

TE Verg Bescheid 2011/1/27 N/0006-BVA/06/2011-8EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.01.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im

Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Sofortbaggerungen Standort West (Donau Strom-km 2223,2 bis Strom-km 2093,6)" der Auftraggeberin via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H., Donau City Straße 1, 1220 Wien, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 20. Jänner 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Sofortbaggerungen Standort West (Donau Strom-km 2223,2 bis Strom-km 2093,6)" der Auftraggeberin via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H., Donau City Straße 1, 1220 Wien, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 20. Jänner 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung folgender einstweiligen Verfügung, "Das BVA möge dem Auftraggeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Nachprüfungsverfahren untersagen, im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Sofortbaggerungen Standort West" den Zuschlag zu erteilen" wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin, der via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H., für die Dauer des zur Zahl N/0006-BVA/06/2011 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, eine Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Sofortbaggerungen Standort West (Donau Strom-km 2223,2 bis Strom-km 2093,6)" abzuschließen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins und 3 BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 20. Jänner 2011 beehrte die Antragstellerin neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren die Nichtigerklärung der Entscheidung vom 13. Jänner 2011, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Zusammengefasst brachte sie hierzu im Wesentlichen Folgendes vor:

Die via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m. b.H. habe den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Sofortbaggerungen im Bereich des Standortes West (Donau Stromkm 2223,2 bis 2093,6) zur raschen Beseitigung von Hochwasseranlandungen in der Schifffahrtsrinne, in Hafeneinfahrten und öffentlichen Länden im offenen Verfahren nach den Vorschriften für den Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die nationale Bekanntmachung sei am 29. Juni 2010 unter L-474749-0611 erfolgt. Die Antragstellerin habe sich fristgerecht durch Legung eines höchst kompetitiven Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Telefax vom 13. Jänner 2011 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass der "Zuschlag" im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** erteilt werden soll. Dabei handle es sich gem § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG um die gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m. b.H. habe den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Sofortbaggerungen im Bereich des Standortes West (Donau Stromkm 2223,2 bis 2093,6) zur raschen Beseitigung von Hochwasseranlandungen in der Schifffahrtsrinne, in Hafeneinfahrten und öffentlichen Länden im offenen Verfahren nach den Vorschriften für den Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die nationale Bekanntmachung sei am 29. Juni 2010 unter L-474749-0611 erfolgt. Die Antragstellerin habe sich fristgerecht durch Legung eines höchst kompetitiven Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Telefax vom 13. Jänner 2011 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass der "Zuschlag" im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** erteilt werden soll. Dabei handle es sich gem Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG um die gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

Diese Entscheidung werde von der Auftraggeberin als Zuschlagsentscheidung bezeichnet. Diese Entscheidung sei aber vom Gesetzgeber im Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen und daher schon aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Darüber hinaus erweise sich die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werde, auch insofern als rechtswidrig, als aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, nämlich aufgrund der mehrfachen Festlegung ungeeigneter und unzulässiger Eignungsnachweise, eine transparente und objektiv nachvollziehbare Überprüfung der Leistungsfähigkeit nicht möglich sei. Die Ausschreibung sei vielmehr nicht

bloß fakultativ, sondern zwingend zu widerrufen. Diesbezüglich könne auch keine Präklusion eintreten, da eine Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden könne.

