

TE Verg Bescheid 2012/11/9 N/0102-BVA/09/2012-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.11.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Reinigungsleistungen für den Campus WU" des Auftraggebers Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2-6, 1090 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 5. November 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Reinigungsleistungen für den Campus WU" des Auftraggebers Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2-6, 1090 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 5. November 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag (Anm: modifiziert am 8.11.2012), "Das Bundesvergabeamt möge die Neubestimmung des Endes der Einreichfrist für das Last and Final Offer und der Termine für die Bieterpräsentation und das Fachgespräch durch die Auftraggeberin im Verhandlungsverfahren der WU (Wirtschaftsuniversität Wien) betreffend die Ausschreibung "Reinigungsleistungen für den Campus WU" bis zur Entscheidung über den in Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag untersagen", wird stattgegeben. Dem Antrag Anmerkung, modifiziert am 8.11.2012), "Das Bundesvergabeamt möge die Neubestimmung des Endes der Einreichfrist für das Last and Final Offer und der Termine für die Bieterpräsentation und das Fachgespräch durch die Auftraggeberin im Verhandlungsverfahren der WU (Wirtschaftsuniversität Wien) betreffend die Ausschreibung "Reinigungsleistungen für den Campus WU" bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Wirtschaftsuniversität Wien wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Reinigungsleistungen für den Campus WU " das Ende der Einreichfrist für das Last and Final Offer sowie die Termine für die Bieterpräsentation und das Fachgespräch (neu) festzusetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag (Anm: modifiziert am 8.11.2012), "Das Bundesvergabeamt möge die Öffnung der Last and Final Offer im Verhandlungsverfahren der WU (Wirtschaftsuniversität Wien) betreffend die Ausschreibung "Reinigungsleistungen für den Campus WU" jedenfalls bis zur Entscheidung über den in Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag untersagen", wird stattgegeben. Dem Antrag Anmerkung, modifiziert am 8.11.2012), "Das Bundesvergabeamt möge die Öffnung der Last and Final Offer im Verhandlungsverfahren der WU (Wirtschaftsuniversität Wien) betreffend die Ausschreibung "Reinigungsleistungen für den Campus WU" jedenfalls bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Wirtschaftsuniversität Wien wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Reinigungsleistungen für den Campus WU " die Last and Final Offer zu öffnen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 5. November 2012 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 25. November 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und nach Abschluss des Auswahlverfahrens in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens über Aufforderung des Auftraggebers ein Erstangebot gelegt habe. Am 17. Oktober 2012 habe die erste Verhandlungsrunde mit dem Auftraggeber stattgefunden. Der Auftraggeber habe dabei erklärt, dass seiner Meinung nach eine Vielzahl von Positionspreisen im Hinblick auf die Einhaltung der kollektivvertraglichen Vorgaben unplausibel erscheinen würden. Der Auftraggeber sei jedoch davon ausgegangen, dass das Angebot der Antragstellerin - da in der Ausschreibung die Festlegung getroffen worden sei, dass der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 2 Z 3 BVergG (nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) mit dem Erstangebot nicht verwirklicht werden könne - nicht auszuschneiden sei. Mit Schriftsatz vom 25. November 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und nach Abschluss des Auswahlverfahrens in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens über Aufforderung des Auftraggebers ein Erstangebot gelegt habe. Am 17. Oktober 2012 habe die erste Verhandlungsrunde mit dem Auftraggeber stattgefunden. Der Auftraggeber habe dabei erklärt, dass seiner Meinung nach eine Vielzahl von Positionspreisen im Hinblick auf die Einhaltung der kollektivvertraglichen Vorgaben unplausibel erscheinen würden. Der Auftraggeber sei jedoch davon ausgegangen, dass das Angebot der Antragstellerin - da in der Ausschreibung die Festlegung getroffen worden sei, dass der

Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG (nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) mit dem Erstangebot nicht verwirklicht werden könne - nicht auszuschließen sei.

Ergänzend zu den Erklärungen in der Verhandlungsrunde vom 17. Oktober 2012 habe die Antragstellerin dem Auftraggeber am 19. Oktober 2012 eine schriftliche Erklärung zu den am 17. Oktober 2012 aufgeworfenen Fragen übermittelt.

