

TE Verg Bescheid 2010/5/7 N/0037-BVA/13/2010-27

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.05.2010

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 "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" der Auftraggeberin via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH, Donau City-Straße 1, 1220 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 30. April 2010, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" der Auftraggeberin via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH, Donau City-Straße 1, 1220 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 30. April 2010, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 11. Juni 2010 untersagt.

Begründung

1. 1. Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 30. April 2010, beim BVA eingelangt am 30. April 2010, beehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt möge

- -Strichaufzählung
eine mündliche Verhandlung anberaumen und sodann die Zuschlagsentscheidung vom 20.4.2010 im Verhandlungsverfahren Naturversuch Bad Deutsch Altenburg, für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung

durch Einstweilige Verfügung die folgende vorläufige Maßnahme anordnen:

Der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigkeit in der Hauptsache, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen untersagt, den Zuschlag zu erteilen;

- -Strichaufzählung
die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen; die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen;
- -Strichaufzählung
der Antragstellerin Akteneinsicht in die vom Auftraggeber vorzulegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens gewähren, sofern dadurch nicht Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse verletzt werden;
- -Strichaufzählung
Beilage (. /K) jedenfalls von der Einsichtnahme durch den Auftraggeber und andere Bieter(gemeinschaften), die Angebote der Antragstellerin samt K-Blättern und Antworten zu Aufklärungsersuchen sowie die Präqualifikationsunterlagen der Antragstellerin der 1. Stufe jedenfalls von der Einsichtnahme durch andere Bieter(gemeinschaften) auszunehmen, da diese Geschäftsgeheimnisse und interne Kalkulationen enthalten."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin wasserbauliche Arbeiten für einen Naturversuch im Abschnitt zwischen Stromkilometer 1887,5 und 1884,5 der Donau querab Bad Deutsch Altenburg ausgeschrieben habe. Für die im Oberschwellenbereich gelegene Ausschreibung habe die Antragsgegnerin die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung gewählt. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 29. Juli 2009 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mitgeteilt worden. Mit Bescheid des BVA vom 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009 sei diese Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt worden. Mit Schreiben vom 20. April 2010 sei der Antragstellerin neuerlich eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mitgeteilt worden. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richte sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Erlangung des Auftrages. Durch Rechtswidrigkeiten des Auftraggebers sei ein Schaden entstanden.

An Vergabeverstößen zählt die Antragstellerin zusammengefasst folgende auf:

1. 1.Ziffer eins

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei wegen eines Verstoßes gegen Vergabegrundsätze in kartellrechtlicher Hinsicht auszuscheiden gewesen. Es sei davon auszugehen, dass der B*** hinsichtlich der ausgeschrieben Leistungen eine marktbeherrschende Stellung zukomme. Die wettbewerbsverfälschende Bildung einer Bietergemeinschaft aus den vier beinahe exklusiv tätigen Unternehmen auf diesem Gebiet sei beträchtlich, weil nur zwei Bietergemeinschaften im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Letztangebot gelegt hätten. Andere Bieter seien offenbar nicht in der Lage, ohne Kooperation mit einem der vier Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein Angebot zu legen. Die Bildung einer Bietergemeinschaft durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin stelle eine kartellrechtswidrige Vereinbarung dar.

2. 2.Ziffer 2

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuscheiden, weil es zumindest in den folgenden zwei Punkten nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspreche:

2.1 ausschreibungswidriges Angebot eines minderwertigeren Bauvlies-Materials

2.2 ausschreibungswidriges Einrechnen einer Verwertung des im Eigentum des Auftraggebers stehenden Materials

1. 3.Ziffer 3

Die Auftraggeberin habe eine unzulässige nachträgliche Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgenommen. Die Antragstellerin werde durch diese unzulässige nachträgliche Gewichtung benachteiligt.

2. 4.Ziffer 4

Es habe eine unzulässige Verwertung mehrerer Einbauverfahren stattgefunden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass der Antragstellerin ein Schaden unmittelbar drohe, weil sie unter der Annahme der Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin den ausgeschrieben Auftrag nicht erhalten könne. Darüber hinaus seien auch keine

öffentlichen Interessen an der sofortigen Fortführung des Vergabeverfahrens erkennbar.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2010 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" die via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH sei. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund € 11.100.000,- welcher im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 20. April 2010 zu Gunsten der B*** ergangen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden und es sei kein Widerruf erfolgt.

Es bestehe kein überwiegendes Interesse des Auftraggebers oder ein überwiegendes besonderes öffentliches Interesse im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG, welches gegen eine Untersagung der Zuschlagserteilung für die gesetzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen spreche. Es bestehe kein überwiegendes Interesse des Auftraggebers oder ein überwiegendes besonderes öffentliches Interesse im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG, welches gegen eine Untersagung der Zuschlagserteilung für die gesetzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen spreche.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH hat zur Beschaffung des "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" einen Bauauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip mit einem geschätzten Auftragswert von rund € 11.100.000,- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich - ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 20. April 2010 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten dem Federführer C*** und den weiteren Mitgliedern der Bietergemeinschaft E***, F*** und D*** ergangen (kurz: "B***") getroffen. Eine Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin erfolgte nicht. (Schreiben des Auftraggebers vom 4. Mai 2010)

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 idFBGBl. I Nr. 15/2010 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Oberschwellenbereich bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist beim BVA am 27. April 2010 - und somit rechtzeitig - eingelangt. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, sind Anträge auf Nachprüfung einer

gesondert anfechtbaren Entscheidung im Oberschwellenbereich bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist beim BVA am 27. April 2010 - und somit rechtzeitig - eingelangt. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 idFBGBl. I Nr. 15/2010 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung 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 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung 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 durch einstweilige Verfügung die folgende vorläufige Maßnahme anordnen:

der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigkeit in der Hauptsache, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen untersagt, den Zuschlag zu erteilen".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 20. April 2010 die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat zugestanden, dass kein überwiegendes Interesse des Auftraggebers oder ein überwiegendes besonderes öffentliches Interesse im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG besteht, welches gegen eine Untersagung der Zuschlagserteilung für die gesetzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen spreche. Die Auftraggeberin hat zugestanden, dass kein überwiegendes Interesse des Auftraggebers oder ein überwiegendes besonderes öffentliches Interesse im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG besteht, welches gegen eine Untersagung der Zuschlagserteilung für die gesetzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen spreche.

Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger hat trotz Verständigung keine Stellungnahme abgegeben.

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.

Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren. Bei der Bestimmung der Zeit für welche die einstweilige Verfügung getroffen wurde, wurde davon ausgegangen, dass die Entscheidung in der Hauptsache innerhalb der (kurzen) Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG erfolgen wird. Eine Erstreckung ist gemäß § 329 Abs 3 letzter Satz BVergG möglich und wird gegebenenfalls nach neuerlicher Abwägung der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung entschieden werden. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren. Bei der Bestimmung der Zeit für welche die einstweilige Verfügung getroffen wurde, wurde davon ausgegangen, dass die Entscheidung in der Hauptsache innerhalb der (kurzen) Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG erfolgen wird. Eine Erstreckung ist gemäß Paragraph 329, Absatz 3, letzter Satz BVergG möglich und wird gegebenenfalls nach neuerlicher Abwägung der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung entschieden werden.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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