

TE Verg Bescheid 2010/6/1 N/0043-BVA/04/2010-EV20

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.06.2010

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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
-
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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungs-verfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25.5.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungs-verfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25.5.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagen, "den Wettbewerb fortzusetzen und das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bei sonstiger Exekution untersagt, den Wettbewerb und das gesamte Vergabeverfahren "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen" fortzusetzen.

Begründung

Die Bekanntmachung des Wettbewerbs "Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim am Standort Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1 (Schule), Bürgerspitalgasse 3 (Schülerheim) - Wettbewerb zur Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Dezember 2009 veröffentlicht. Im Rahmen des offenen Realisierungswettbewerbes sollte von einem Preisgericht ein Preis vergeben werden. Der Dienstleistungsauftrag im Anschluss an den Wettbewerb sollte an den Gewinner ergehen, wobei die Entscheidung des Preisgerichtes für den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht bindend ist.

In den Unterlagen zum gegenständlichen Realisierungswettbewerb wurde unter Punkt A.4 (Art des Verfahrens) ausgeführt, dass das EU-weite, offene, einstufige Verfahren im Oberschwellenbereich der Erlangung von baukünstlerischen Vorentwurfskonzepten dient und im anschließenden Verhandlungsverfahren die Generalplanerleistungen gemäß BVergG vergeben werden sollen. Die Anonymität der Teilnehmer soll über die Dauer des Verfahrens bis zum Abschluss der Jurysitzung erhalten bleiben.

Unter Punkt A.4.3 wurden folgende Ausschließungsgründe in den Wettbewerbsunterlagen aufgezählt:

" Eine Wettbewerbsarbeit muss vom Preisgericht

* bei Vorliegen von Ausschließungsgründen gemäß § 8 der WOA, i. d.g.F., wobei in Abänderung zu § 8 (1)a) kein Ausscheiden eines mit Vorarbeiten befassten Teilnehmers erfolgt, sondern die entsprechenden Vorarbeiten der Wettbewerbsausschreibung beiliegen* bei Vorliegen von Ausschließungsgründen gemäß Paragraph 8, der WOA, i. d.g.F., wobei in Abänderung zu Paragraph 8, (1)a) kein Ausscheiden eines mit Vorarbeiten befassten Teilnehmers erfolgt, sondern die entsprechenden Vorarbeiten der Wettbewerbsausschreibung beiliegen

* bei verspäteter Einreichung der Wettbewerbsarbeit oder

des Modells

* bei Verletzung der Anonymität

und kann

* bei Fehlen zur Beurteilung erforderlicher Unterlagen * bei Nichteinhaltung von Vorgaben in den Wettbewerbsunterlagen, soweit diese als einzuhalten bezeichnet sind

über Beschluss des Preisgerichtes von der Beurteilung ausgeschlossen werden.

Weiters können einzelne Unterlagen zur Wettbewerbsarbeit, die nicht gefordert sind und nicht den Vorgaben zur Art der Darstellung entsprechen, über Beschluss des Preisgerichtes und begründet ausgeschieden werden."

Unter Punkt A.8 (Formale Bedingungen und Kennzeichnung der Unterlagen) wurden ausgeführt, dass alle Einzelstücke wie Pläne, Schriftstücke und Modelle mit einer aus 6 Ziffern bestehenden Kennzahl zu kennzeichnen sind. In gleicher Weise ist der Verfasserbrief in einem undurchsichtigen, verschlossenen Briefumschlag mit der Aufschrift "Verfasserbrief" versehen zu kennzeichnen. Dieser hat auch den Befugnisnachweis und den Originaleinzahlungsbeleg zu umfassen. Weiters sind die Eignungsnachweise beizulegen.

Neben weiteren Teilnehmern nahmen am offenen Wettbewerb die A*** (in der Folge Antragsteller) und die B*** (1. Preisträger) teil.

