

TE Verg Bescheid 2012/4/12 N/0039-BVA/09/2012-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.04.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 idF BGBlI Nr10/2012 §345 Abs15 Z3

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 "Abtransport und Verwertung oder Entsorgung des mechanisch entwässerten Klärschlammes der ARA Strass" des Auftraggebers Abwasserverband Achenal - Inntal - Zillertal, 6261 Strass im Zillertal 150, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 6. April 2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10. April 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 "Abtransport und Verwertung oder Entsorgung des mechanisch entwässerten Klärschlammes der ARA Strass" des Auftraggebers Abwasserverband Achental - Inntal - Zillertal, 6261 Strass im Zillertal 150, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 6. April 2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10. April 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber durch Einstweilige Verfügung untersagen, für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die gesetzliche Höchstdauer von zwei Monaten, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Abtransport und Verwertung oder Entsorgung des mechanisch entwässerten Klärschlammes der ARA Strass" zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber AWW Achental - Inntal - Zillertal für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "Abtransport und Verwertung oder Entsorgung des mechanisch entwässerten Klärschlammes der ARA Strass" den Zuschlag zu erteilen.

Dem darüber hinausgehenden Begehren wird keine Folge gegeben.

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 X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 6. April 2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10.4.2012, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 6. April 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber die Leistung in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben beabsichtige. Laut Ausschreibungsunterlage würde in der ARA Strass im Zillertal jährlich zwischen 6.500 und 7.500t mechanisch entwässertes Klärschlamm anfallen, welcher abtransportiert und verwertet oder entsorgt werden müsste. Der billigste Angebotspreis laut Zuschlagsentscheidung liege bei Euro XXXX/t exkl. Ust. Der jährlich geschätzte Auftragswert betrage sohin mehr als Euro XXXX pro Jahr und für die gesamte ausgeschriebene Laufzeit über Euro XXXX. Es handle sich somit um einen prioritären Dienstleistungsauftrag laut Anhang III, Kategorie 16, im Oberschwellenbereich. Mit Schriftsatz vom 6. April 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber die Leistung in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben beabsichtige. Laut Ausschreibungsunterlage würde in der ARA Strass im Zillertal jährlich zwischen 6.500 und 7.500t mechanisch entwässertes Klärschlamm anfallen, welcher abtransportiert und verwertet oder entsorgt werden müsste. Der billigste Angebotspreis laut Zuschlagsentscheidung liege bei Euro XXXX/t exkl. Ust. Der jährlich geschätzte Auftragswert betrage sohin mehr als Euro römisch 40 pro Jahr und für die gesamte ausgeschriebene Laufzeit über Euro römisch 40. Es handle sich somit um einen prioritären Dienstleistungsauftrag laut Anhang römisch drei, Kategorie 16, im Oberschwellenbereich.

Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin mit E-Mail der vergebenden Stelle am 30. März 2012 bekannt gegeben worden. Auftraggeber laut Ausschreibungsunterlage sei der Abwasserverband Achental - Inntal - Zillertal. Näheres sei der Ausschreibungsunterlage hiezu nicht zu entnehmen. Auch die Homepage des Abwasserverbandes enthalte keine näheren Ausführungen zum Auftraggeber. Im Firmenbuch sei kein Unternehmen unter dieser Firma eingetragen. Nach Wissen der Antragstellerin sei der Auftraggeber eine Körperschaft aller Gemeinden der Region Achental - Inntal - Zillertal, welche gemeinsam die Kläranlage Strass im Zillertal betreiben würden. Der Abwasserverband sei iSd § 87 Wasserrechtsgesetz gegründet worden, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Es handle sich dabei daher um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Wasserrechtsverbände iSd Wasserrechtsgesetzes würden der unmittelbaren Aufsicht des Landeshauptmannes als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung unterliegen. Zuständige Nachprüfungsbehörde sei damit das Bundesvergabeamt. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin mit E-Mail der vergebenden Stelle am 30. März 2012 bekannt gegeben worden. Auftraggeber laut Ausschreibungsunterlage sei der Abwasserverband Achental - Inntal - Zillertal. Näheres sei der Ausschreibungsunterlage hiezu nicht zu entnehmen. Auch die Homepage des Abwasserverbandes enthalte keine näheren Ausführungen zum Auftraggeber. Im Firmenbuch sei kein Unternehmen unter dieser Firma eingetragen. Nach Wissen der Antragstellerin sei der Auftraggeber eine Körperschaft aller Gemeinden der Region Achental - Inntal - Zillertal, welche gemeinsam die Kläranlage Strass im Zillertal betreiben

