

TE Verg Bescheid 2012/1/9 N/0001-BVA/09/2012-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.01.2012

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. 15/2010 (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 "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Fertig-Sanitärzellen" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über Antrag der A***, vom 2. Jänner 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (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 "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Fertig-Sanitärzellen" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über Antrag der A***, vom 2. Jänner 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung "beantragen wir die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Pensionsversicherungsanstalt (PVA) wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Fertig-Sanitärzellen" den Zuschlag zu erteilen.

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*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2011, verbessert eingebracht am 2. Jänner 2012, Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung sowie mit Schriftsatz vom 2. Jänner 2012 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 2. Jänner 2012, brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie mit Schreiben des Auftraggebers vom 23. Dezember 2011 verständigt worden sei, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei und dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der B*** zu erteilen. Die Antragstellerin sei im verfahrensgegenständlichen offenen Verfahren Bestbieterin gewesen, sodass ihr durch die bekämpfte Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung ein Schaden durch den Verlust des Auftrages entstehe. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt.

Die in der Ausscheidensentscheidung vorgebrachten Gründe würden nicht vorliegen:

Der Auftraggeber führe an, dass die Antragstellerin den mehrfachen Forderungen nach Zusendung von Unterlagen nicht nachgekommen sei. Dies sei unrichtig. Die vertiefte Angebotsprüfung habe sich auf ein Gespräch mit den Fachplanern der Fa. L*** beschränkt, bei dem die Antragstellerin die geforderten Unterlagen übergeben sowie die gestellten Fragen beantwortet habe. In dem darüber erstellten Protokoll seien auch keine "offenen Punkte" angeführt worden.

Laut dem LV und dem Gespräch anlässlich der vertieften Angebotsprüfung werde ein geschoßweiser Brandschutz gefordert. Im LV- Teil der Installationselemente würden jedoch beispielhaft "EI 120" Schächte angeführt und das zu verwendende Material der Fa. B*** vorgegeben. Für das Erreichen von "EI 120" Schächten mit der Materialvorgabe "Leca" seien aber bestimmte Wandstärken und Trocknungszeiten erforderlich, welche aber laut LV eindeutig nicht vorhanden seien. "Leca" mit einer Wandstärke von 15mm könne die geforderte Brandschutzqualität "EI 120" nicht erfüllen. Die vorgefertigten Installationselemente würden in Fertigbäder integriert, die Lieferzeiten der Bad/Schachtkombinationen stünden jedoch im Widerspruch zu den benötigten Trocknungszeiten von Installationselementen aus "Leca". Nach dem Wissensstand der Antragstellerin würden Brandschutzprüfungen an Installationselementen mit der Materialvorgabe laut LV aber erst nach Einhaltung der Trocknungszeiten durchgeführt. Für das Bestehen dieser Prüfung sei dazu ein extrem niedriger Feuchteanteil im Element erforderlich, welcher bei den Terminvorgaben laut LV nicht erreicht werden könne, da das Element sofort nach Herstellung in das Fertigbad integriert werde und mit einer Feuchtigkeitsisolierung sowie Verfliesung belegt werde. Die Restfeuchte wäre somit im Element teilweise eingeschlossen, Infos über die benötigten Trocknungszeiten vor einer Verfliesung könnten auch in den Produktunterlagen vom beispielhaft ausgeschriebenen Produkt der Fa. B*** nachgelesen bzw. auch bei den Rohstofflieferanten in Erfahrung gebracht werden.

Erschwerend komme hinzu, dass die im LV werksseitig herzustellenden Elementhöhen nicht den benötigten Schachthöhen vor Ort entsprechen würden und daher ein bauseitiges Verschließen der Zwischenräume durch den Lieferanten der Bad/Schachtkombination gefordert werde.

Es solle also Betonmaterial für einen "EI 120 Schacht" verwendet werden, welches an verschiedenen Orten, zu verschiedenen Zeitpunkten und in verschiedenen Qualitäten hergestellt werde.

Eine Prüfung dieser Herstellungsart bzw. dieser Materialkombination sei nach dem Wissensstand der Antragstellerin in der benötigten Schachthöhe und in diesem Zeitfenster weder bei der MA 39 noch der IBS möglich.