Am 5.5.2010 wurde den Teilnehmern des Wettbewerbs mitgeteilt, dass die B*** als 1. Preisträger ermittelt worden sei. Es sei beabsichtigt, mit diesem Preisträger in das Verhandlungsverfahren gemäß § 30 Abs 2 Z 6 BVergG 2006 einzutreten. Am 5.5.2010 wurde den Teilnehmern des Wettbewerbs mitgeteilt, dass die B*** als 1. Preisträger ermittelt worden sei. Es sei beabsichtigt, mit diesem Preisträger in das Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 6, BVergG 2006 einzutreten.

Auf Grund der Anfrage des Antragstellers an den Auftraggeber am 10.5.2010 mit dem Ersuchen um Übermittlung des Juryprotokolls teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit E-Mail vom 14.5.2010 Nachfolgendes mit:

".....

Am 4.5.2010 wurde das Protokoll des Realisierungswettbewerbes 'BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim Eisenstadt' einschließlich aller Beilagen nachweislich an sämtliche 35 beurteilten Teilnehmer des Verfahrens per Email versandt.

Wir gehen davon aus, dass sie der Projektant des 36. Projektes (Projektnummer 05) sein könnten, welches aufgrund des Fehlens des Verfasserbriefes nicht vorgeprüft und nicht beurteilt wurde.

Aufgrund der Anonymität des Verfahrens war eine Übermittlung des Protokolls bis dato nicht möglich.

Wir ersuchen um Übermittlung des Bestätigungsformulars mit der Kennzahl für die abgegebenen Unterlagen (z.B. als Kopie des Originals per Email), um ihnen das Protokoll übermitteln zu können, wenn sie der Verfasser des o.g. Projektes sind.

....."

Mit Schriftsatz vom 25.5.2010 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit Eventualbegehren sowie einen Nachprüfungsantrag ein, in dem die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlung, die Nichtzulassung des Antragstellers zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren und in eventu der Ausschluss des Projektes 05 bekämpft wurde. Weiters wurden für den Fall eines bereits erteilten Zuschlages Feststellungsanträge gestellt. Außerdem wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG beantragt. Mit Schriftsatz vom 25.5.2010 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit Eventualbegehren sowie einen Nachprüfungsantrag ein, in dem die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlung, die Nichtzulassung des Antragstellers zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren und in eventu der Ausschluss des Projektes 05 bekämpft wurde. Weiters wurden für den Fall eines bereits erteilten Zuschlages Feststellungsanträge gestellt. Außerdem wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG beantragt.

Nach einer örtlichen Begehung, Gesprächen mit Frau C*** (Wettbewerbsbüro und Ansprechstelle) und Ersuchen um Verlängerung der Abgabefrist habe der Antragsteller eine Onlineregistrierung auf der Homepage des Wettbewerbsbüros vorgenommen, um die Wettbewerbsunterlagen zu erhalten. Dabei sei die Adresse und Identität des Antragstellers bekanntgegeben worden. Aufgrund von an den Auftraggeber gerichteten Fragen des Antragstellers sowie anderer Bieter zu den Wettbewerbsunterlagen sei die Beantwortung dieser Fragen an die vom Antragsteller genannte Adresse übermittelt worden. Die Mitarbeiterin des Antragstellers, Frau D***, die bereits langjährig als zuverlässige Qualitätsmanagerin tätig sei, habe die Unterlagen aufgrund ihrer Checkliste auf den dafür vorgesehenen "Wettbewerbstisch" in den Büroräumlichkeiten des Antragstellers zusammengestellt. Der Verfasserbrief sei Herrn E*** zur Unterschrift vorgelegt worden. Die endgültige Verpackung der abzugebenden Wettbewerbsunterlagen habe unter Anwendung des "8-Augen-Prinzips" in den Büroräumlichkeiten des Antragstellers mit 3 weiteren Personen, nämlich E***, F*** und G*** stattgefunden.

