

TE Verg Bescheid 2010/10/12 N/0087-BVA/14/2010-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizei-Einsatzbootes für den Bodensee in Vorarlberg" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, Minoritenplatz 9, Postfach 100, 1014 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 7.10.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt und verbessert eingebracht am 8.10.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizei-Einsatzbootes für den Bodensee in Vorarlberg" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, Minoritenplatz 9, Postfach 100, 1014 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 7.10.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt und verbessert eingebracht am 8.10.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, das gegenständliche Vergabeverfahren fortzusetzen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt.

Begründung

Die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragsteller) stellte mit Schriftsatz vom 7.10.2010 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Weiters wurden zwei Eventualanträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt (Antrag auf Untersagung der Aufforderung zur Angebotslegung und Antrag auf Untersagung der Öffnung der im Vergabeverfahren eingelangten Angebote). Mit gleichem Schriftsatz wurden ein Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers der Nichtzulassung des Antragstellers zur Angebotslegung (Nichtzulassung zur Teilnahme) vom 28.9.2010 sowie Anträge auf Auferlegung der entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an den Auftraggeber gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 7.10.2010 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber (Bundesministerin für Inneres), Abteilung I/6, habe mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 27.5.2010 ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwabenbereich betreffend "Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizei-Einsatzbootes für den Bodensee in Vorarlberg" eingeleitet.

Das Vergabeverfahren sei im Wesentlichen im Dokument "Teilnahmebedingungen" geregelt, worin die Abteilung I/6 des Bundesministeriums für Inneres als vergebende Stelle angegeben sei.

Als Termin für die Einreichung der Teilnahmeanträge sei der 2.7.2010 festgelegt worden.

Gemäß den Teilnahmebedingungen werde eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Einreichung von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Von den geeigneten Bewerbern würden jene drei Bewerber ausgewählt werden, die laut Pkt. 12.2 der Teilnahmebedingungen bei den Auswahlkriterien am besten bewertet würden.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien Referenzen zu legen.

Dabei sei in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen Folgendes festgelegt worden:

"Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000,-- inkl. USt.

Der Bewerber hat mindestens zwei Referenzaufträge, die den im vorigen Absatz genannten Anforderungen entsprechen, nachzuweisen.

Weiters sind den Referenzen Bilder der Referenzboote anzuschließen."

Der Antragsteller habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag gelegt. Insgesamt habe er 7 Referenzprojekte eingereicht und dem Teilnahmeantrag auch Bilder der Referenzboote angeschlossen.

Da der Antragsteller geeignet sei, wäre er zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen gewesen.

Am 21.7.2010 sei der Antragsteller mit Schreiben des Auftraggebers um Aufklärungen zu seinem Teilnahmeantrag ersucht worden. Mit Schreiben vom 27.7.2010 habe der Antragsteller die entsprechenden Informationen erteilt. Insbesondere habe der Antragsteller dabei die Vergleichbarkeit des Referenzprojektes Nr. 1, Forschungsboot für den Bodensee "Q***", dargestellt. Auch habe er darauf hingewiesen, dass es sich bei der Nichtberücksichtigung des Referenzprojektes Nr. 5, Bodensee Katamaran "P***" um ein Versehen handeln müsse, zumal der Auftragswert bei Euro 2,7 Mio liege und die zumindest geforderten Euro 500.000,-- damit bei Weitem überschritten würden.

Am 28.9.2010 sei dem Antragsteller von der vergebenden Stelle folgende "Verständigung über die Auswahlentscheidung und Nicht-Zulassung zur Angebotslegung ("Auswahlentscheidung") übermittelt worden:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Bundesministerium für Inneres dankt für Ihr Interesse am Verhandlungsverfahren "Polizei-Einsatzboot für den Bodensee in Vorarlberg", GZ, BMI-RS1200/0051-1/6/2010" - Wir geben Ihnen hiermit gemäß BVergG 2006 bekannt, dass die Prüfung und Bewertung Ihres Teilnahmeantrages anhand der Auswahlkriterien zu folgendem Ergebnis geführt hat:

Die Bewertungskommission hat nach eingehender Prüfung festgestellt, dass die von Ihnen vorgelegten Referenzen nicht wie gefordert mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sind. Der Auftraggeber bedauert, Sie daher nicht für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zulassen zu können,

Prüfkriterium gemäß Punkt 7 der Teilnahmebedingungen war die Bedingung, dass Referenzen in folgenden Punkten mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sein müssen:

- -Strichaufzählung
Motorboote Herstellung und Lieferung von Motorbooten mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar in
- -Strichaufzählung
Größe
- -Strichaufzählung
Bauweise
- -Strichaufzählung
Material

und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen; ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert EUR 500.000,-- inkl. USt.