Mit Email vom 25. Oktober 2012 sei die Antragstellerin verständigt worden, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG wegen Nichteinhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmung ausgeschieden werde. Mit Email vom 25. Oktober 2012 sei die Antragstellerin verständigt worden, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG wegen Nichteinhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmung ausgeschieden werde.

Die Einreichfrist für das Last and Final Offer ende grundsätzlich am 5. November 2012, 10.00 Uhr. Für 14. November 2012 sei der Termin für die Bieterpräsentation und das Fachgespräch angesetzt gewesen. Beide Termine seien in der Verhandlungsrunde am 17. Oktober 2012 auf vorerst unbestimmte Zeit verschoben worden.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Der gegenständliche Auftrag falle in das Geschäftsfeld der Antragstellerin. Bei Nichterhalt des Auftrages drohe ein erheblicher Schaden. Die Antragstellerin würde der Möglichkeit beraubt, an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen und in diesem allenfalls den Zuschlag zu erhalten. Der Schaden sei mit ca. 10% der Auftragssumme, sohin zumindest Euro XXXX zu beziffern. Weiters wäre der Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren frustriert und würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Der gegenständliche Auftrag falle in das Geschäftsfeld der Antragstellerin. Bei Nichterhalt des Auftrages drohe ein erheblicher Schaden. Die Antragstellerin würde der Möglichkeit beraubt, an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen und in diesem allenfalls den Zuschlag zu erhalten. Der Schaden sei mit ca. 10% der Auftragssumme, sohin zumindest Euro römisch 40 zu beziffern. Weiters wäre der Aufwand für die Teilnahme am Vergabeverfahren frustriert und würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter und insbesondere dadurch verletzt, dass ihr Erstangebot rechtswidrig und entgegen den Vorgaben und Grundsätzen des BVergG und den Festlegungen der Ausschreibung ausgeschieden worden sei.

In der Ausschreibung für die zweite Stufe in Teil C II, Pkt. 1.3, sei ausgeführt In der Ausschreibung für die zweite Stufe in Teil C römisch zwei, Pkt. 1.3, sei ausgeführt:

Nach der Öffnung der Angebote werden die Angebote auf Vollständigkeit und auf Vorliegen formeller Mängel geprüft. Bei behebbaren Mängeln wird der Bieter zur Verbesserung aufgefordert. Bei den Erstangeboten wird keine vertiefte Preisangemessenheitsprüfung gemäß § 125 BVergG durchgeführt. Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG (nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) kann mit den Erstangeboten noch nicht verwirklicht werden. Nach der Öffnung der Angebote werden die Angebote auf Vollständigkeit und auf Vorliegen formeller Mängel geprüft. Bei behebbaren Mängeln wird der Bieter zur Verbesserung aufgefordert. Bei den Erstangeboten wird keine vertiefte Preisangemessenheitsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG durchgeführt. Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG (nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) kann mit den Erstangeboten noch nicht verwirklicht werden.

Der Auftraggeber stütze seine Ausscheidensentscheidung jedoch unrichtiger Weise auf den hier nicht anwendbaren § 129 Abs 1 Z 8 BVergG. Der Auftraggeber begründe seine Ausscheidensentscheidung ohne ins Detail zu gehen damit, dass das Erstangebot der Antragstellerin die kollektivvertraglichen Bestimmungen nicht einhalten würde. Eine vergaberechtskonform begründete Entscheidung liege somit nicht vor. Der Auftraggeber stütze seine Ausscheidensentscheidung jedoch unrichtiger Weise auf den hier nicht anwendbaren Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG. Der Auftraggeber begründe seine Ausscheidensentscheidung ohne ins Detail zu gehen damit, dass das Erstangebot der Antragstellerin die kollektivvertraglichen Bestimmungen nicht einhalten würde. Eine vergaberechtskonform begründete Entscheidung liege somit nicht vor.

Nach seinen eigenen Festlegungen habe sich der Auftraggeber verpflichtet, die Erstangebote nur einer formellen Prüfung und keiner materiellen, vertieften Preisangemessenheitsprüfung, zu unterziehen und auf eine darauf gegründete Ausscheidung zu verzichten.

Mit der Ausscheidensentscheidung vom 25. Oktober 2012 habe der Auftraggeber dadurch, dass er die Preisgestaltung der Antragstellerin vertieft und somit auch inhaltlich geprüft habe, gegen seine eigenen Festlegungen verstoßen. Außerdem sei die rechtliche Grundlage für das Ausscheiden falsch bezeichnet worden.

