

TE Verg Bescheid 2011/4/29 N/0031-BVA/07/2011-10EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.04.2011

Norm

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, über Antrag der Bietergemeinschaft A***, B***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Neugestaltung der bestehenden Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn, 1130 Wien, Maxingstrasse 13b, Planerleistung (Statik, Prüfsingenieur gem. BO für Wien)", des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg - Schweizerhof, 1010 Wien, vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, Stubenring 1, 1011 Wien, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, über Antrag der Bietergemeinschaft A***, B***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Neugestaltung der bestehenden Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn, 1130 Wien, Maxingstrasse 13b, Planerleistung (Statik, Prüfsingenieur gem. BO für Wien)", des Auftraggebers Republik Österreich, Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg - Schweizerhof, 1010 Wien, vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, Stubenring 1, 1011 Wien, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antrag, dem Auftraggeber im Vergabeverfahren "Neugestaltung der bestehenden Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn, 1130 Wien, Maxingstrasse 13b, Planerleistung (Statik, Prüfsingenieur gem. BO für Wien)" bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Neugestaltung der bestehenden Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn, 1130 Wien, Maxingstrasse 13b, Planerleistung (Statik, Prüfsingenieur gem. BO für Wien)" untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit Schreiben, datiert mit 13. April 2011, wurde der antragstellenden Bietergemeinschaft (in der Folge Antragstellerin) mitgeteilt, dass aufgrund der Auswertung und kommissionellen Bewertung der Zuschlagskriterien im Rahmen des Hearings vom 6. April 2011 der Teilnehmer C*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger), mit einer Punkteanzahl von 84,64 (40,00+13,57+9,29+10,00+11,79) als Bestbieter ermittelt worden und für den Zuschlag in Aussicht genommen sei.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung, die nach Angaben der Antragstellerin dieser brieflich übermittelt worden und am 15.4.2011 zugegangen sei, richtet sich der nunmehr vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem begründend ausgeführt wird, die Antragstellerin fühle sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Berücksichtigung in der Bestbieterbewertung und auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, verletzt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung, die nach Angaben der Antragstellerin dieser brieflich übermittelt worden und am 15.4.2011 zugegangen sei, richtet sich der nunmehr vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem begründend ausgeführt wird, die Antragstellerin fühle sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Berücksichtigung in der Bestbieterbewertung und auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt.

Inhaltlich begründete die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 20.4.2011, eingebracht am 20.4.2011 im Bundesvergabeamt außerhalb der Amtsstunden, somit eingelangt im Bundesvergabeamt am 21.4.2011, im Wesentlichen wie folgt:

Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Planerleistungen für die Neugestaltung der bestehenden Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn, 1130 Wien, Maxingstraße 13b, nach dem Bestbieterprinzip durch. Beide Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft hätten bereits umfangreiche Leistungen für den Tiergarten Schönbrunn erbracht, weshalb die Antragstellerin über genaue Kenntnisse der Notwendigkeiten der Leistungserbringung einschließlich der lokalen Gegebenheiten verfüge. Aus den Beilagen zur Ausschreibung ergebe sich, dass der erforderliche Aufwand für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen mindestens XXX Stunden umfasse. Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Planerleistungen für die Neugestaltung der bestehenden Eisbärenanlage im Tiergarten Schönbrunn, 1130 Wien, Maxingstraße 13b, nach dem Bestbieterprinzip durch. Beide Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft hätten bereits umfangreiche Leistungen für den Tiergarten Schönbrunn erbracht, weshalb die Antragstellerin über genaue Kenntnisse der Notwendigkeiten der Leistungserbringung einschließlich der lokalen Gegebenheiten verfüge. Aus den Beilagen zur Ausschreibung ergebe sich, dass der erforderliche Aufwand für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen mindestens römisch 30 Stunden umfasse.

Die Angebotsfrist habe am 31.3.2011 geendet. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Nach Informationen der Antragstellerin seien weitere sechs Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert worden und hätten ein Angebot abgegeben. In der Ausschreibung seien als Zuschlagskriterien der Angebotspreis (maximale Punkteanzahl 40), sowie das Schlüsselpersonal, die Hangsicherung, großvolumige Wasserbecken und die Wasserdichtigkeit Salz- und Süßwasser (jeweils maximale Punkteanzahl 15) vorgesehen.

Jedoch fände sich in der Ausschreibung zum Zuschlagskriterium Angebotspreis keine nähere Regelung, wie viele Punkte das zweitbilligste, drittbilligste etc. Angebot erhalten solle. Nach Punkt 6 der Beilage C 5.03 Musterwerkvertrag sei der Angebotspreis als unabänderliches Pauschalhonorar zu verstehen, "mit dem alle Kosten für die erforderlichen Leistungen, die zur Erbringung der vertragsgegenständlichen erforderlich sind, abgegolten sind, auch wenn notwendige Einzelheiten in der Leistungsbeschreibung nicht erwähnt sind."