Der Auftraggeber kann aufgrund der Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nur Referenzaufträge berücksichtigen, die diese Merkmale erfüllen, Abweichungen von diesen Prüfkriterien hinsichtlich der Bauweise (z.B. Verdränger), der Größe sowie des geforderten Baumaterials Aluminium oder eines gleichwertigen Materials müssen damit zur Nichtanerkennung als Referenz führen. Bei den von Ihnen vorgelegten Referenzen handelt es sich um Fahrzeuge, die offensichtlich für den Einsatz auf Flüssen und Seen konzipiert wurden, sie sind aber hinsichtlich ihrer Einsatzverwendung nicht mit dem Einsatzspektrum der Ausschreibung vergleichbar. Von ihrer technischen Auslegung her handelt es sich um Passagierschiffe und Berufsfahrzeuge für spezielle Zwecke.

Die erste Referenz "Q***" ist ein Verdrängerfahrzeug mit Z-Antrieb. In der Ausschreibung wurde jedoch ein Halbgleiter, der eine entsprechende Rumpfform verlangt und ein Wellenantrieb gefordert.

Bei den Referenzen Nr. 2 und 5 "N***", "O***" und "P***" handelt es sich um große Katamarane für Passagierdienste auf Seen. Eine Vergleichbarkeit zu dem in der Ausschreibung geforderten Fahrzeug ist insbesondere deshalb nicht gegeben, da die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht dem ausgeschriebenen Polizeiboot (Einrumpfschiff) entspricht.

Die übrigen Referenzen (3, 4, 6 und 7) erfüllen aufgrund des geringen Auftragswerts die geforderten Mindestauftragssummen nicht und wurden daher nicht weiter geprüft. Die Referenz Nr. 5 wurde, wie Sie dem oben angeführten Ergebnis entnehmen können natürlich näher geprüft, wir ersuchen das diesbezügliche Versehen in unserem letzten Schreiben, in dem aufgrund eines Schreibfehlers statt der Referenz 6 die Referenz 5 genannt wurde, zu entschuldigen.

In Punkt 7 der Teilnahmebedingungen ist gefordert, dass von den Bewerbern mindestens zwei Referenzaufträge nachzuweisen sind, die den festgelegten Anforderungen entsprechen. Die Fahrzeuge, die als Referenz eingereicht wurden, stellen keine vergleichbaren Fahrzeuge im Sinne der Anforderungen der Ausschreibung an Referenzen dar. Die Referenzen konnten daher auch nicht gewertet werden."

Nachvollziehbare Informationen über die Gründe, warum keine einzige der vom Antragsteller eingereichten Referenzen den Teilnahmebedingungen entsprechen sollte, seien somit nicht preisgegeben worden. Insbesondere sei nicht bekannt gegeben worden, aus welchem Grund genau die eingereichten Referenzprojekte mit dem

Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material nicht vergleichbar sein sollten.

Auch sei dem Antragsteller die Niederschrift über die Teilnahmeantragsprüfung nicht übermittelt und somit nicht offen gelegt worden.

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folge eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz, da ansonsten die Vergabekontrollbehörde nicht überprüfen könne, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz tatsächlich eingehalten worden sei.

Im konkreten Fall sei der Auftraggeber von seinen eigenen Festlegungen in den bestandsfest gewordenen Teilnahmebedingungen mehrfach abgewichen.

So sei vom Auftraggeber etwa in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen festgelegt worden:

"Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000,-- inkl. USt."

