Subunternehmen, davon zwei nicht auf den Umfang des Subauftrages eingeschränkt, abgeben habe, hätte die Auftraggeberin gänzlich ignoriert. Der von der Antragstellerin von Anfang an angebotene Haftungsfonds umfasse nicht nur die finanziellen und wirtschaftlichen Mittel der Antragstellerin selbst, sondern auch jene der Subunternehmer.

Bereits die Forderung einer Bankgarantie von der Antragstellerin, nicht jedoch von anderen Bietern, sei diskriminierend und mit beträchtlichen, in der Kalkulation der Antragstellerin nicht berücksichtigten Kosten verbunden. Die Forderung nach einer Bankgarantie in Höhe der vollen Auftragssumme sei völlig überzogen und gänzlich unüblich.

Letztlich habe die Auftraggeberin das Ausscheiden auch auf § 129 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit § 68 Abs 1 Z 6 BVergG gestützt, weil die Antragstellerin einen Betrag von € 2178,50 an Kammerumlage nicht bezahlt habe. Die Antragstellerin habe am 09.11.2012 den genannten Betrag entrichtet. Darüber hinaus könne jedoch die Auftraggeberin das Ausscheiden betreffend die Nichtbezahlung einer Kammerumlage nicht auf § 129 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit § 68 Abs 1 Z 6 BVergG stützen, weil die Auftraggeberin in der Ausschreibung zwar die Vorlage der letztgültigen Buchungsmitteilung des Finanzamtes und den letztgültigen Kontoauszug von Sozialversicherungsanstalten, nicht aber auch einen Nachweis der Entrichtung der Kammerumlagen gefordert habe. Darüber hinaus seien Kammerumlagen weder in § 68 Abs 1 Z 6 BVergG noch in § 72 BVergG erwähnt. Sie stellten auch im finanzverfassungsrechtlichen und -wissenschaftlichen Sinn keine Steuer dar, weil die Kammerumlage eine Gegenleistungskomponente beinhalte. Dafür spreche auch die Tatsache, dass die Kammerumlage, im Gegensatz zu Steuern, im Rahmen der Werbungskosten abzugsfähig sei. Darüber hinaus stelle die Kammerumlage auch keine Abgabe im Sinne der Finanzverfassung dar, weil die Wirtschaftskammer keine Gebietskörperschaft sei. Letztlich habe die Auftraggeberin das Ausscheiden auch auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG gestützt, weil die

Antragstellerin einen Betrag von € 2178,50 an Kammerumlage nicht bezahlt habe. Die Antragstellerin habe am 09.11.2012 den genannten Betrag entrichtet. Darüber hinaus könne jedoch die Auftraggeberin das Ausscheiden betreffend die Nichtbezahlung einer Kammerumlage nicht auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG stützen, weil die Auftraggeberin in der Ausschreibung zwar die Vorlage der letztgültigen Buchungsmitteilung des Finanzamtes und den letztgültigen Kontoauszug von Sozialversicherungsanstalten, nicht aber auch einen Nachweis der Entrichtung der Kammerumlagen gefordert habe. Darüber hinaus seien Kammerumlagen weder in Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG noch in Paragraph 72, BVergG erwähnt. Sie stellten auch im finanzverfassungsrechtlichen und -wissenschaftlichen Sinn keine Steuer dar, weil die Kammerumlage eine Gegenleistungskomponente beinhalte. Dafür spreche auch die Tatsache, dass die Kammerumlage, im Gegensatz zu Steuern, im Rahmen der Werbungskosten abzugsfähig sei. Darüber hinaus stelle die Kammerumlage auch keine Abgabe im Sinne der Finanzverfassung dar, weil die Wirtschaftskammer keine Gebietskörperschaft sei.

Durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes drohe der Antragstellerin ein Schaden in Form der bislang durch das Vergabeverfahren im Vertrauen auf dessen rechtskonforme Durchführung entstandenen und der noch entstehenden Kosten, sowie weiters in Form der entgangenen Geschäftsmöglichkeit. Der den Gegenstand der Ausschreibung bildende Auftrag habe besonderen Wert für die Antragstellerin als Referenzauftrag für zukünftige Bewerbungen in anderen Vergabeverfahren desselben Auftraggebers, aber auch anderer Auftraggeber. Auch der Verlust des Referenzprojektes und negative Auswirkungen auf die Marktstellung drohten der Antragstellerin daher als Schaden.

Der Anspruch der Antragstellerin auf den Zuschlag können nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zu Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache in einem Stand gehalten werden, der eine spätere Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermögliche. Es sei nicht damit zu rechnen, dass durch das Innehalten im Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens maßgebliche Nachteile für die Auftragsdurchführung entstehen könnten, zumal die Leistungstermine und Fristen flexibel geregelt seien. Die begehrte Maßnahme stelle auch die gelindeste noch zum Ziel führende, geeignete Maßnahme dar. Da nicht das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt werde, stehe es der Auftraggeberin frei, durch Zurücknahme des Ausscheidens die Antragstellerin im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt klaglos zu stellen.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 19.11.2012 allgemeine Auskünfte, erstattete aber gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung kein Vorbringen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches laut Auftraggeberin im August bzw September 2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches laut Auftraggeberin im August bzw September 2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH. Sie steht zur Gänze im Eigentum der Wirtschaftskammer Niederösterreich, die öffentliche Auftraggeberin ist. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb des WIFI St. Pölten. Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe zur vergleichbaren Konstellation beim WIFI Vorarlberg BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26 und 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs

GmbH. Sie steht zur Gänze im Eigentum der Wirtschaftskammer Niederösterreich, die öffentliche Auftraggeberin ist. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb des WIFI St. Pölten. Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe zur vergleichbaren Konstellation beim WIFI Vorarlberg BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26 und 10. 8. 2007, 17F-5/05-23).

Nach Angaben der Auftraggeberin ist der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag gem. § 4 BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist in Österreich am 28.08.2012, EU-weit am 05.09.2012 erfolgt. Nach Angaben der Auftraggeberin ist der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag gem. Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist in Österreich am 28.08.2012, EU-weit am 05.09.2012 erfolgt.

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 e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. 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 e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist.

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.

Da die Auftraggeberin die Antragstellerin ausgeschieden hat, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nach dem derzeitigen Kenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Eine Auftragserteilung an die Antragstellerin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der ein allfälliges Hervorgehen der Antragstellerin als Sieger aus dem Wettbewerb ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Jedoch 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.). 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. Jedoch 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 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 Untersagung der Zuschlagserteilung ist notwendig, um den Abschluss des Vergabeverfahrens zu verhindern und damit überhaupt ein Nachprüfungsverfahren zu ermöglichen.

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

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

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