

TE Verg Bescheid 2010/9/7 N/0074-BVA/13/2010-18

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.09.2010

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 "KHM Generalunternehmer Depot Neu" der Auftraggeberin Kunsthistorisches Museum Wien mit MVK und ÖTM, Burgring 5, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 30. August 2010 "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "KHM Generalunternehmer Depot Neu" den Zuschlag zu erteilen" 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 "KHM Generalunternehmer Depot Neu" der Auftraggeberin Kunsthistorisches Museum Wien mit MVK und ÖTM, Burgring 5, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 30. August 2010 "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "KHM Generalunternehmer Depot Neu" den Zuschlag zu erteilen" 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 30. August 2010, beim BVA eingelangt am 30. August 2010, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20. August 2010, Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin eine

Bietergemeinschaft sei, die sich aus den Unternehmen A***, zusammensetze. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss damit dokumentiert, dass sie einen Teilnahmeantrag gestellt und nach Einladung zur Angebotslegung ein ausschreibungskonformes Angebot ausgearbeitet und fristgerecht abgegeben habe. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung laute auf ein auszuscheidendes Angebot und sei aus mehreren Gründen rechtswidrig:

1. 1.Ziffer eins

mangelnde Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Es mangle der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insbesondere an der gewerberechtlichen Befugnis nach § 94 Z 59 GewO. Es mangle der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insbesondere an der gewerberechtlichen Befugnis nach Paragraph 94, Ziffer 59, GewO.

2. 2.Ziffer 2

mangelnde Anzeige nach § 373a Abs 5 Z 2 GewO 1994 bzw fehlender Gleichhaltungs-/Anerkennungsbescheid der präsumtiven Zuschlagsempfängerin: mangelnde Anzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 bzw fehlender Gleichhaltungs-/Anerkennungsbescheid der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handle es sich um ein in Deutschland niedergelassenes Unternehmen. Die hauptsächlich im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auftrag zu erbringenden Leistungen seien reglementierten "sensiblen" Gewerben nach § 373a Abs 5 Z 2 GewO zuzuordnen. Im Hinblick darauf, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, obgleich sie dazu verpflichtet gewesen sei, es nach Informationsstand der Antragstellerin unterlassen habe eine Anzeige bezüglich der erstmaligen Aufnahme ihrer Tätigkeit bei dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend als zuständiger Behörde zu erstatten, sei die Ausübung der Tätigkeit unzulässig, zumal diese von einer behördlichen Entscheidung bestimmten Inhalts abhängen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch nach § 129 Abs 1 Z 11 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen. Bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handle es sich um ein in Deutschland niedergelassenes Unternehmen. Die hauptsächlich im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auftrag zu erbringenden Leistungen seien reglementierten "sensiblen" Gewerben nach Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO zuzuordnen. Im Hinblick darauf, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, obgleich sie dazu verpflichtet gewesen sei, es nach Informationsstand der Antragstellerin unterlassen habe eine Anzeige bezüglich der erstmaligen Aufnahme ihrer Tätigkeit bei dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend als zuständiger Behörde zu erstatten, sei die Ausübung der Tätigkeit unzulässig, zumal diese von einer behördlichen Entscheidung bestimmten Inhalts abhängen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen.

3. 3.Ziffer 3

Mangelnde technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Es sei als Mindestanforderung bezüglich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seitens der Auftraggeberin ein Nettogesamtumsatz in der Sparte Generalunternehmerleistungen pro Jahr in Höhe von mindestens €