Weiters erweise sich die gegenständliche Ausschreibung als von vornherein ungeeignet, vergleichbare Angebote zu erzielen. Durch die konkrete Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie des Vergabeverfahrens überhaupt als Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von drei Jahren und Verlängerungsoption überwälze die Auftraggeberin den Bietern entgegen der gesetzlichen Anordnung in § 78 Abs 3 BVergG Risiken, die aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien nicht kalkulierbar sind. Die Berechnung des Aufwandes für eine Nassbaggerung hänge nämlich maßgeblich von vier zentralen Faktoren, der Baggerfeldgröße, der Beweglichkeit im Baggerfeld, der Baggerfeldtiefe und der jeweiligen Flussgeschwindigkeit ab. Angaben zu diesen Faktoren müssten, um eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten zu können, bereits im Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes feststehen. Dies sei im vorliegenden Fall der Ausschreibung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung zwangsläufig unmöglich. Das Leistungsverzeichnis nehme zwar auf diese Faktoren Bezug, enthalte aber diesbezüglich keine Angaben, die einer Kalkulation so zugrunde gelegt werden könnten, dass ohne Unwägbarkeiten Preise angegeben werden können. Die fehlende Vergleichbarkeit könne auch nicht durch die Garantie einer Mindestabrufmenge beseitigt werden, da die obigen Faktoren weiterhin nicht bekannt seien. Den Bietern werde sohin das alleinige Risiko für die Verwirklichung von im Ausschreibungszeitpunkt ungewissen Ereignissen auferlegt. Es liege sohin ein weiterer zwingender Widerrufsgrund vor, welcher die Auftraggeberin jedenfalls zum Widerruf verpflichte. Andernfalls stünde es der Auftraggeberin frei, dem einen oder anderen Bieter rechtswidrig den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre insbesondere mit den auch für Verfahren im Unterschwellenbereich maßgeblichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht in Einklang zu bringen. Weiters erweise sich die gegenständliche Ausschreibung als von vornherein ungeeignet, vergleichbare Angebote zu erzielen. Durch die konkrete Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie des Vergabeverfahrens überhaupt als Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von drei Jahren und Verlängerungsoption überwälze die Auftraggeberin den Bietern entgegen der gesetzlichen Anordnung in Paragraph 78, Absatz 3, BVergG Risiken, die aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien nicht kalkulierbar sind. Die Berechnung des Aufwandes für eine Nassbaggerung hänge nämlich maßgeblich von vier zentralen Faktoren, der Baggerfeldgröße, der Beweglichkeit im Baggerfeld, der Baggerfeldtiefe und der jeweiligen Flussgeschwindigkeit ab. Angaben zu diesen Faktoren müssten, um eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten zu können, bereits im Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes feststehen. Dies sei im vorliegenden Fall der Ausschreibung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung zwangsläufig unmöglich. Das Leistungsverzeichnis nehme zwar auf diese Faktoren Bezug, enthalte aber diesbezüglich keine Angaben, die einer Kalkulation so zugrunde gelegt werden könnten, dass ohne Unwägbarkeiten Preise angegeben werden können. Die fehlende Vergleichbarkeit könne auch nicht durch die Garantie einer Mindestabrufmenge beseitigt werden, da die obigen Faktoren weiterhin nicht bekannt seien. Den Bietern werde sohin das alleinige Risiko für die Verwirklichung von im Ausschreibungszeitpunkt ungewissen Ereignissen auferlegt. Es liege sohin ein weiterer zwingender Widerrufsgrund vor, welcher die Auftraggeberin jedenfalls zum Widerruf verpflichte. Andernfalls stünde es der Auftraggeberin frei, dem einen oder anderen Bieter rechtswidrig den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre insbesondere mit den auch für Verfahren im Unterschwellenbereich maßgeblichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht in Einklang zu bringen.

Schließlich räume die Auftraggeberin den Bietern ein Wahlrecht ein, bestimmte Kostenfaktoren entweder in die Pauschale betreffend die Baustelleneinrichtung oder aber in die Kalkulation der Einheitspreise der einzelnen Teilleistungen, für welche andere Rechengrößen heranzuziehen sind, einzurechnen. Da es einen erheblichen Unterschied für die Kalkulation bedeute, bei welcher Position bestimmte Kosten untergebracht werden, könne die Ausschreibung auch aus diesem Grund die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleisten. Die von der Auftraggeberin gewählten Kriterien seien demnach zur Ermittlung des Billigstbieters gänzlich ungeeignet.

Die Auftraggeberin habe daher die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Es sei zwar davon auszugehen, dass mangels Anfechtung der Ausschreibung allfällige Rechtswidrigkeiten der Bewertungskriterien nicht mehr der Nachprüfung unterliegen. Dies gelte jedoch nur, solange anhand der konkret aufgestellten Kriterien zumindest eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Auswahlentscheidung unter Zugrundelegung der allgemeinen

Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleibe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Dies schlage - trotz eingetretener Präklusion und damit Bestandfestigkeit der Ausschreibung - auch auf spätere Phasen des Vergabeverfahrens durch und führe zum zwingenden Widerruf der Ausschreibung.