Der Verfahrensgang sei vom Auftraggeber so festgelegt, dass nach Abschluss der Verhandlungsrunden (welche auf die formelle Prüfung der Erstangebote folgen würden) alle Bieter die Gelegenheit erhalten würden, auf der Grundlage der Verhandlungsergebnisse ein verbindliches Last and Final Offer zu legen. Auch dadurch werde deutlich und nachvollziehbar, dass der Auftraggeber dem Preisangebot im Erstangebot nur untergeordnete und nicht entscheidungswesentliche Bedeutung beigemessen habe.

Sollte in der Kalkulation der Antragstellerin tatsächlich ein Mangel begründet sein, was ausdrücklich bestritten werde, wäre dieser Mangel jedenfalls verbesserungsfähig, da sich die Position der Antragstellerin im vorliegenden Verfahrensstadium durch eine Mängelbehebung in Form einer nachträglichen Preiskorrektur im Vergleich zu den Mitbewerbern nicht verbessert hätte. Dies deshalb, da der Preis erst im Rahmen der Prüfung des Last and Final Offer anhand der Zuschlagskriterien entscheidungsrelevant werde.

Der Auftraggeber begründe die Ausscheidensentscheidung damit, dass das Erstangebot den kollektivvertraglichen Bestimmungen widerspreche. So werde beispielsweise das Leistungsmaß in allen Sanitärbereichen von 60m²/h überschritten. Der einschlägige Kollektivvertrag laute in der maßgeblichen Passage wie folgt:

Lohngruppe 4

Arbeitnehmer, welche zur ständigen Reinigung in Industrie- und Gewerbebetrieben, Fabriken, Bürohäusern oder auf anderen vergleichbaren Arbeitsstellen, ebenso für Botengänge, Einkäufe, Essensausgabe und in der Küche beschäftigt werden (Unterhaltsreinigung).

Es ist eine im Durchschnitt objektbezogene Leistung bis 195m²/h zulässig.

Beim Einsatz von Großflächenreinigungsgeräten ist eine Reinigungsleistung bis 350²/h zulässig und ist die betroffene Fläche gesondert auszuweisen.

Für Nasszellenbereiche (wie Toilettenanlagen und Waschräume) ist eine Reinigungsleistung bis zu 60m²/h (Bodenfläche) zulässig; diese Bodenfläche ist gesondert auszuweisen.

Die kollektivvertraglichen Vorgaben zu den oben angeführten Reinigungsleistungen würden auf das volle Spektrum der regelmäßig bei der Vollreinigung zu erbringenden Leistung abstellen. Dies bedeute, dass die oben angeführten maximalen Reinigungsleistungen dann nicht mehr herangezogen werden könnten, wenn vom Auftraggeber nicht das volle Leistungsspektrum beauftragt werde.

Gemäß Teil F/3, Pkt. 4.4.1 der Ausschreibung seien unter anderem folgende Leistungen nicht vom Auftragnehmer zu erbringen:

- -Strichaufzählung
Reinigung von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen (EDV) wie PC's, Drucker, Telefone, Fax- und Kopiergeräte und sonstige spezielle technischen Geräte
- -Strichaufzählung
Reinigung von haustechnischen Anlagen
- -Strichaufzählung
Verbringung des Mülls von den Müllinseln in den Freibereichen in die Müllräume
- -Strichaufzählung
Pflege/ Gießen von Grünpflanzen
- -Strichaufzählung
Manipulation mit Geschirr jeglicher Art in den Teeküchen mit Ausnahme des Raumtyps Lounges

Auch aus der Beilage F/3, Pkt. 1, SLA Unterhaltsreinigung (Tätigkeit je Modell und Raumtypen mit Ergebnisdefinition) gehe hervor, dass in zahlreichen Raumkategorien die in der ersten Spalte angeführten Leistungen nicht Auftragsgegenstand seien. Nach Teil F/3, Pkt. 4.4 der Ausschreibung werde bei der Leistungsbeschreibung der Unterhaltsreinigung zwischen Vollreinigung (die geforderten Tätigkeiten sind jedenfalls zu erbringen) und Sichtreinigung (= Kontrolle und nur gegebenenfalls Reinigung) unterschieden.