20.000.000,-- festgelegt worden. Nach den Informationen der Antragstellerin weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die maßgeblichen Geschäftsjahre einen Gesamtumsatz von rund € 20.000.000,-- auf. Da der Tätigkeitsbereich der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Bau von Gebäuden, die Errichtung von Fertigteilbauten, sonstigen Tiefbau- und Güterbeförderung im Straßenverkehr umfasse, sei davon auszugehen, dass der erreichte Umsatz von rund € 20.000.000,-- keinesfalls ausschließlich der Sparte "Generalunternehmerleistungen" zuzurechnen sei. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher nicht gegeben, weshalb diese zur Angebotslegung gar nicht einzuladen gewesen bzw das Angebot nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden sei bzw auszuscheiden gewesen wäre. Darüber hinaus könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin das in den Teilnahmeunterlagen unter 3.5.1 "Eignungsreferenzen" verlangte Referenzprojekt nicht nachweisen. Auf der Homepage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien eine Reihe von Leistungen respektive Referenzen dargestellt, die jedoch allesamt die geforderten Mindestanforderungen nicht erfüllen würden. Zumal das Referenzprojekt, das hier anzuführen gewesen sei, auch als Auswahlkriterium nach Punkt 4.2.1 der Teilnahmeunterlagen festgelegt sei, hätte die Auftraggeberin die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht zur Angebotslegung einladen dürfen, sondern wäre bereits der Teilnahmeantrag auszuscheiden gewesen. 20.000.000,-- auf. Da der Tätigkeitsbereich der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin den Bau von Gebäuden, die Errichtung von Fertigteilbauten, sonstigen Tiefbau- und Güterbeförderung im Straßenverkehr umfasse, sei davon auszugehen, dass der erreichte Umsatz von rund € 20.000.000,-- keinesfalls ausschließlich der Sparte "Generalunternehmerleistungen" zuzurechnen sei. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher nicht gegeben, weshalb diese zur Angebotslegung gar nicht einzuladen gewesen bzw das Angebot nach Paragraph 129, Abs1 Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden sei bzw auszuschneiden gewesen wäre. Darüber hinaus könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin das in den Teilnahmeunterlagen unter 3.5.1 "Eignungsreferenzen" verlangte Referenzprojekt nicht nachweisen. Auf der Homepage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien eine Reihe von Leistungen respektive Referenzen dargestellt, die jedoch allesamt die geforderten Mindestanforderungen nicht erfüllen würden. Zumal das Referenzprojekt, das hier anzuführen gewesen sei, auch als Auswahlkriterium nach Punkt 4.2.1 der Teilnahmeunterlagen festgelegt sei, hätte die Auftraggeberin die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht zur Angebotslegung einladen dürfen, sondern wäre bereits der Teilnahmeantrag auszuschneiden gewesen.

1. 4.Ziffer 4

Nicht verlesenes Angebot bzw. offensichtliche Angebotsmängel bei Angebotsöffnung - Verlesung der Angebote:

Die Auftraggeberin habe bei Angebotsöffnung vermerkt, dass im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin das Leistungsverzeichnis "Erdwärmesondenanlage" fehle. Aufgrund des Angebotsöffnungsprotokolls sei daher davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Leistungsverzeichnis "Erdwärmesondenanlage" ihrem Angebot nicht angeschlossen habe. Die Angebotsöffnung bzw die Verlesung der Angebote stelle nach einhelliger Judikatur einen nicht wiederholbaren, über eine bloße Formalität hinausgehenden Vorgang dar, der die Transparenz sichern solle (ua BVA 10.09.2004, 13N-71/04-38). Wenngleich Sinn und Zweck der Verlesung der Angebote hauptsächlich darin bestehe, den bei der Angebotsöffnung anwesenden Bietern die Möglichkeit einzuräumen, die Gesamtpreise bzw. Angebotspreise zu errechnen, liege nach ständiger Judikatur der Sinn der Angebotsöffnung samt Verlesung relevanter Angebotsbestandteile bzw. Anmerkungen im Zusammenhang mit Angebotsmängel darin, Manipulationen zum Beispiel durch Austausch von Angeboten oder Bestandteile derselben zu vermeiden (VwGH vom 21.12.2004, 2004/04/0100). Es sei daher auch irrelevant, wenn tatsächlich - wie die vergebende Stelle in ihrer E* Mail vom 9.8.2010, 17:31 Uhr feststelle - das Leistungsverzeichnis "Erdwärmesondenanlage" bei den Angebotskopien eingeordnet worden sei. Denn im Protokoll über die Angebotsöffnung und im Zuge der Verlesung der Angebote sei das Nichtvorhandensein des Leistungsverzeichnisses "Erdwärmesondenanlage" festgehalten, sodass das "aus welchem Grund auch immer nicht vollständige Angebot" bei der Auswahl des Bestbieters unberücksichtigt zu bleiben habe. Nach einhelliger Judikatur der Vergabekontrollbehörden könne nämlich zugunsten eines nicht verlesenen bzw nicht vollständigen Angebotes keine Zuschlagsentscheidung erfolgen (ua BVA 10.9.2004, 13N-71/04- 38). Dass das Fehlen eines Leistungsverzeichnisses einen unbehebbarer Mangel darstelle, sei evident.