Es seien drei Packstücke bestehend aus dem Modell, dem Kuvert mit der CD und einer Planschachtel aus braunem Karton erstellt worden. Diese habe als Behältnis für die Pläne, die Projektbeschreibung, eine Mappe mit Plänen und Dokumenten im Format A3, das Verzeichnis der eingereichten Unterlagen, welches ausdrücklich den Verfasserbrief angeführt habe, und dem Kuvert mit der Einzahlungsbestätigung im Original, mit einer aktuellen Bestätigung der Befugnis des Herrn E***, sowie mit dem abgestempelten, von E*** unterzeichneten und mit 16.3.2010 datierten Verfasserbrief gedient. Der Verfasserbrief sei dabei in ein mit der 6-stelligen Kennzahl "240810" gekennzeichnetes Kuvert mit dem Einzahlungsbeleg und dem Befugnisnachweis gegeben worden. Wegen Platzmangels hätte das

gegenständliche Kuvert einmal der Länge nach geknickt in die Rolle gesteckt werden müssen. Dies sei auch den beteiligten Personen nachdrücklich in Erinnerung geblieben. Anschließend sei die Rolle mit Packpapier und Klebeband fest verschlossen und mit dem Titel des Wettbewerbes versehen worden. Bei der Abgabe der Wettbewerbsarbeit samt Modell (insgesamt 3 Verpackungstücken: Modell, CD sowie Planschachtel) hätte Herr E*** und F*** eine Übernahmebestätigung zur Kennziffer "2408110" vom Wettbewerbsbüro erhalten. Frau C*** habe auch anlässlich eines Gespräches mit E*** persönlich die Abgabe der Wettbewerbsarbeit wahrgenommen.

Da der Antragsteller keine Informationen zum Ausgang des Wettbewerbes erhalten habe, sei dem Antragsteller auf Anfrage vom Auftraggeber mit E-mail vom 14.5.2010 mitgeteilt worden, dass das Realisierungswettbewerbsprotokoll am 4.5.2010 sämtlichen 35 Teilnehmern des Verfahrens per E-Mail versendet worden sei. Aufgrund des Fehlens des Verfasserbriefes für das Projekt 36 (Projektnummer 05) hätte bis dato aufgrund der Anonymität keine Übermittlung des Protokolls erfolgen können. Nach Übermittlung des Bestätigungsformulars mit der Kennzahl für die abgegebenen Unterlagen könnte das angeforderte Protokoll übermittelt werden, sofern der Antragsteller als Verfasser des Projektes zu werten sei.

Aus dem nach Übersendung der Übernahmebestätigung übermittelten Juryprotokoll vom "24.4. bzw. 23.4." an den Antragsteller ergebe sich, dass das Projekt 05 mit der Kennziffer "250810" des Antragstellers aufgrund des Fehlens des Verfasserbriefes keiner weiteren Prüfung unterzogen worden sei, zumal es sich um ein "nicht unterfertigtes Angebot" gehandelt habe. Der Antrag über das Ausschließen des Projektes 05 von der Beurteilung basierend auf Punkt A.4.3 sei von der Jury einstimmig angenommen worden. Diese Vorgangsweise sei nach Ansicht des Antragstellers rechtswidrig. Der erste Preis hätte nicht an die B***, sondern an den Antragsteller gehen müssen.

Ein (angeblich fehlender) Verfasserbrief stelle keine zur Beurteilung erforderliche Unterlage im Sinne von Punkt A.4.3 (Ausschlussgründe) dar. Punkt A.4.3 beziehe sich nicht auf die formalen Unterlagen, zu denen der Verfasserbrief zähle, sondern ausschließlich auf die Wettbewerbsarbeit (zum Beispiel Pläne). Punkt A.7.4 der Wettbewerbsunterlagen trenne scharf zwischen Vorprüfung einerseits und Beurteilung und Reihung des Projektes durch das Preisgericht andererseits. Die Wettbewerbsunterlagen würden für den Ausschluss des Wettbewerbsprojektes des Antragstellers - wie auch das Preisgericht im Resümeeprotokoll selbst festgestellt habe - keine Regelung für das Projekt des Antragstellers vorsehen. Auch die im Punkt A.4.3 Absatz 2 vorgesehenen Ausschließensgründe in den Wettbewerbsunterlagen würden keinen Anhaltspunkt für den Ausschluss des Wettbewerbsprojektes des Antragstellers bieten. Würde sich der Auftraggeber auf solche stützen, übe er sein Ermessen rechtswidrig aus. Als Maßstäbe seien hierfür der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz heranzuziehen. Der Analogieschluss, gestützt auf die Bestimmungen der §§ 106 ff sowie § 129 BVergG 2006 auf Grund eines "nicht unterfertigten Angebotes" sei rechtswidrig, zumal für die Durchführung eines Wettbewerbes ausschließlich die im § 153 leg cit genannten Bestimmungen gelten würden. Diese würden jedoch nicht die genannten §§ 106 ff und 129 leg cit umfassen. Der Bewerber verpflichte sich im Rahmen eines Wettbewerbes auch nicht durch Abgabe einer Wettbewerbsarbeit zur Ausführung der zu vergebenden Leistung. Von einer "planwidrigen Lücke" sei nicht auszugehen.