Hiermit habe der Auftraggeber im Zusammenhang mit den Referenzen aber gerade keine Mindestkriterien festgelegt. Als alleinige Voraussetzung für die Berücksichtigung eines Referenzprojektes werde ausschließlich auf die Vergleichbarkeit (mit dem gegenständlichen Projekt) abgestellt, wobei sich die Vergleichbarkeit ausschließlich auf die Größe, die Bauweise und das Material beziehe. Andere Parameter (d.h. Vergleichsmaßstäbe) seien in den Teilnahmebedingungen nicht festgelegt worden. Auch seien keine Vorgaben für die Vergleichbarkeit gemacht, also nicht im Detail festgelegt worden, ab wann eine Referenz als vergleichbar gelte.

Der Antragsteller sei ein auf dem Gebiet der Planung und Herstellung von Booten führendes Unternehmen und aufgrund der besonders hohen Qualität seiner Arbeiten seit mehr als 90 Jahren im In- und Ausland erfolgreich tätig. Unter anderem stelle der Antragsteller seit Jahrzehnten Polizeiboote her. Erst in den letzten Monaten habe er etwa ein Angebot für die Herstellung eines Polizeibootes für den Bodensee (XXX) gelegt. Der Auftragsgegenstand der Ausschreibung für das "Polizeiboot XXX" sei mit dem gegenständlichen Auftragsgegenstand im Wesentlichen ident. Der Antragsteller sei ein auf dem Gebiet der Planung und Herstellung von Booten führendes Unternehmen und aufgrund der besonders hohen Qualität seiner Arbeiten seit mehr als 90 Jahren im In- und Ausland erfolgreich tätig. Unter anderem stelle der Antragsteller seit Jahrzehnten Polizeiboote her. Erst in den letzten Monaten habe er etwa ein Angebot für die Herstellung eines Polizeibootes für den Bodensee (römisch 30) gelegt. Der Auftragsgegenstand der Ausschreibung für das "Polizeiboot XXX" sei mit dem gegenständlichen Auftragsgegenstand im Wesentlichen ident.

Der Antragsteller sei die einzige Werft am Bodensee, die neben der Herstellung auch die ausschreibungsgegenständliche Wartung des Polizeibootes erbringen könne.

Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme nicht stattgegeben, könnte der Antragsteller kein Angebot legen und in weiterer Folge den Zuschlag nicht erhalten. Dem Antragsteller würde damit der aus dem Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen, wobei von einer Gewinnspanne von rund 7,5 % vom Gesamtpreis auszugehen sei. Weiters drohe ein Schaden aus den diesfalls frustrierten Kosten der Legung des Teilnahmeantrages in Höhe von rund Euro 1.600,-- Weiters seien für die Rechtsvertretung bereits Kosten aufgelaufen. Daneben drohe der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Die Entscheidung des Auftraggebers, die vom Antragsteller vorgelegten Referenzen als nicht vergleichbar zu werten, sei in keiner Weise nachvollziehbar. Obwohl der Antragsteller über die wohl aussagekräftigsten einschlägigen Referenzen in ganz Europa verfüge und erst jüngst ein Angebot für ein Polizeiboot der Bundesrepublik Deutschland für den Bodensee gelegt habe, solle der Antragsteller nicht einmal zur Angebotslegung zugelassen werden.

Entgegen der eigenen Festlegung in den Teilnahmebedingungen habe der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung nicht auf die Vergleichbarkeit der Referenzprojekte des Antragstellers mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt abgestellt. Vielmehr habe er die oben genannten Parameter (Größe, Bauweise, Material) als ohne Abweichung zu erfüllende Mindestbedingungen für die Bewertung der vom Antragsteller eingereichten Referenzprojekte herangezogen. In der Auswahlentscheidung führe der Auftraggeber in diesem Zusammenhang nämlich aus:

"Der Auftraggeber kann aufgrund der Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nur Referenzaufträge berücksichtigen, die diese Merkmale erfüllen, Abweichungen von diesen Prüfkriterien hinsichtlich der Bauweise (z.B. Verdränger), der Größe sowie des geforderten Baumaterials Aluminium oder eines gleichwertigen Materials müssen damit zur Nichtanerkennung als Referenz führen."