1. 5.Ziffer 5

Unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin ihr Angebot bereits fast zu "Selbstkosten" kalkuliert habe, sei der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ein solcher, mit dem die ausgeschriebenen Leistungen nicht kostendeckend erbracht werden könnten. Es sei daher davon auszugehen, dass bei diesem Angebot ein Unterpreis vorliege. Die Vergütung der gesetzlichen Mindestlöhne, Sozialversicherungsbeiträge sowie der Lohnsteuer scheine beim "Billigstangebot" kaum möglich. Eine vertiefte Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin offensichtlich unterlassen, obgleich sie auch im Hinblick auf die Preisdifferenzen der vorliegenden Angebote zwischen jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und jenem der Antragstellerin von mehr als 13 % nach § 125 BVergG 2006 dazu verpflichtet gewesen sei. Hätte die Auftraggeberin nämlich eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen, wäre sie zu dem Ergebnis gekommen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und daher auszuschneiden sei. Auffällig sei ferner, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf einen Betrag von € 8,611.314,07 netto laute, obwohl bei Angebotsverlesung der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit € 8,499.990,-- angeführt worden sei. Die Differenz von rund € 111.000,-- netto werde seitens der Auftraggeberin in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mit "rechnerischer Richtigstellung" erklärt. Die Ausschreibungsunterlagen würden zwar bezüglich allfälliger Rechenfehler die Möglichkeit der Berichtigung und Änderung der Reihung vorsehen, das Vorliegen eines Rechenfehlers in einem derartigen Umfang scheine nach Auffassung der Antragstellerin jedenfalls zweifelhaft. Da das "Preisangebot" elektronisch erstellt werde, seien Fehler dieser Größenordnung praktisch ausgeschlossen. Es liege

daher die Vermutung nahe, dass es sich bei der Differenz des Angebotspreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu jenem, der in der Zuschlagsentscheidung ausgewiesen sei gar nicht um einen Rechenfehler iSd § 126 Abs 4 BVergG 2006, sondern allenfalls um einen Kalkulationsirrtum handle, der ebenfalls zur Ausscheidung des Angebots führen müsse. Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin ihr Angebot bereits fast zu "Selbstkosten" kalkuliert habe, sei der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ein solcher, mit dem die ausgeschriebenen Leistungen nicht kostendeckend erbracht werden könnten. Es sei daher davon auszugehen, dass bei diesem Angebot ein Unterpreis vorliege. Die Vergütung der gesetzlichen Mindestlöhne, Sozialversicherungsbeiträge sowie der Lohnsteuer scheine beim "Billigstangebot" kaum möglich. Eine vertiefte Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin offensichtlich unterlassen, obgleich sie auch im Hinblick auf die Preisdifferenzen der vorliegenden Angebote zwischen jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und jenem der Antragstellerin von mehr als 13 % nach Paragraph 125, BVergG 2006 dazu verpflichtet gewesen sei. Hätte die Auftraggeberin nämlich eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen, wäre sie zu dem Ergebnis gekommen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und daher auszuschneiden sei. Auffällig sei ferner, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf einen Betrag von € 8,611.314,07 netto laute, obwohl bei Angebotsverlesung der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit € 8,499.990,-- angeführt worden sei. Die Differenz von rund € 111.000,-- netto werde seitens der Auftraggeberin in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mit "rechnerischer Richtigstellung" erklärt. Die Ausschreibungsunterlagen würden zwar bezüglich allfälliger Rechenfehler die Möglichkeit der Berichtigung und Änderung der Reihung vorsehen, das Vorliegen eines Rechenfehlers in einem derartigen Umfang scheine nach Auffassung der Antragstellerin jedenfalls zweifelhaft. Da das "Preisangebot" elektronisch erstellt werde, seien Fehler dieser Größenordnung praktisch ausgeschlossen. Es liege daher die Vermutung nahe, dass es sich bei der Differenz des Angebotspreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu jenem, der in der Zuschlagsentscheidung ausgewiesen sei gar nicht um einen Rechenfehler iSd Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006, sondern allenfalls um einen Kalkulationsirrtum handle, der ebenfalls zur Ausscheidung des Angebots führen müsse.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die begehrte einstweilige Untersagung der Zuschlagserteilung nötig und geeignet sei, die unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu verhindern. Sie stelle dabei auch das geringste zur Verfügung stehende Mittel dar, um eine Überprüfung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zu ermöglichen. Der der Antragstellerin drohende Schaden könne nur dann abgewendet werden, wenn der Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert werde, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stande gehalten werde, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin noch ermögliche.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 2. September 2010 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin das Kunsthistorische Museum Wien mit MVK und ÖTM, eine wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts, sei, welche durch die vergebende Stelle X*** vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von €

