

TE Verg Bescheid 2010/12/13 N/0101-BVA/13/2010-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.12.2010

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanung für das Bauvorhaben Sanierung Objekt B-0390 Parkhaus 3, B-0400 Parkhaus 4 am Flughafen Wien Schwechat" der Auftraggeberin Flughafen Wien AG, Office Park, 1300 Wien Flughafen, vertreten durch Cerha, Hempel, Spiegelfeld, Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Parkring 2, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 6. Dezember 2010 "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt und die Zuschlagserteilung untersagt wird" gemäß § 328 BVergG 2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 MR Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanung für das Bauvorhaben Sanierung Objekt B-0390 Parkhaus 3, B-0400 Parkhaus 4 am Flughafen Wien Schwechat" der Auftraggeberin Flughafen Wien AG, Office Park, 1300 Wien Flughafen, vertreten durch Cerha, Hempel, Spiegelfeld, Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Parkring 2, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 6. Dezember 2010 "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt und die Zuschlagserteilung untersagt wird" gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2010, beim BVA eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29. November 2010, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bestbieterin entsprechend der

Auskunft aus dem "Firmen ABC" lediglich über einen Mitarbeiter verfügen würde. Damit entspreche sie nicht den Eignungskriterien, weil dort eine Mindestanzahl von fünf Mitarbeitern festgelegt worden sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei daher auszuschneiden. Die Auftraggeberin habe an die Bestbieterin im Hinblick auf die Qualitätskriterien fälschlicherweise die annähernd gleiche Punktezahl wie an die Antragstellerin vergeben. Diese hohe Bewertung der Bestbieterin hinsichtlich der Qualität sei nicht nachvollziehbar. Die Bestbieterin verfügte über keine Erfahrung, weil keine Referenzprojekte bekannt seien. Die Auftraggeberin habe der Bestbieterin auch hinsichtlich der Projektteams zu viele Punkte vergeben. Nicht nachvollziehbar sei, woraus die Erfahrung des Kernteams resultieren solle. Die Vergabeentscheidung sei daher rechtswidrig. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss damit dokumentiert, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt habe. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (bestes Angebot und kein Widerrufsgrund) als verletzt.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass ihr durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung unmittelbar ein Schaden drohe, weil zu erwarten sei, dass die Auftraggeberin unverzüglich nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag an die bekannt gegebene Bestbieterin erteilen werde. Die Antragstellerin würde durch die frustrierten Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren und durch den entgangenen Gewinn aus dem Auftrag geschädigt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10. Dezember 2010 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Flughafen Wien AG sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 200.000,-- exklusive USt der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden solle. Eine Bekanntgabe sei nicht erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (gemeint wohl: C***) sei am 29. November 2010 erfolgt.

Zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilte die Auftraggeberin mit, dass zwar keine im Sinne der Rechtsprechung überwiegenden Interessen der Auftraggeberin, sonstiger Bieter oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestehen würden. Allerdings spreche sich die Auftraggeberin gegen die beantragten Maßnahmen aus, weil die beantragte Anordnung einer Aussetzung der Zuschlagsentscheidung weder erforderlich sei noch das gelindeste Mittel darstelle. Dies deshalb, weil die Auftraggeberin dadurch über Gebühr belastet würde, ohne die Rechtsposition der Antragstellerin zu verbessern, weil sie im Fall der Antragsabweisung oder Antragszurückweisung den Zuschlag nicht sofort erteilen könne. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (bestes Angebot und kein Widerrufsgrund) verletzt. Diese Verletzung sei aber denkunmöglich, da die Antragstellerin selbst vorgebracht habe, die Zuschlagsentscheidung am 29. November 2010 per Telefax erhalten zu haben. Damit sei klar, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des ermittelten Bestbieters bekannt gegeben habe. Die behauptete Rechtsverletzung habe daher nicht stattgefunden.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 10. Dezember 2010 brachte diese gegen die beantragte einstweilige Verfügung vor, dass der von der Auftraggeberin gewählte Termin für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages auf die Dringlichkeit der Zustandserfassung in der "schlechten" Jahreszeit schließen lasse.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Flughafen Wien AG hat zur Beschaffung der "Generalplanung für das Bauvorhaben Sanierung Objekt B-0390 Parkhaus 3, B-0400 Parkhaus 4 am Flughafen Wien Schwechat" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem geschätzten Auftragswert von € 200.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 29. November 2010 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der C*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 10. Dezember 2010; Akt des Vergabeverfahrens)