Im offenkundigen Widerspruch zu Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen habe der Auftraggeber daher auf ein Erfüllen dieser Merkmale sowie auf ein Nichtabweichen der Prüfkriterien abgestellt. Eine Vergleichbarkeit indiziere gerade das Vorliegen von Gemeinsamkeiten oder Unterschieden. Mit einem Vergleich würden zwei Objekte mit spezieller Hinsicht auf ihr gegenseitiges Verhältnis betrachtet. Mit der Begründung des Auftraggebers in der Auswahlentscheidung, dass die Referenzprojekte aufgrund von Abweichungen und einem Nichterfüllen nicht berücksichtigt werden könnten, verstoße der Auftraggeber offenkundig gegen die Festlegungen in den Teilnahmebedingungen. Auch aus diesem Grund sei die Auswahlentscheidung rechtswidrig.

Des Weiteren habe der Auftraggeber Kriterien herangezogen, die in den Teilnahmebedingungen gar nicht festgelegt worden seien. Der Auftraggeber führe für die Nichtanerkennung der Referenzprojekte des Antragstellers in der Auswahlentscheidung ins Treffen, dass die in den vorgelegten Referenzen genannten Fahrzeuge "offensichtlich für den Einsatz auf Flüssen und Seen konzipiert worden seien". Dass für einen See konzipierte Boote nicht mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt (ein Polizeiboot für den Bodensee) vergleichbar sein sollten, sei dabei keinesfalls nachvollziehbar. Auch würden die Teilnahmebedingungen in Pkt. 1.3.2 festlegen, dass ein Einsatz auf Binnengewässern oder dem Meer möglich sein müsse. Dass es sich beim Bodensee um ein Binnengewässer sowie einen See handle, sei wohl unstrittig.

Aber auch ein für einen Fluss konzipiertes Fahrzeug wäre selbstverständlich mit einem für einen See konzipierten Fahrzeug vergleichbar. Auch aus diesem Grund sei die Auswahlentscheidung rechtswidrig.

Im Rahmen der Prüfung des vom Antragsteller eingereichten Referenzprojektes Nr. 1 "Q****" sei vom Auftraggeber in der Auswahlentscheidung ins Treffen geführt worden, dass in der Ausschreibung ein Halbgleiter, der eine entsprechende Rumpfform verlange und ein Wellenantrieb gefordert worden sei. Dies sei unrichtig. Nicht nachvollziehbar sei, wo in den Teilnahmebedingungen ein Halbgleiter gefordert gewesen sei.

Aber selbst wenn ein solcher Halbgleiter gefordert gewesen wäre, wären die vom Antragsteller gelegten Referenzprojekte selbstverständlich mit einem Halbgleiter vergleichbar. Dies gelte im konkreten Fall vor allem für den Rumpf der Projektreferenz Nr. 1 "Q****". Der Rumpf dieses "Verdrängungsschiffes" sei mit dem ausschreibungsgegenständlichen Polizeiboot jedenfalls vergleichbar.

Beim Referenzprojekt Nr. 2 "N****" und "O****" sowie dem Referenzprojekt Nr. 5 "P****" handle es sich um Fahrzeuge mit einem sog. "low-wash-Rumpf". Durch die relativ steilen Vorstöße, die moderate V-Aufkrümmung, den sog. S-Schlag im Heckbereich sowie die Knick-Spant Bauweise seien diese Referenzen jedenfalls als sog. Halbgleiter zu qualifizieren. Verkürzt dargestellt seien Gleiter durch ihre Rumpfkonstruktion dazu geeignet, sich mittels eines (starken) Antriebes gegen den Wasserwiderstand aus dem Wasser zu erheben und auf dem Wasser zu gleiten. Hierdurch befinde sich also der überwiegende Teil der Fahrzeugmasse oberhalb der Wasserlinie. In der Folge hebe sich der Rumpf aus dem Wasser, wobei sich der Widerstand des Bootes im Wasser - durch die Bugwelle - reduziere. Bei weiterer Erhöhung der Geschwindigkeit beginne auch das Heck auf der Welle zu gleiten.