Schlussfolgerung:

Der Auftraggeber nehme im Hinblick auf die vom Auftragnehmer zu erbringenden Reinigungsleistungen in der Ausschreibung zahlreiche Einschränkungen vor. Der in der Ausschreibung verwendete Begriff "Vollreinigung" entspreche nicht dem Begriff "Vollreinigung" nach Kollektivvertrag. Die Vollreinigung in der Ausschreibung sei in Wahrheit eine eingeschränkte Reinigung.

Die Lohngruppe 4 des gegenständlichen Kollektivvertrags gehe bei der pro Stunde maximal zulässigen Reinigungsleistung von 60m², 195m² und 350m² von einer Vollreinigung aus. Werde der Umfang der Reinigungsleistung vom Auftraggeber - wie vorliegend mehrfach erfolgt - eingeschränkt, müsse es einem Bieter erlaubt sein, die jeweiligen m²- Höchstleistungen entsprechend der eingeschränkten, tatsächlichen Reinigungsleistungen auszudehnen.

Die Ausscheidung sei zu Unrecht erfolgt, da die Antragstellerin aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls nicht gegen die einschlägigen kollektivvertraglichen Bestimmungen verstoßen habe. Zudem wäre in einem allfälligen Kalkulationsfehler der Antragstellerin ein verbesserungsfähiger Mangel gelegen, zu dessen Behebung die Antragstellerin aufgefordert werden hätte müssen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Nach der gegenständlichen Ausschreibung laufe am 5. November 2012 um 10.00 Uhr - vorläufig verschoben auf unbestimmte Zeit - die Frist zur Einreichung des Last and Final Offer ab. Ein neuer Termin (auch für das ursprünglich für den 14. November 2012 angesetzten Bieterpräsentation/ Fachgesprächs) stehe noch nicht fest.

Bei Nichterlassung der beantragten einstweiligen Verfügung könne der Auftraggeber das gegenständliche Verfahren fortsetzen, d.h. insbesondere die Termine für die letztmögliche Einreichung des Last and Final Offer und für das Bieterpräsentations/ Fachgespräch jederzeit neu ansetzen.

Würden diese neuen Termine und möglicher Weise in der Folge auch der Zuschlag zeitlich vor die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag fallen, habe die Antragstellerin keine Möglichkeit mehr, sich im Fall ihres Obsiegens sich am weiteren Vergabeverfahren zu beteiligen und letztlich den Zuschlag zu erhalten.

Dem Auftraggeber würden bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung angesichts der noch nicht einmal begonnen habenden Zuschlagsfrist von fünf Monaten keine Schäden erwachsen. Auch sonstige Bewerber oder ein besonderes öffentliches Interesse sei bei der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht gefährdet. Zur Wahrung der Interessen der Antragstellerin sei die Erlassung der einstweiligen Verfügung hingegeben unbedingt notwendig.

Mit Schriftsatz vom 7. November 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro XXXX netto), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß § 30 Abs 1 Z 3 BVergG nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Mit Schriftsatz vom 7. November 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro römisch 40 netto), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt.

Der Auftrag sei am 12.3.2012 (Tag der Absendung der Bekanntmachung) im Amtlichen Lieferanzeiger und im Amtsblatt der EG bekannt gemacht worden.

Am 8. Oktober seien die Erstangebote eingelangt, die Angebotsöffnung habe am selben Tag stattgefunden. Die Verhandlungsrunde mit den Bietern habe am 17.10.2012 stattgefunden.

Der Auftraggeber habe der Antragstellerin am 25.10.2012 die Ausscheidensentscheidung bekannt gegeben. Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht ergangen. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Wirtschaftsuniversität Wien. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 22.1.2007, N/0096-BVA/13/2006-68; BVA 21.7.2010, N/0062-BVA/06/2010-EV12). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Wirtschaftsuniversität Wien. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 22.1.2007, N/0096-BVA/13/2006-68; BVA 21.7.2010, N/0062-BVA/06/2010-EV12).

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 25.10.2012 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 5.11.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig (§ 33 Abs 2 AVG). Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 25.10.2012 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 5.11.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig (Paragraph 33, Absatz 2, AVG).