würden. Der Abwasserverband sei iSd Paragraph 87, Wasserrechtsgesetz gegründet worden, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Es handle sich dabei daher um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Wasserrechtsverbände iSd Wasserrechtsgesetzes würden der unmittelbaren Aufsicht des Landeshauptmannes als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung unterliegen. Zuständige Nachprüfungsbehörde sei damit das Bundesvergabeamt.

Am 9. Dezember 2011 seien der Antragstellerin von der vergebenden Stelle die Ausschreibungsunterlagen per E-Mail übermittelt worden. Es sei davon auszugehen, dass es sich um ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handle. Wie viele Unternehmer zur Angebotslegung aufgefordert worden seien, sei der Antragstellerin nicht bekannt.

Ausschreibungsgegenstand sei der Abtransport und die Verwertung bzw. Entsorgung des mechanisch entwässerten Klärschlammes der ARA Strass im Zillertal. Der Auftraggeber wolle an den Auftragnehmer den Klärschlamm auf dem Betriebsgelände der ARA zur stofflichen oder thermischen Verwertung oder Entsorgung übergeben.

Die Angebotsfrist sei mit 19. Dezember 2011 festgelegt gewesen. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes, vollständiges Angebot gelegt. Eine öffentliche Angebotsöffnung habe nach Wissen der Antragstellerin nicht stattgefunden.

Mit Schreiben vom 30. März 2012 sei die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Demnach habe der Abwasserverband in der Vorstandssitzung vom 29. März 2012 beschlossen, den Zuschlag der ARGE B*** und C*** zum Preis von Euro XXXX/t exkl. Ust. zu erteilen.

Die Antragstellerin habe Interesse am Auftragserhalt. Sie erziele im Rahmen der Ausführung von Leistungen, wie den verfahrensgegenständlichen, Umsätze und Deckungsbeiträge. Das Interesse sei auch durch die Angebotslegung zum Ausdruck gebracht worden. Durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und durch die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages seien der Antragstellerin bereits Kosten entstanden. Diese wären frustriert, wenn der Auftraggeber den Zuschlag nicht der Antragstellerin als Billigstbieterin erteilt würde. Überdies drohe der Entfall des Deckungsbeitrags, jener des Gewinns sowie eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
Recht auf zwingendes Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 BVergG
Recht auf zwingendes Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, BVergG
- -Strichaufzählung
Recht auf Zuschlagserteilung als nicht auszuscheidende Billigstbieterin gemäß § 130 BVergG
Recht auf Zuschlagserteilung als nicht auszuscheidende Billigstbieterin gemäß Paragraph 130, BVergG

Die Antragstellerin behalte sich vor, weitere Rechtsverletzungen vorzubringen.

Mangelnde Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG habe die Vergabe öffentlicher Aufträge an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG habe die Vergabe öffentlicher Aufträge an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung unter Pkt. 2.4 nur ansatzweise Festlegungen zu Eignungskriterien und Eignungsnachweisen vorgenommen. Es seien ein Auszug aus dem Berufs- und Handelsregister bzw. eidesstattliche Erklärungen, Bankerklärung und letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder gleichwertige Dokumente und letztgültiger Kontoauszug des zuständigen Finanzamtes oder gleichwertige Dokumente, Auszug aus dem Firmenbuch und Strafregisterauszug und eine Referenzliste mit mindestens drei vergleichbaren Projekten in den letzten fünf Jahren, gefordert.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei kein geeignetes Unternehmen iSd § 19 Abs 1 BVergG und könne auch die verlangten zusätzlichen Eignungskriterien nicht erfüllen sowie Eignungsnachweise nicht vorlegen. Die C*** habe nach Auskunft der Creditreform Wirtschaftsauskunft vom 22. Dezember 2011 einen Bonitätsindex von 349, was eine schwache Bonität bedeute. Der Vorstand des Unternehmens sei Herr M*** aus Singapur. Vorsitzender des Aufsichtsrates sei Herr O***. Zu den Beteiligungen und Funktionen des Aufsichtsratsvorsitzenden würden laut Auskunft der Creditreform mehrere Insolvenzverfahren und schuldnerregisterliche Eintragungen vorliegen. Nach