Bei Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Entscheidung drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns und der Aufwendungen für die Beteiligung am betreffenden Vergabeverfahren und in Gestalt des Verlusts eines wichtigen Referenzprojektes. Ferner drohe durch Unterlassung des zwingend gebotenen Widerrufs der Verlust der Chance, bei rechtskonformer Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen ein erfolgreiches Angebot abzugeben, sohin die Chance, sich an einem künftigen Verfahren erfolgreich bewerben zu können.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Festlegung rechtskonformer Eignungskriterien, auf Festlegung eines den Bestimmungen des BVergG entsprechenden Leistungsverzeichnisses, das die Abgabe vergleichbarer Angebote ermöglicht, auf Unterlassung der Übertragung unkalkulierbarer Risiken, auf rechtskonforme und nachvollziehbare Bewertung der Angebote sowie in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens verletzt.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Interessenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen müsse, zumal 1. die Auftraggeberin verpflichtet sei, dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Auftragsvergabe durch eine zeitgerechte und etwaige Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren berücksichtigende Ausschreibung Rechnung zu tragen, 2. die Auftraggeberin derartige Baggerungen ohnehin laufend gesondert vergebe, 3. im Jahr 2010 aus der bestehenden Rahmenvereinbarung nicht ein einziges Mal abgerufen wurde und 4. sich ein Auftraggeber nicht - wie vorliegend - durch einen langen Zeitraum zwischen Angebotsöffnung und "Zuschlagsentscheidung" vor den Folgen eines Nachprüfungsverfahrens entziehen könne. Die Auftraggeberin könnte ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme unumkehrbare Tatsachen schaffen und die Chance auf "Erhalt des Zuschlags" wäre vereitelt. Eine ex-post Feststellung der Rechtswidrigkeit der "Zuschlagsentscheidung" könne diesen Schaden nicht aufwiegen.

Die Auftraggeberin, via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H., vertreten durch X***, übermittelte am 25. Jänner 2011 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Sofortbaggerungen Standort West (Donau Strom-km 2223,2 bis Strom-km 2093,6)". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um eine Rahmenvereinbarung über Bauleistungen (CPV-Code 45240000), welche nach Durchführung eines offenen Verfahrens mit einem Unternehmer abgeschlossen werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage € 1.800.000,00 (exkl. USt). Nach dem Angebotsschreiben, Seite 1 und Punkt 6. der allgemeinen Bestimmungen betreffend Vergabeverfahren (ABV) gelte das Billigstbieterprinzip. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Mit Schreiben vom 13. Jänner 2011 sei den Bietern, die irrtümlich als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitgeteilt worden. Die Rahmenvereinbarung sei noch nicht abgeschlossen worden. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung erklärt worden, noch sei ein Widerruf erfolgt. Zumal das Angebot der Antragstellerin an dritter Stelle zu reihen sei und die davor gereihten Angebote ausschreibungskonform und zuschlagsfähig seien, habe die Antragstellerin allerdings keine echte Chance auf Zuschlagserteilung, weswegen ihr die Antragslegitimation fehle. Gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen wurden seitens der Auftraggeberin nicht benannt.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen sowie der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Provisorialverfahren folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H., hat die gegenständliche Leistung im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-474949-0611). Leistungsgegenstand ist die Vornahme von Sofortbaggerungen im Bereich des Standortes West (Donau Stromkm 2223,2 bis 2093,6) zur raschen Beseitigung von Hochwasseranlandungen in der Schifffahrtsrinne, in Hafeneinfahrten und öffentlichen Länden. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll drei Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr betragen. Der geschätzte

Auftragswert beträgt € 1.800.000,- (exkl. USt.). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war nach Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen der 19. August 2010, 10.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot gelegt.

Am 13. Jänner 2011 übermittelte die Auftraggeberin mittels Telefax ein als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVerG" bezeichnetes Schreiben, mit welchem mitgeteilt wird, dass "der Zuschlag im o.a. Projekt an den Billigstbieter Am 13. Jänner 2011 übermittelte die Auftraggeberin mittels Telefax ein als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVerG" bezeichnetes Schreiben, mit welchem mitgeteilt wird, dass "der Zuschlag im o.a. Projekt an den Billigstbieter

B*** ... erteilt werden soll ...". Danach weist das betreffende

Angebot mit € 1.269.880,39 inkl. 20 % USt den niedrigsten Gesamtpreis auf.

Am 20. Jänner 2011 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein.

Entsprechend den Informationen der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Stadium der Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die Rahmenvereinbarung wurde noch nicht abgeschlossen. Ebenso wurde weder eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben noch der Widerruf erklärt.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Anzuwendendes Recht