Im LV werde wie folgt angeführt:

Das Installationselement muss hinsichtlich Brandwiderstandsklasse der ÖNORM EN 13501-2 entsprechend nicht brennbar EI 120 ausgeführt werden. Als

Herstellernachweise sind beizugeben bzw. zu erbringen:

- Nachweis für eine durchgeführte Systemprüfung EI 120 mit aktueller Gültigkeit, nach ÖNORM EN 1363 Teil 1 und ÖNORM EN 1364 Teil 1, einer staatlich akkreditierten Prüf- und Überwachungsstelle.

Unklar sei, ob eine Systemprüfung vom Bad inklusive dem Schacht oder nur vom Schacht verlangt werde. Für eine Prüfung der Bad/Schachtkombination als Einheit stünden nach dem Wissensstand der Antragstellerin keine Prüfungsräume zur Verfügung. Eine Forderung von EI 120 nur über das Installationselement müsse aber bei einer geschoßweisen Brandabschottung im Bezug auf die vorhergehend angeführten Gründe in Frage gestellt werden bzw. wäre auch zu prüfen, ob für die im LV angeführte Ausführungsweise überhaupt ein Gutachten aller Anbieter vorläge.

Vor Angebotslegung habe die Antragstellerin Rücksprache mit Brandschutzfirmen, Prüfstellen und Fachplanern gehalten, die benötigten Bauteile und Materialien für ihren geforderten Brandschutz eingerechnet und angeboten und auch bei der vertieften Angebotsprüfung bestätigt. Die Antragstellerin habe EI 90- und EI 120-Gutachten für Installationsschächte übergeben. Die notwendigen Brandschutzausführungen seien bei der vertieften Angebotsprüfung besprochen worden. Einwände der Fachplaner habe es nicht gegeben. Einer Überwachung der Produktion und Montage auf der Baustelle aufgrund der Widersprüche im LV wahlweise durch IBS oder MA 39 habe die Antragstellerin vorgeschlagen bzw. einer solchen zugestimmt.

Das Vorbringen des Auftraggebers, dass die Ausführung entsprechend unserem Gutachten EI 120 noch immer nicht bekannt sei oder nicht geklärt werden habe können, sei zurückzuweisen. Vor Zusendung der Ausscheidensbekanntgabe habe die Antragstellerin keine diesbezügliche mündliche oder schriftliche Mitteilung erhalten.

Laut vertiefter Angebotsprüfung habe der Mitbewerber der Antragstellerin bereits 2 Musterbäder hergestellt und dadurch einen nicht gerechtfertigten Vorteil für die Angebotslegung im Bezug auf Kalkulation und Herstellung der nun im LV geforderten Gutachten erhalten. Dies entspreche nicht dem Gesetz.

Im LV seien Material und Wandstärken vorgegeben. Laut vertiefter Angebotsprüfung blieben diese auch Bestand für die Ausführung. Der dadurch erreichbare Schallschutz sei von jedem Bauphysiker prüfbar. Der im LV geforderten Güteüberwachung der Produktion habe die Antragstellerin zugestimmt. Die Antragstellerin habe ein Gutachten über ein fertiggestelltes Bauvorhaben übergeben. Da die Antragstellerin in der Vergangenheit von mehreren Betonkörperherstellern beliefert worden sei, habe sie offen gelassen, mit welchem der Hersteller die Ausführung im Falle einer Beauftragung durchgeführt werde. Ein Gutachten für das Projekt SKA RZ St. Radegund habe die Antragstellerin naturgemäß nicht vorlegen können, da die Antragstellerin die Bad/Schachtkombination entsprechend der LV- Vorgaben erst herstellen müsse.

Die Antragstellerin habe Subunternehmer genannt, welche die benötigten Gewerbeberechtigungen für die erforderliche Wartung der Bad/Schachtkombination vorweisen würden. Die Antragstellerin habe alle in Frage kommenden Subunternehmer angegeben. Im Aufklärungsgespräch sei von der Antragstellerin kein Nachweis über die Eignung der Subunternehmer verlangt worden.

Die Antragstellerin habe gemäß der Ausschreibung den Gesamt- Jahresumsatz für die Herstellung, Lieferung und Montage von Fertig- Sanitärzellen angegeben. Dieses Formular sei aus dem LV für die HKLS Sanitärinstallation, in welcher die Sanitärzellen ursprünglich integriert gewesen seien, übernommen worden. Nach Ansicht der Antragstellerin hätten diese Angaben nichts mit der Lieferung und Montage von Fertigsanitärzellen zu tun. Das Formular 2 sei auf Seite 51 ausgefüllt worden.