Dass es sich bei diesen Referenzprojekten (d.h. dem Referenzprojekt Nr. 2 "N****" und "O****" sowie dem Referenzprojekt Nr. 5 "P****") um sog. Halbgleiter handle, gehe auch eindeutig aus der sog. Froude-Zahl hervor (die Froude-Zahl stelle ein Maß für das Verhältnis von Trägheitskräften zu Schwerkraften innerhalb eines hydrodynamischen Systems dar). Nach wissenschaftlicher Erkenntnis handle es sich bei einer Froude-Zahl zwischen 0,6 und 0,85 um einen sog. Halbgleiter. Da die Froude-Zahl für die Rümpfe der Referenzprojekte (bei einer Geschwindigkeit von rund 26 Knoten) 0,736 betrage (d.h. sich innerhalb einer Bandbreite von 0,6 und 0,85 befinde), liege auch jeweils ein Halbgleiter vor.

Hieraus folge, dass im Falle, dass aufgrund der Teilnahmebedingungen ein Halbgleiter überhaupt gefordert gewesen sei - was bestritten werde - das Referenzprojekt Nr. 1 "Q****" jedenfalls mit einem Halbgleiter vergleichbar sei. Dies gelte umso mehr für das Referenzprojekt Nr. 2 "N****" und "O****" sowie für das Referenzprojekt Nr. 5 "P****", da es sich hierbei um Halbgleiter handle.

Im Zusammenhang mit der Projektreferenz Nr. 2 "N****" und "O****" sowie der Projektreferenz Nr. 5 "P****" führe der Auftraggeber in seiner Auswahlentscheidung auch aus, dass "die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht dem ausgeschriebenen Polizeiboot (Einrumpfschiff)" entspreche. Nicht nachvollziehbar sei, wo in den Teilnahmebedingungen ein Einrumpfschiff gefordert werde. Unklar sei mangels ausdrücklicher Erklärung in den Teilnahmebedingungen auch, aus welchem Grund ein Zweirumpfschiff nicht vergleichbar sein solle. Richtig sei vielmehr, dass es selbstverständlich auch Polizeiboote als Zweirumpfschiffe gebe.

Mit der Begründung, die Projektreferenz Nr. 2 "N****" und "O****" sowie die Projektreferenz Nr. 5 "P****" würden nicht berücksichtigt, da es sich hierbei nicht um Einrumpfschiffe handle, verstoße der Auftraggeber gegen seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage.

Aber selbst wenn ein Einrumpfschiff gefordert gewesen wäre, seien die vom Antragsteller gelegten Referenzprojekte selbstverständlich mit einem Einrumpfschiff vergleichbar. Dies eben wegen der sehr guten Eigenschaften beider Rümpfe (d.h. jedes Rumpfes für sich).

Weiters habe der Auftraggeber die Vorgaben in den Teilnahmebedingungen der Prüfung der Referenzprojekte des Antragstellers unrichtig zugrunde gelegt.

Im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt Nr. 1 "Q****" sei vom Auftraggeber in der Auswahlentscheidung festgestellt worden, dass es sich hierbei um ein "Verdrängerfahrzeug mit Z-Antrieb" handle, jedoch ein "Wellenantrieb" gefordert gewesen sei.