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Anwendbare Rechtslage: römisch zwei. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich am 1.4.2012 in Kraft getreten. 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 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich am 1.4.2012 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das mit Absendung der Bekanntmachung am 12.3.2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0102-BVA/09/2012 am 5.11.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag somit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind jedoch auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das mit Absendung der Bekanntmachung am 12.3.2012 - und somit vor dem

1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0102-BVA/09/2012 am 5.11.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag somit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind jedoch auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) anzuwenden.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 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 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 außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach 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 außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, das Vergabeverfahren fortzuführen und als nächsten Schritt das Ende der Einreichfrist für die Last and Final Offer sowie die Termine für die Bieterpräsentation sowie das Fachgespräch (neu) festzusetzen und in der Folge die Last and Final Offer zu öffnen. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber

beabsichtigt, das Vergabeverfahren fortzuführen und als nächsten Schritt das Ende der Einreichfrist für die Last and Final Offer sowie die Termine für die Bieterpräsentation sowie das Fachgespräch (neu) festzusetzen und in der Folge die Last and Final Offer zu öffnen.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie zur Abgabe eines Last and Final Offer und den weiteren vorgesehenen Terminen einzuladen ist und schlussendlich für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Festsetzung eines neuen Endtermins der Einreichfrist für das Last and Final Offer und der Termine für die Bieterpräsentation sowie das Fachgespräch und der Öffnung der Last and Final Offer durch den Auftraggeber abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine weitere Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein Schaden in Form der dann frustrierten Kosten der Verfahrensteilnahme sowie des Verlustes des Deckungsbeitrages in Höhe von 10% der Auftragssumme drohe. Darüber hinaus würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Der Auftraggeber brachte zusammengefasst vor, dass bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung der Zeitplan nicht eingehalten werden könne und damit die Übersiedlung und der Beginn des Universitätsbetriebes am neuen Standort verhindert würden. Am Altstandort würden im Jahre 2013 Mietverträge auslaufen und auch eine Übergangsbestimmung im UG 2002 bezüglich Arbeitnehmerschutzvorschriften auslaufe, und damit die Benützbarkeit des Altstandortes einschränke. Eine Übersiedlung der WU müsse daher im Sommer 2012 erfolgen, um das Wintersemester am neuen Standort abwickeln zu können. Dafür sei die in der gegenständlichen Ausschreibung inkludierte Baureinigung absolut notwendige Voraussetzung. Ein Überwiegen der Interessen der Antragstellerin liege somit nicht vor.

Zum Vorbringen der Antragstellerin:

Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29).

Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht (vgl. auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan. Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht vergleiche auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ist bereits aus der Tatsache ableitbar, dass sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, ein Erstangebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Zum Vorbringen des Auftraggebers:

Hinsichtlich der zeitlichen Implikationen durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes 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 hat (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.). Durch eine maximal sechswöchige Verzögerung des Verfahrens erscheint die geplante Übersiedlung der WU an den neuen Standort nicht zwingend gefährdet. Das diesbezügliche Vorbringen des Auftraggebers erschöpft sich in einer bloßen Behauptung ohne nähere Substantiierung.

Eine mögliche - wenn auch nicht erwiesene - Verzögerung der Übersiedlung an den neuen Standort durch eine zeitliche Verzögerung der Baureinigung, kann jedoch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht verhindern, da im gegenteiligen Fall der Rechtsschutz im Provisorialverfahren ausgehöhlt würde. Auch besteht wohl die Möglichkeit, die bloße Baureinigung kurzfristig zu vergeben.

Weiters ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Weiters ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Nach telefonischer Auskunft des Auftraggebers hat dieser bis dato weder das Ende der Einreichfrist für die Last and Final Offer noch die Termine für die Bieterpräsentation und das Fachgespräch neu festgesetzt. Dem 1. modifizierten EV-Antrag auf Untersagung der Neufestsetzung der Frist bzw der genannten Termine war stattzugeben.

Auch dem 2. Modifizierten EV-Antrag (Untersagung der Öffnung der Last and Final Offer) war stattzugeben, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die übrigen Bieter auch ohne formale Festlegung eines (neuen) Endes der Einreichfrist für die LaFO solche legen und der Auftraggeber diese auch öffnet.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Neufestsetzung des Endes der Einreichfrist für das LaFO und der Termine für die Bieterpräsentation und das Fachgespräch sowie die vorläufige Untersagung der Öffnung der LaFO, stellen im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen dar. Die Dauer der Maßnahmen war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzusetzen.

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2012

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