Mit Schriftsatz vom 2. Jänner 2012 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem sie die Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehrte. Weiters stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 5. Jänner 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses belaufe sich auf ca Euro XXXX,-- exkl USt. Mit Schriftsatz vom 5. Jänner 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es

handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses belaufe sich auf ca Euro römisch 40 ,-- exkl USt.

Der Auftrag sei am 20.10.2011 im Amtlichen Lieferanzeiger (L-497312-1a13) und am 21.10.2011 im Amtsblatt der EG (2011/S203-330112) bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote sei am 4.11.2011 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an erster Stelle, jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers an zweiter Stelle gereiht gewesen.

Nach Abschluss der Angebotsprüfung habe der Auftraggeber die Antragstellerin per Telefax am 23.12.2011 über das Ausscheiden ihres Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 1, 2 und 7 iVm Abs 2 BVergG verständigt. Sämtlichen Bietern (auch der Antragstellerin) sei am 23.12.2011 per Telefax die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Nach Abschluss der Angebotsprüfung habe der Auftraggeber die Antragstellerin per Telefax am 23.12.2011 über das Ausscheiden ihres Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7 in Verbindung mit Absatz 2, BVergG verständigt. Sämtlichen Bietern (auch der Antragstellerin) sei am 23.12.2011 per Telefax die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden.

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 die Pensionsversicherungsanstalt (PVA). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; BVA 5.1.2011, N/0002-BVA/04/2011-EV6; BVA 17.11.2011, N/0087-BVA/12/2011-24 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Pensionsversicherungsanstalt (PVA). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010-10; BVA 5.1.2011, N/0002-BVA/04/2011-EV6; BVA 17.11.2011, N/0087-BVA/12/2011-24 u.a.).

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt im Oberschwellenbereich, jener des verfahrensgegenständlichen Loses im Unterschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa 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 (siehe hierzu unten). Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, 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 (siehe hierzu unten).

Die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung wurden der Antragstellerin am 23.12.2011 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 2.1.2012 eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. 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, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und den Zuschlag der B***, 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, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und den Zuschlag der B***, 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 bei Nichterhalt des Auftrages ein Schaden entstehe. Hierzu 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). Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein Schaden entstehe. Hierzu 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, Kommentar zum 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, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29).

Es ist evident, dass einem Bieter bei Ausscheiden seines Angebotes und 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 in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan. Es ist evident, dass einem Bieter bei Ausscheiden seines Angebotes und 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 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 Angebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Die Antragstellerin begehrte im Nachprüfungsantrag (Anm: letzte Seite) die "Nichtigerklärung der Ausscheidung unseres Unternehmens und der Erteilung des Zuschlages an die B***". Im Nachprüfungsantrag auf Seite 1 ist davon die Rede, die "Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung" zu bekämpfen. Die Antragstellerin begehrte im Nachprüfungsantrag Anmerkung, letzte Seite) die "Nichtigerklärung der Ausscheidung unseres Unternehmens und der Erteilung des Zuschlages an die B***". Im Nachprüfungsantrag auf Seite 1 ist davon die Rede, die "Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung" zu bekämpfen.

Hiezu ist Folgende anzumerken:

Aus dem gesamten Inhalt des Nachprüfungsantrages ist klar ersichtlich, welche Auftraggeberentscheidungen die Antragstellerin bekämpfen möchte, nämlich die Ausscheidungs- und die Zuschlagsentscheidung.

So hat auch der VwGH (30.6.2004, 2004/04/0028) Folgendes erkannt:

Aus dem gesamten Inhalt des Antrages ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin damit die Beseitigung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung - und in der Folge eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten - anstrebt.

Bei der Formulierung des (Teil-)Antrages, wonach begehrt werde, die "Erteilung des Zuschlages" für nichtig zu erklären, handelt es sich lediglich um ein Vergreifen im Ausdruck. Es ergibt sich eindeutig, dass die Antragstellerin die - einzig mögliche - Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt.

Dieses Ergebnis wird umsomehr dadurch gestützt, als die - anwaltlich nicht vertretene - Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag auf Seite 1 expressis verbis davon spricht, "die Zuschlagsentscheidung" bekämpfen zu wollen..

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar. Eine solche wurde auch vom Auftraggeber 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 Bundesvergabebeamtes 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2012

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