1. 3.Ziffer 3

Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweilige Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweilige Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 und 2 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Unterschwellenbereich bei einer Übermittlung der Entscheidung mittels Telefax binnen 7 Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 29. November 2010 per Telefax übermittelten Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangt (siehe Einlaufstempel der Antragstellerin auf der Zuschlagsentscheidung, welche dem Antrag der Antragstellerin vom 6. Dezember 2010 beiliegt). Der Nachprüfungsantrag ist am 6. Dezember 2010 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins und 2 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Unterschwellenbereich bei einer Übermittlung der Entscheidung mittels Telefax binnen 7 Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 29. November 2010 per Telefax übermittelten Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangt (siehe Einlaufstempel der Antragstellerin auf der Zuschlagsentscheidung, welche dem Antrag der Antragstellerin vom 6. Dezember 2010 beiliegt). Der Nachprüfungsantrag ist am 6. Dezember 2010 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 hat als vorläufige Maßnahme beantragt, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt und die Zuschlagserteilung untersagt wird".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 29. November 2010 die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat zusammengefasst gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vorgebracht, dass zwar keine im Sinne der Rechtsprechung überwiegenden Interessen der Auftraggeberin, sonstiger Bieter oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestehen würden. Allerdings spreche sie sich gegen die beantragten Maßnahmen aus, weil die beantragte Anordnung einer Aussetzung der Zuschlagsentscheidung weder erforderlich sei noch das gelindeste Mittel darstelle und weil die von der Antragstellerin vorgebrachte Verletzung in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (bestes Angebot und kein Widerrufsgrund) denkunmöglich sei, da die Antragstellerin selbst vorgebracht habe, die Zuschlagsentscheidung am 29. November 2010 per Telefax erhalten zu haben. Damit sei klar, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des ermittelten Bestbieters bekannt gegeben habe.

Dazu ist zu sagen, dass die beantragte Anordnung einer Aussetzung der Zuschlagsentscheidung - wie die Auftraggeberin richtigerweise vorbringt - weder erforderlich ist noch das gelindeste Mittel darstellt. Zu dem Vorbringen der Auftraggeberin, wonach die von der Antragstellerin vorgebrachte Verletzung in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (bestes Angebot und kein Widerrufsgrund) denkunmöglich sei, da die Antragstellerin selbst vorgebracht habe, die Zuschlagsentscheidung am 29. November 2010 per Telefax erhalten zu haben, ist festzuhalten, dass es sich aus dem Nachprüfungsantrag unzweifelhaft ergibt, dass die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung erhalten hat (dies wird von der Antragstellerin auch nicht bezweifelt, sondern wird vielmehr im Anhang an den Nachprüfungsantrag die Zuschlagsentscheidung vom 29. November 2010 beigelegt) und bekämpfen will. Eine Verletzung der Rechte der Antragstellerin ist daher nicht "denkunmöglich".

Zu dem Vorbringen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, dass der von der Auftraggeberin gewählte Termin für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages auf die Dringlichkeit der Zustandserfassung in der "schlechten" Jahreszeit schließen lasse ist zu sagen, dass dies offenbar nicht zutrifft, da die Auftraggeberin selbst vorbrachte, dass kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestehen würde.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH

15.10.2001, B 1369/01) erscheint daher ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2011

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