Zunächst sei es schlicht falsch, dass für die Bewertung der Projektreferenzen auch die Antriebsanlage von Relevanz sei. Gemäß Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen müssten die Referenzprojekte ausschließlich mit dem Ausschreibungsgegenstand im Hinblick auf Größe, Bauweise und Material vergleichbar sein. Die Antriebsart falle unter keine dieser drei Parameter. Auch seien diese drei Parameter in den ersten drei Unterebenen von Pkt. 1.3.3 der Teilnahmebedingungen geregelt (vgl. Seite 7 und 8 der Teilnahmebedingungen). Die Antriebsanlage sei daher für die Vergleichbarkeit überhaupt nicht heranzuziehen (vgl. Seite 11 der Teilnahmebedingungen). Daher verstoße der Auftraggeber mit dem Vorwand, die Referenz "Q****" sei aufgrund ihres sogenannten Z-Antriebs nicht berücksichtigt worden, da ein Wellenantrieb gefordert worden sei, gegen seine eigenen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen. Zunächst sei es schlicht falsch, dass für die Bewertung der Projektreferenzen auch die Antriebsanlage von Relevanz sei. Gemäß Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen müssten die Referenzprojekte ausschließlich mit dem Ausschreibungsgegenstand im Hinblick auf Größe, Bauweise und Material vergleichbar sein. Die Antriebsart falle unter keine dieser drei Parameter. Auch seien diese drei Parameter in den ersten drei Unterebenen von Pkt. 1.3.3 der Teilnahmebedingungen geregelt (vergleiche Seite 7 und 8 der Teilnahmebedingungen). Die Antriebsanlage sei daher für die Vergleichbarkeit überhaupt nicht heranzuziehen (vergleiche Seite 11 der Teilnahmebedingungen). Daher verstoße der Auftraggeber mit dem Vorwand, die Referenz "Q****" sei aufgrund ihres sogenannten Z-Antriebs nicht berücksichtigt worden, da ein Wellenantrieb gefordert worden sei, gegen seine eigenen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen.

Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang vor allem, dass es sich bei einem sogenannten Z-Antrieb um einen Wellenantrieb handle. "Wellenantrieb" sei der Überbegriff, ein Z-Antrieb (Synonym für z.B. einen Schottelantrieb) sei eine spezielle Art eines Wellenantriebs (beim Z-Antrieb sei die Welle in verschiedene Teilwellen geteilt, wobei diese in Form eines "Z" angeordnet seien).

Die Ausführungen des Auftraggebers im Zusammenhang mit dem Z-Antrieb würden an den fachlichen Voraussetzungen der Bewertungskommission, die laut der Auswahlentscheidung die Referenzen geprüft habe, zweifeln lassen.

Aus all dem folge, dass die durch die Bewertungskommission erfolgte Bewertung der Referenzprojekte des Antragstellers und in weiterer Folge auch die Auswahlentscheidung und Nichtzulassung zur Teilnahme rechtswidrig seien.

Hätte der Auftraggeber tatsächlich auf eine Vergleichbarkeit der Referenzprojekte des Antragstellers mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt abgestellt, hätte er zum Schluss kommen müssen, dass die Referenzprojekte im Hinblick auf Größe, Bauweise und Material inhaltlich vergleichbar seien und daher jedenfalls zu berücksichtigen gewesen wären.

Entsprechend Pkt. 12.2 der Teilnahmebedingungen wären den Referenzprojekten des Antragstellers somit auch die entsprechenden Bewertungspunkte im Rahmen der Auswahlkriterien zuzuerkennen gewesen. So hätte der Antragsteller für das Referenzprojekt Nr. 2 "N****" und "O****" und Referenzprojekt Nr. 5 "P****" jeweils die Maximalpunkteanzahl von 10 erhalten müssen. Das Referenzprojekt Nr. 1 "Q****" wäre mit 5 Punkten zu bewerten gewesen. In weiterer Folge wäre der Antragsteller unter die besten drei Bewerber zu reihen und daher zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens einzuladen gewesen.

Da der Auftraggeber die Referenzprojekte des Antragstellers entgegen seinen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nicht gewertet und nicht dementsprechend bepunktet habe, liege ein offenkundiger Verstoß gegen die Vorgaben in den Teilnahmebedingungen vor. Die Bewerberauswahl und damit die Nichtzulassung des Antragstellers zur Angebotsstufe seien rechtswidrig.

Die Auswahl der Bewerber für die 2. Stufe erfolge (neben dem Vorliegen von Befugnis und Zuverlässigkeit) ausschließlich über die für die Referenzen vergebenen Punkte.

Gemäß § 122 BVergG sei ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die Angebotsbewertung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen würden. Gemäß Paragraph 122, BVergG sei ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die Angebotsbewertung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen würden.

Dieser Grundsatz der fachkundigen Besetzung der Bewertungskommission müsse selbstverständlich auch dann gelten, wenn eine derartige Kommission Angebote nicht selbst bewerte, sondern die Eignung bzw. Bewertung der Bewerber anhand der festgelegten Auswahlkriterien vornehme; d.h. eine Auswahlentscheidung treffe und über die (Nicht)Zulassung zur Teilnahme entscheide. Auch in diesem Fall müsse - ebenso wie bei der Angebotsbewertung - die notwendige Fachkunde bei den Mitgliedern der Bewertungskommission vorliegen.