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetz BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind gemäß § 345 Abs 14 Z 1 BVerG mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5. März 2010, in Kraft getreten. Für das vorliegend im Juni 2010 eingeleitete Vergabeverfahren und das nunmehrige Vergabekontrollverfahren kommen demnach die novellierten Bestimmungen des BVerG zur Anwendung. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVerG mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5. März 2010, in Kraft getreten. Für das vorliegend im Juni 2010 eingeleitete Vergabeverfahren und das nunmehrige Vergabekontrollverfahren kommen demnach die novellierten Bestimmungen des BVerG zur Anwendung.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabesachbearbeiters und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVerG ist die via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H.. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVerG (vgl BVA vom 16. Jänner 2007, N/0001-BVA/10/2007-18; 30. November 2010, N/0037-BVA/13/2010-108). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVerG ist die via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H.. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG vergleiche BVA vom 16. Jänner 2007, N/0001-BVA/10/2007-18; 30. November 2010, N/0037-BVA/13/2010-108). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachbearbeiters zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVerG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachbearbeiters zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da das Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da das Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 und 2 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins und 2 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Entsprechend den Ausführungen der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung ist demnach noch nicht erfolgt. Diese erste Stufe des Vergabeverfahrens, das Verfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung, wird vor dem tatsächlichen Abschluss eines Leistungsvertrages allerdings als bloß "fiktives" Vergabeverfahren geführt, das nicht durch Zuschlagserteilung endet (siehe EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 48 und 94). Die Antragstellerin bekämpft vorliegend die Entscheidung der Auftraggeberin vom 13. Jänner 2011, mit welcher diese mitteilt, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Dabei handelt es sich nicht um eine Zuschlagsentscheidung sondern, wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, um die in diesem Verfahrensabschnitt gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ii BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVA-GebV 2010). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Entsprechend den Ausführungen der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung ist demnach noch nicht erfolgt. Diese erste Stufe des Vergabeverfahrens, das Verfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung, wird vor dem tatsächlichen Abschluss eines Leistungsvertrages allerdings als bloß "fiktives" Vergabeverfahren geführt, das nicht durch Zuschlagserteilung endet (siehe EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 48 und 94). Die Antragstellerin bekämpft vorliegend die Entscheidung der Auftraggeberin vom 13. Jänner 2011, mit welcher diese mitteilt, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Dabei handelt es sich nicht um eine Zuschlagsentscheidung sondern, wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, um die in diesem Verfahrensabschnitt gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVA-GebV 2010).

III. Inhaltliche Beurteilung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung

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 § 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 § 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 Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. 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 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 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 Nichtigklärung 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 ihr am 13. Jänner 2011 bekannt gegebenen Entscheidung, dass der B*** als Billigstbieterin "der Zuschlag erteilt werden soll". Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung des Abschlusses einer entsprechenden Rahmenvereinbarung und eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines Rahmenvereinbarungsabschlusses mit der Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den drohenden Gewinnentgang und den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 21. Februar 2007, N/0012-BVA/07/2007-13; 9. Juni 2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Demgegenüber hat die Auftraggeberin davon abgesehen, gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Im Übrigen sind der Senatsvorsitzenden keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Im Sinne ständiger Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa bereits BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10; 14. Juni 2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.). Abgesehen davon lässt der bisherige Verfahrensablauf ohnedies auf keine besondere Dringlichkeit schließen.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital

Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung als gelindeste noch zum Ziel führende Sicherungsmaßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG zu verfügen war. Der Umstand, dass die Antragstellerin die Untersagung der Erteilung des Zuschlages begehrt, kann insofern dahin stehen und hindert die Verfügung der og Sicherungsmaßnahme nicht, da aus dem gesamten Vorbringen die angefochtene Entscheidung zweifelsfrei hervorgeht und zu erkennen ist, dass der aufgrund der mitgeteilten Entscheidung nächst folgende und unumkehrbare Tatsachen bildende Schritt der Auftraggeberin unterbunden werden möge. Dabei handelt es sich um den bevorstehenden Abschluss der Rahmenvereinbarung. Im Übrigen bedient sich die Antragstellerin der Terminologie der Auftraggeberin, was der Rechtsschutzsuchenden keinesfalls abträglich sein kann (vgl zB BVA vom 13. Mai 2008, N/0052-BVA/06/2008-11). Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung als gelindeste noch zum Ziel führende Sicherungsmaßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG zu verfügen war. Der Umstand, dass die Antragstellerin die Untersagung der Erteilung des Zuschlages begehrt, kann insofern dahin stehen und hindert die Verfügung der og Sicherungsmaßnahme nicht, da aus dem gesamten Vorbringen die angefochtene Entscheidung zweifelsfrei hervorgeht und zu erkennen ist, dass der aufgrund der mitgeteilten Entscheidung nächst folgende und unumkehrbare Tatsachen bildende Schritt der Auftraggeberin unterbunden werden möge. Dabei handelt es sich um den bevorstehenden Abschluss der Rahmenvereinbarung. Im Übrigen bedient sich die Antragstellerin der Terminologie der Auftraggeberin, was der Rechtsschutzsuchenden keinesfalls abträglich sein kann vergleiche zB BVA vom 13. Mai 2008, N/0052-BVA/06/2008-11).

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist. Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist.

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at