Nach den Punkten 6 und 7 der Ausschreibung sei für die Beurteilung der übrigen Zuschlagskriterien ein Hearing vorgesehen, welches am 6.4.2011 stattgefunden habe. Dabei seien diese Zuschlagskriterien anhand einer Präsentation und einem Handout bewertet worden. Die Zuschlagsentscheidung enthalte jedoch keine Angaben über die Vergabesumme und entbehre einer nachvollziehbaren Begründung. Ebenso sei kein begründeter Ausnahmefall für die briefliche Übermittlung der Zuschlagsentscheidung erkennbar. Gemäß der der Zuschlagsentscheidung angeschlossenen Bewertungsübersicht seien dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers im

Zuschlagskriterium Angebotspreis 40 Punkte zugeordnet worden, dem Angebot der Antragstellerin - ohne nähere Begründung oder Angabe eines für die Punkteberechnung herangezogenen Algorithmus - lediglich 13,45 Punkte. Nicht nachvollziehbar sei daraus jedoch der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis. In den anderen Zuschlagskriterien sei das Angebot der Antragstellerin jeweils besser bewertet worden als jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Es sei davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger ein "Unterangebot", also ein (auch) die direkt zuordenbaren Kosten im Sinne des § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG nicht deckendes Angebot gelegt habe, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 leg cit zwingend auszuscheiden wäre. Darüber hinaus sei aufgrund des unterlassenen Ausscheidens davon auszugehen, dass der Auftraggeber keine vertiefte Angebotsprüfung in Folge des auffällig niedrigen Angebotspreises anhand der verpflichtend vorzulegenden Angebotskalkulation vorgenommen habe. Weiters sei keine Verhandlung über das Leistungsbild oder den Leistungsvertrag oder den Angebotspreis mit der Antragstellerin geführt worden. Nach § 105 Abs. 3 BVergG habe der Auftraggeber den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben und sie zur Abgabe eines Letztangebotes aufzufordern. Hätte der Auftraggeber vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin zu Verhandlungen und zur Abgabe eines Letztangebotes aufgefordert, hätte diese - wie sie es von vornherein beabsichtigt gehabt habe - ein preislich günstigeres Angebot gelegt und die Chance erhalten, Bestbieterin zu werden. Nach den Punkten 6 und 7 der Ausschreibung sei für die Beurteilung der übrigen Zuschlagskriterien ein Hearing vorgesehen, welches am 6.4.2011 stattgefunden habe. Dabei seien diese Zuschlagskriterien anhand einer Präsentation und einem Handout bewertet worden. Die Zuschlagsentscheidung enthalte jedoch keine Angaben über die Vergabesumme und entbehre einer nachvollziehbaren Begründung. Ebenso sei kein begründeter Ausnahmefall für die briefliche Übermittlung der Zuschlagsentscheidung erkennbar. Gemäß der der Zuschlagsentscheidung angeschlossenen Bewertungsübersicht seien dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Zuschlagskriterium Angebotspreis 40 Punkte zugeordnet worden, dem Angebot der Antragstellerin - ohne nähere Begründung oder Angabe eines für die Punkteberechnung herangezogenen Algorithmus - lediglich 13,45 Punkte. Nicht nachvollziehbar sei daraus jedoch der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis. In den anderen Zuschlagskriterien sei das Angebot der Antragstellerin jeweils besser bewertet worden als jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Es sei davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger ein "Unterangebot", also ein (auch) die direkt zuordenbaren Kosten im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG nicht deckendes Angebot gelegt habe, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, leg cit zwingend auszuscheiden wäre. Darüber hinaus sei aufgrund des unterlassenen Ausscheidens davon auszugehen, dass der Auftraggeber keine vertiefte Angebotsprüfung in Folge des auffällig niedrigen Angebotspreises anhand der verpflichtend vorzulegenden Angebotskalkulation vorgenommen habe. Weiters sei keine Verhandlung über das Leistungsbild oder den Leistungsvertrag oder den Angebotspreis mit der Antragstellerin geführt worden. Nach Paragraph 105, Absatz 3, BVergG habe der Auftraggeber den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben und sie zur Abgabe eines Letztangebotes aufzufordern. Hätte der Auftraggeber vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin zu Verhandlungen und zur Abgabe eines Letztangebotes aufgefordert, hätte diese - wie sie es von vornherein beabsichtigt gehabt habe - ein preislich günstigeres Angebot gelegt und die Chance erhalten, Bestbieterin zu werden.

Die Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Im Falle der Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger hätte die Antragstellerin nicht mehr die Möglichkeit, den Auftrag zu erhalten. Der Antragstellerin entstehe bei Nichterlangung des verfahrensgegenständlichen Auftrages ein Schaden zumindest in der Höhe des Deckungsbeitrages sowie in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für die Angebotserstellung und in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

Mit Stellungnahme vom 26.4.2011 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, legte die Vergabeakten dem Bundesvergabeamt vor und teilte mit, dass gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung kein Einwand erhoben werde.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Die Republik Österreich, vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich, vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von § 328 Abs. 3 und 4 iVm § 321 Abs. 1 und 2 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von Paragraph 328, Absatz 3 und 4 in Verbindung mit Paragraph 321, Absatz eins und 2 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Das vorliegende Vergabeverfahren ist laut Angaben des Auftraggebers dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 71300000) gemäß § 6 BVergG, der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich gemäß § 26 Abs. 6 leg cit nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das vorliegende Vergabeverfahren ist laut Angaben des Auftraggebers dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 71300000) gemäß Paragraph 6, BVergG, der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 26, Absatz 6, leg cit nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

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

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der mit Schreiben vom 13.4.2011 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung

abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

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

Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Zuletzt aktualisiert am

27.07.2011

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