Bei der Beurteilung der Fachkenntnisse der Kommissionsmitglieder sei jedenfalls ein strenger Maßstab anzulegen. Dies habe auch für die Mitglieder von Prüfungs- und Bewertungskommissionen zu gelten. Wie oben ausgeführt, seien bei der Prüfung der Referenzprojekte des Antragstellers diverse Fehler unterlaufen, etwa sei anstatt auf die Vergleichbarkeit von Referenzen auf das Vorliegen von (in den Teilnahmebedingungen gar nicht festgelegten) Mindestbedingungen abgestellt worden, seien Kriterien heran gezogen worden, die in den Teilnahmebedingungen nicht festgelegt worden seien (etwa das Vorliegen eines Halbgleiters oder eines Einrumpfschiffes), sei ein Fahrzeug mit dem Einsatzgebiet Bodensee nicht für einen See bzw. ein Binnengewässer anerkannt sowie ein Z-Antrieb nicht als Wellenantrieb gewertet worden.

Dies führe zur Annahme, dass die Prüfung der Referenzprojekte des Antragstellers vom Auftraggeber wohl nicht solchen Personen übertragen worden sei, die die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen würden.

Der Antragsteller erhob das vorstehend wieder gegebene Vorbringen auch zum Vorbringen seines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und brachte darüber hinaus im Wesentlichen vor, dass die Interessenabwägung zu seinen Gunsten auszufallen habe und besondere öffentliche Interessen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen stehen würden.

Mit Schriftsatz vom 12.10.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Äußerung abgegeben werde.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf förmlich eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 1 Mio (exkl. USt.) bekannt gegeben. Unvorgreiflich einer allfälligen abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zunächst davon ausgegangen, dass es sich um einen Lieferauftrag (§ 5 BVergG) mit Elementen eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich handelt, der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 25 Abs. 5 BVergG) nach dem Bestbieterprinzip vergeben

werden soll. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 1 Mio (exkl. USt.) bekannt gegeben. Unvorgreiflich einer allfälligen abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zunächst davon ausgegangen, dass es sich um einen Lieferauftrag (Paragraph 5, BVergG) mit Elementen eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich handelt, der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (Paragraph 25, Absatz 5, BVergG) nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 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 leg.cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des 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, leg.cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt.

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 leg.cit. 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, leg.cit. 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 Bundesvergabebeamten 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren in seiner 2. Stufe ohne Einbeziehung des Antragstellers fortzuführen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller in der Folge für eine Angebotslegung und in weiterer Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Angebotslegung durch den Antragsteller und eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren in seiner 2. Stufe ohne Einbeziehung des Antragstellers fortzuführen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller in der Folge für eine Angebotslegung und in weiterer Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Angebotslegung durch den Antragsteller und eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Der Auftraggeber gab zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

Der erkennenden Senatsvorsitzenden ist keine besondere Dringlichkeit erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünde. Auch sind der erkennenden Senatsvorsitzenden keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden besonderen öffentlichen Interessen erkennbar.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7

1. u. Litera u
a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht

auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG dar. So kann etwa nicht ausgeschlossen werden, dass gleichzeitig mit der Mitteilung der Auswahlentscheidung an die ausgewählten Bewerber bereits die Einladung zur Angebotslegung ergangen ist, sodass die vom Antragsteller mit seinem 1. Eventualantrag begehrte bloße Untersagung der Aufforderung zur Angebotslegung ins Leere laufen würde. Die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG dar. So kann etwa nicht ausgeschlossen werden, dass gleichzeitig mit der Mitteilung der Auswahlentscheidung an die ausgewählten Bewerber bereits die Einladung zur Angebotslegung ergangen ist, sodass die vom Antragsteller mit seinem 1. Eventualantrag begehrte bloße Untersagung der Aufforderung zur Angebotslegung ins Leere laufen würde.

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