8.240.970,-- exklusive USt der in einem nicht offenen Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden solle. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei am 20. August 2010 erfolgt. Es bestehe entgegen dem Vorbringen der Antragsteller kein Zweifel an der Dringlichkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Es sei daher der Auftraggeberin aufgrund des ungeplanten und plötzlichen Gebäudeschadens an einem Großdepot auch nicht möglich gewesen, eine Zeitverzögerung durch ein etwaiges Nachprüfungsverfahren im Zeitplan zu berücksichtigen. Eine temporäre Verbringung der Kunstschätze sei mangels des Bestehens eines entsprechenden Depots mit Sicherheitssystem in ausreichender Größe und Beschaffenheit ebenso wenig möglich. Jeder weitere Tag berge die Gefahr weiterer Schäden an den Kunstgegenständen aufgrund des permanenten Wassereintritts, welcher bedingt durch die Jahreszeit stetig ansteige und der dadurch verursachten ungeeigneten Lagertemperatur. Derzeit sei das beschädigte Großdepot - abgesehen vom permanenten Wassereintritt - von Brotkäfern befallen, die insbesondere den Kitt an den eingelagerten Gemälden fressen würden. Die weitere Verzögerung der Errichtung des dringend notwendigen neuen Kunstdepots hätte daher weitergehende Schäden an den Kunstschätzen aus sieben Jahrtausenden zur Folge, weshalb sowohl die Auftraggeberin als auch die Allgemeinheit zur Erhaltung von österreichischen Kulturschätzen ein besonderes Interesse an der Fortführung bzw Beendigung des Vergabeverfahrens

hätten. Es bestünden daher überwiegende Interessen der Auftraggeberin, welche zu den größten und bedeutendsten Museen der Welt zählen würden, an der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, weshalb die Interessenabwägung zugunsten der Auftraggeberin auszufallen habe.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Das Kunsthistorische Museum Wien mit MVK und ÖTM hat zur Beschaffung "Generalunternehmer Depot Neu" einen Bauauftrag im Wege eines nicht offenen Verfahrens nach vorheriger Bekanntmachung mit einem geschätzten Auftragswert von €

8.240.970,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 20. August 2010 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 2. September 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 einstweiligen 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 einstweiligen 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 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 20. August 2010 per E-mail übermittelten Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangt (siehe Punkt 3.3 des Schreibens der Antragstellerin vom 30. August 2010). Der Nachprüfungsantrag ist am 30. August 2010 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergewahrt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 20. August 2010 per E-mail übermittelten Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangt (siehe Punkt 3.3 des Schreibens der Antragstellerin vom 30. August 2010). Der Nachprüfungsantrag ist am 30. August 2010 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergewahrt 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 der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "KHM Generalunternehmer Depot Neu" den Zuschlag zu erteilen".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 20. August 2010 die Vergabe an die B*** 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, das wegen eines plötzlichen Gebäudeschadens Gefahr weiterer Schäden an Kunstgegenständen aufgrund des permanenten Wassereintritts bestehe, weshalb sowohl die Auftraggeberin als auch die Allgemeinheit zur Erhaltung von österreichischen Kulturschätzen ein besonderes Interesse an der Fortführung bzw Beendigung des Vergabeverfahrens hätten.

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 ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Dabei wird nicht übersehen, dass der Erhaltung von österreichischen Kulturschätzen eine besondere Bedeutung zukommt. Allerdings wird davon ausgegangen, dass das Nachprüfungsverfahren in wenigen

Wochen beendet sein wird. Weiters dürfte die Auftraggeberin selbst der zeitlichen Komponente der zu beschaffenden Leistung nicht diese außerordentlich hohe Bedeutung zumessen, wie es entsprechend ihrer Argumentation gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung den Anschein hat, da sie das Zuschlagskriterium "A Leistungszeitraum" relativ gering nämlich mit nur 2% gewichtet hat.

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