Ein (angeblich fehlender) Verfasserbrief stelle keine zur Beurteilung erforderliche Unterlage im Sinne von Punkt A.4.3 (Ausschlussgründe) dar. Punkt A.4.3 beziehe sich nicht auf die formalen Unterlagen, zu denen der Verfasserbrief zähle, sondern ausschließlich auf die Wettbewerbsarbeit (zum Beispiel Pläne). Punkt A.7.4 der Wettbewerbsunterlagen trenne scharf zwischen Vorprüfung einerseits und Beurteilung und Reihung des Projektes durch das Preisgericht andererseits. Die Wettbewerbsunterlagen würden für den Ausschluss des Wettbewerbsprojektes des Antragstellers - wie auch das Preisgericht im Resümeeprotokoll selbst festgestellt habe - keine Regelung für das Projekt des Antragstellers vorsehen. Auch die im Punkt A.4.3 Absatz 2 vorgesehenen Ausschließensgründe in den Wettbewerbsunterlagen würden keinen Anhaltspunkt für den Ausschluss des Wettbewerbsprojektes des Antragstellers bieten. Würde sich der Auftraggeber auf solche stützen, übe er sein Ermessen rechtswidrig aus. Als Maßstäbe seien hierfür der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz heranzuziehen. Der Analogieschluss, gestützt auf die Bestimmungen der Paragraphen 106, ff sowie Paragraph 129, BVergG 2006 auf Grund eines "nicht unterfertigten Angebotes" sei rechtswidrig, zumal für die Durchführung eines Wettbewerbes ausschließlich die im Paragraph 153, leg cit genannten Bestimmungen gelten würden. Diese würden jedoch nicht die genannten Paragraphen 106, ff und 129 leg cit umfassen. Der Bewerber verpflichte sich im Rahmen eines Wettbewerbes auch nicht durch Abgabe einer Wettbewerbsarbeit zur Ausführung der zu vergebenden Leistung. Von einer "planwidrigen Lücke" sei nicht auszugehen.

Selbst wenn von einer solchen auszugehen sei, wäre die Entscheidung des Auftraggebers, das Wettbewerbsprojekt des Antragstellers auszuschließen, im Hinblick auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum verbesserungsfähigen Mangel rechtswidrig. Der Verfasserbrief diene lediglich für die Feststellung, von welchem Teilnehmer das Wettbewerbsprojekt stamme. Eine solche Feststellung wäre selbst unter Wahrung der Anonymität und ohne Änderung der Wettbewerbsstellung der einzelnen Bewerber möglich gewesen. Hätte das Wettbewerbsbüro alle Teilnehmer gemäß der Online- Registrierungsliste informiert, wäre ein allfälliger Mangel umgehend durch (nochmalige) Vorlage des ausschreibungskonformen Verfasserbriefes verbessert worden.

Der Auftraggeber hätte im Vorfeld das Preisgericht darüber verständigen und zur entsprechenden Verbesserung auffordern können und müssen. Die Anonymität der Wettbewerbersteilnehmer müsse lediglich gegenüber dem Preisgericht bestehen. Außerdem hätte Frau C*** bereits nach Öffnen der Kuverte mit den Verfasserbriefen bekannt sein müssen, wer der 36. Projektant (Projekt 5 - angeblich ohne Verfasserbrief) sein müsste. Sie habe nämlich den Antragsteller bei der Abgabe der Wettbewerbsarbeit und der Unterzeichnung der Übernahmebestätigung gesehen.