Auskunft der Kreditreform sei die Fa. C*** ein Unternehmen mit hohem Risiko. Das weitere ARGE Mitglied B*** sei ebenfalls kein geeignetes Unternehmen iSd § 19 Abs 1 leg. cit. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei kein geeignetes Unternehmen iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG und könne auch die verlangten zusätzlichen Eignungskriterien nicht erfüllen sowie Eignungsnachweise nicht vorlegen. Die C*** habe nach Auskunft der Kreditreform Wirtschaftsauskunft vom 22. Dezember 2011 einen Bonitätsindex von 349, was eine schwache Bonität bedeute. Der Vorstand des Unternehmens sei Herr M*** aus Singapur. Vorsitzender des Aufsichtsrates sei Herr O***. Zu den Beteiligungen und Funktionen des Aufsichtsratsvorsitzenden würden laut Auskunft der Kreditreform mehrere Insolvenzverfahren und schuldnerregisterliche Eintragungen vorliegen. Nach Auskunft der Kreditreform sei die Fa. C*** ein Unternehmen mit hohem Risiko. Das weitere ARGE Mitglied B*** sei ebenfalls kein geeignetes Unternehmen iSd Paragraph 19, Absatz eins, leg. cit.

Die ARGE erfülle somit die grundsätzliche Eignung nach § 19 Abs 1 BVergG nicht und liege auch die verlangte Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nicht vor. Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG seien Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben seien, zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Die ARGE erfülle somit die grundsätzliche Eignung nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG nicht und liege auch die verlangte Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nicht vor. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG seien Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben seien, zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden.

Keine Notifizierung zur Verbringung des Klärschlammes ins Ausland:

Die Verbringung von Abfällen und insbesondere die Verbringung von Klärschlamm aus Österreich zur gänzlichen oder teilweisen Behandlung im Ausland, müsse gemäß Abfallverbringungsverordnung beim Bundesministerium für Land- u. Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft notifiziert werden. Die Notifizierung werde in aller Regel nur dann erteilt, wenn im Inland keine Kapazitäten zur Behandlung dieser Abfälle vorhanden seien. In Österreich seien jedoch seit wenigen Jahren mehr Kapazitäten zur Abfallbehandlung und -entsorgung vorhanden als Abfälle. Daher würden Notifizierungen mittlerweile in der Regel versagt. Es sei daher davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die ausgeschriebenen und angebotenen Leistungen gar nicht erbringen könne.

Dessen ungeachtet sei den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen, dass eine Notifizierung vor Zuschlagserteilung nicht beizubringen gewesen sei, sodass die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch gar keinen Nachweis erbracht habe, die Leistungen erbringen zu können. Die Zuschlagsentscheidung vor Notifizierung des zu verbringenden Klärschlammes sei sohin rechtswidrig und hätte einen reinen "Abfallhandel" zur Folge, wenn sich die Auftragnehmer in Österreich nach Behandlungsanlagen "umschauen" müssten. Die Weitergabe des gesamten Auftrags sei jedoch bereits gemäß den Vorgaben des BVergG unzulässig. Auch aus diesen Gründen sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht leistungsfähig und sei deren Angebot zwingend auszuschneiden.

Die Antragstellerin behalte sich vor, nach Vorliegen weiterer Rechercheergebnisse zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin und nach Akteneinsicht weitere Ausscheidensgründe vorzubringen.

Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. In der Folge wäre der Auftrag an die Antragstellerin als Billigstbieterin zu erteilen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie ihr gesamtes bisheriges Vorbringen ausdrücklich auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Bei Nichterhalt des Auftrages würde der Antragstellerin ein finanzieller Nachteil durch Entgang des Deckungsbeitrages und des entgangenen Gewinns sowie eines wichtigen Referenzprojektes entstehen. Darüber hinaus seien bereits Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und für die Einbringung des Nachprüfungsantrages entstanden. Diese Kosten wären frustriert.

Die Interessenabwägung müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Der Leistungsgegenstand sei nicht in einem beschleunigten Verfahren ausgeschrieben worden. Die Zuschlagsfrist sei mit drei Monaten angegeben worden. Beginn der Leistungserbringung sei gemäß Ausschreibung der 1. September 2012. Selbst bei Erlassung der einstweiligen Verfügung und Durchführung des Vergabenachprüfungsverfahrens verbliebe sohin genügend Zeit, den Auftrag vor Beginn des Leistungszeitraumes zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 11. April 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf ca Euro XXXX exkl USt pro Jahr (bei möglicher dreijähriger Vertragsdauer Euro XXXX). Mit Schriftsatz vom 11. April 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf ca Euro römisch 40 exkl USt pro Jahr (bei möglicher dreijähriger Vertragsdauer Euro römisch 40).

Die Öffnung der Angebote (Anm: nicht öffentlich) sei am 19.12.2011 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an zweiter Stelle gereiht. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belaufe sich auf Euro XXXX je Tonne ohne USt. Die Öffnung der Angebote (Anmerkung, nicht öffentlich) sei am 19.12.2011 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an zweiter Stelle gereiht. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belaufe sich auf Euro römisch 40 je Tonne ohne USt.

Nach Abschluss der Angebotsprüfung habe der Auftraggeber der Antragstellerin per E-Mail am 30.3.2012 die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben.

Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Rechtliche Würdigung:

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

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist der Abwasserverband Achantal - Inntal - Zillertal. Bei diesem Abwasserverband handelt es sich - vorbehaltlich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens - um eine Körperschaft öffentlichen Rechts nach §§ 87f Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG). Der Abwasserverband wurde zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung. Der Abwasserverband Achantal - Inntal - Zillertal ist damit öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA21.4.2009, N/0018-BVA/07/2009- 26; 11.5.2009, N/0020-BVA/09/2009-34 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist der Abwasserverband Achantal - Inntal - Zillertal. Bei diesem Abwasserverband handelt es sich - vorbehaltlich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens - um eine Körperschaft öffentlichen Rechts nach Paragraphen 87 f, Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG). Der Abwasserverband wurde zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung. Der Abwasserverband Achantal - Inntal - Zillertal ist damit öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA21.4.2009, N/0018-BVA/07/2009- 26; 11.5.2009, N/0020-BVA/09/2009-34 u.a.).

Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag, der in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit cc 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 Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, 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 Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 30.3.2012 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 6.4.2012 eingebracht und ist somit als rechtzeitig zu qualifizieren.

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 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, 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 sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und

219 Abs 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches durch Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen im Dezember 2011 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches durch Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen im Dezember 2011 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat.

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, in 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, in 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, den Zuschlag der ARGE B*** und C*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch 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 Zuschlagserteilung 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 allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der ARGE B*** und C*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch 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 Zuschlagserteilung 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 allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr durch die Teilnahme am Vergabeverfahren Kosten entstanden seien. Ihr würden bei Nichterhalt des Auftrages überdies ein Schaden in Form des Deckungsbeitrages und des entgehenden Gewinnes drohen. Auch würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Hiezu 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). Hiezu 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/Fruhmann/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/Fruhmann/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 VfGH 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 VfGH 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 Angebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar. Eine solche wurde auch nicht vorgebracht. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, sind weder ersichtlich noch wurden solche vorgebracht.

Nach ständiger 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 1.8.2002, 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.).

Weiters ist 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 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 Vergaberechtsschutz 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 Vergaberechtsschutz 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.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen. Eine zeitliche Befristung der Sicherungsmaßnahmen im Ausmaß von zwei Monaten ist dem BVergG nicht zu entnehmen. Dem diesbezüglichen Begehren der Antragstellerin war daher nicht Folge zu geben.

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at