Aufgrund der fristgerechten Abgabe einer ausschreibungskonformen, vollständigen Wettbewerbsarbeit samt Modell sei jedenfalls das Interesse des Antragstellers am Sieg im Wettbewerb sowie am abschließenden Abschluss des Generalplanervertrages gegeben. Bei Aufrechterhalten der angefochtenen Entscheidungen würden der Verlust der Chance auf Gewinn im vergaberechtskonformen Wettbewerb sowie des Zuschlages im anschließenden Verhandlungsverfahren unter Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung drohen. Bei Vergabe an den Gewinner des Wettbewerbes drohe ein finanzieller Schaden in der Höhe des Deckungsbeitrages sowie der Schaden in Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten, wobei bei einem durchschnittlichen Stundensatz von zumindest 80,- €/St insgesamt € 60.000,- investiert worden seien. Außerdem drohe der Verlust eines Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Wettbewerbes gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 verletzt, zumal ein Ausschluss seiner Wettbewerbsarbeit von der Beurteilung in rechtswidriger Weise erfolgt, die Entscheidung über den Sieg und damit der Zuweisung des Preisgeldes nicht zu seinen Gunsten ergangen und auch keine Zulassung zur Teilnahme im Verhandlungsverfahren erfolgt sei. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Wettbewerbes gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt, zumal ein Ausschluss seiner Wettbewerbsarbeit von der Beurteilung in rechtswidriger Weise erfolgt, die Entscheidung über den Sieg und damit der Zuweisung des Preisgeldes nicht zu seinen Gunsten ergangen und auch keine Zulassung zur Teilnahme im Verhandlungsverfahren erfolgt sei.

Angefochten werde die Entscheidung des Auftraggebers vom 22.4.2010, die Wettbewerbsarbeit des Antragstellers auszuschließen und nicht zu beurteilen, sowie die Entscheidung des Auftraggebers vom 23.4.2010, die B*** als Gewinner sowie die weiteren im Protokoll der Sitzung des Preisgerichtes genannten Unternehmen als 2.-7.-Platzierte des Wettbewerbes festzulegen und die Preisgelder dementsprechend zuzuweisen, sowie den Gewinner zum Verhandlungsverfahren einzuladen und den Antragsteller nicht dazu zuzulassen.

Weder der Auftraggeber noch die Öffentlichkeit hätten ein besonderes Interesse, das gegen die einstweilige Aussetzung der angefochtenen Entscheidung spreche. Der Auftraggeber habe viel mehr in der Zeitplanung der Ausschreibung entsprechende zeitliche Verzögerungen zu berücksichtigen. Außerdem bestehe ein öffentliches Interesse an der Vergabe an den tatsächlichen Bestbieter.

Mit Schriftsatz vom 28.5.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass der EU-weite, offene einstufige Realisierungswettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren mit einem geschätzten Auftragswert von € 2,2 Millionen ohne Ust dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Die Teilnehmer seien am 5.5.2010 über die Nicht-Zulassung zum Verhandlungsverfahren verständigt worden. Es sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Ein Ausscheiden des Antragstellers iSd §§ 129 BVergG 2006 sei nicht erfolgt. Auf Grund der Mitteilung per E-mail am 14.5.2010 an den Antragsteller sei die Frist von 10 Tagen gemäß § 321 BVergG für den erst am 25.5.2010 eingebrachten Nachprüfungsantrag abgelaufen. Sämtliche Anträge seien ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurück- in eventu abzuweisen. Mit Schriftsatz vom 28.5.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass der EU-weite, offene einstufige Realisierungswettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren mit einem geschätzten Auftragswert von € 2,2 Millionen ohne Ust dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Die Teilnehmer seien am 5.5.2010 über die Nicht-Zulassung zum Verhandlungsverfahren verständigt worden. Es sei weder der

Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Ein Ausscheiden des Antragstellers iSd Paragraphen 129, BVergG 2006 sei nicht erfolgt. Auf Grund der Mitteilung per E-mail am 14.5.2010 an den Antragsteller sei die Frist von 10 Tagen gemäß Paragraph 321, BVergG für den erst am 25.5.2010 eingebrachten Nachprüfungsantrag abgelaufen. Sämtliche Anträge seien ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurück- in eventu abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslagerörmisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des in Krafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten offenen Wettbewerbs mit anschließendem Verhandlungsverfahren - der gegenständliche Wettbewerb wurde im Dezember 2009 eingeleitet - die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 25.5.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG sind die im Zeitpunkt des in Krafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten offenen Wettbewerbs mit anschließendem Verhandlungsverfahren - der gegenständliche Wettbewerb wurde im Dezember 2009 eingeleitet - die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 25.5.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungsörmisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 16.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 21.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24 u.a.) Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 16.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 21.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24 u.a.)

Gemäß § 153 BVergG 2006 gelten für den ausgeschriebenen Realisierungswettbewerb ausschließlich die Bestimmungen im Abschnitt zum Wettbewerb sowie der 1. Teil, die §§ 3, 6, 9, 10, 12 Abs 2 und 3, 13, 16, 19, 20 Abs 1 bis 3 und 5, 26, 35, 39, 42 bis 52, 54 und 55 und der 4. bis 6. Teil. Gemäß Paragraph 153, BVergG 2006 gelten für den ausgeschriebenen Realisierungswettbewerb ausschließlich die Bestimmungen im Abschnitt zum Wettbewerb sowie der 1. Teil, die Paragraphen 3, 6, 9, 10, 12, Absatz 2 und 3, 13, 16, 19, 20 Absatz eins bis 3 und 5, 26, 35, 39, 42 bis 52, 54 und 55 und der 4. bis 6. Teil.

Der gegenständliche Realisierungswettbewerb ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6, Anhang III, Kategorie 12 BVergG 2006 einzustufen, der aufgrund des vom Auftraggeber bezifferten Auftragswertes von € 2,2 Millionen exkl. Ust dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist. Er wird in Form eines offenen, einstufigen Realisierungswettbewerbes mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen gemäß BVergG durchgeführt,

wobei die Anonymität der Teilnehmer über die Dauer des Verfahrens bis zum Abschluss der Jurysitzung erhalten bleibt. Der gegenständliche Realisierungswettbewerb ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6,, Anhang römisch drei, Kategorie 12 BVergG 2006 einzustufen, der aufgrund des vom Auftraggeber bezifferten Auftragswertes von € 2,2 Millionen exkl. Ust dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist. Er wird in Form eines offenen, einstufigen Realisierungswettbewerbes mit anschließendem Verhandlungsverfahren für die Vergabe von Generalplanerleistungen gemäß BVergG durchgeführt, wobei die Anonymität der Teilnehmer über die Dauer des Verfahrens bis zum Abschluss der Jurysitzung erhalten bleibt.

Soweit der Auftraggeber sich auf eine verspätete Einbringung der Anträge stützt, ist darauf zu verweisen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht wurde, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Soweit der Auftraggeber sich auf eine verspätete Einbringung der Anträge stützt, ist darauf zu verweisen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist.

Vorvorgeiflich eines anders lautenden Ergebnisses im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde (siehe dazu § 321 Abs 1 BVergG iVm § 33 Abs 2 AVG). Vorvorgeiflich eines anders lautenden Ergebnisses im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde (siehe dazu Paragraph 321, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 33, Absatz 2, AVG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Im Hinblick auf die Durchführung eines allfälligen Verhandlungsverfahrens für die Vergabe der Generalplanerleistung wäre eine solche Vorgangsweise des Auftraggebers bei zutreffender Behauptung des Antragstellers rechtswidrig und könnte nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht käme. Es droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Bewertung der Wettbewerbsarbeit, Zulassung zum Verhandlungsverfahren und Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zulassung zum Verhandlungsverfahren, sowie eine spätere Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste

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

Gemäß § 329 Abs. 4 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

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

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Fortsetzung des Wettbewerbes und des gesamten Vergabeverfahrens stellt die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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