

TE Verg Bescheid 2010/3/3 N/0013-BVA/13/2010-13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.03.2010

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, Mag. Thomas Gruber, im der übergeordneten Leittechnik in der Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passsau-Ingling, KW Jochenstein; Erneuerung Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten" des Auftraggebers Österreichisch-Bayrische Kraftwerke AG, Müncher Straße 48, D- 84395 Simbach am Inn, vertreten durch die vergebende Stelle A***, vertreten durch die X***, aufgrund des Antrages der B***, vertreten durch Y***, vom 24. Februar 2010, gem § 329 BVergG wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im der übergeordneten Leittechnik in der Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passsau-Ingling, KW Jochenstein; Erneuerung Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten" des Auftraggebers Österreichisch-Bayrische Kraftwerke AG, Müncher Straße 48, D- 84395 Simbach am Inn, vertreten durch die vergebende Stelle A***, vertreten durch die X***, aufgrund des Antrages der B***, vertreten durch Y***, vom 24. Februar 2010, gem Paragraph 329, BVergG wie folgt entschieden:

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung aussetzen und es der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Vergabe des Auftrages "KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passsau-Ingling, KW Jochenstein; Erneuerung der übergeordneten Leittechnik in der Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten" für die Dauer von zwei Monaten ab Erlassung, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über den in Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen" wird gemäß § 329 BVergG 2006 teilweise stattgegeben. Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung aussetzen und es der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Vergabe des Auftrages "KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passsau-Ingling, KW Jochenstein; Erneuerung der übergeordneten Leittechnik in der Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten" für die Dauer von zwei Monaten ab Erlassung, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen" wird gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 teilweise stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 7. April 2010 untersagt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 24. Februar 2010, beim BVA eingelangt am 24. Februar 2010, begehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Österreichisch-Bayrische Kraftwerke AG vom 11. Februar 2010, das Angebot der B*** aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden (Ausscheidensentscheidung) für nichtig erklären; und der Österreichisch-Bayrischen Kraftwerke AG auftragen, der B*** die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag von 1600 € zu Handen des Rechtsvertreters der Antragstellerin ersetzen."

Die Antragstellerin stellte außerdem folgenden Antrag auf Erlassung einer einstweiliger Verfügung:

"Das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung aussetzen und es der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Vergabe des Auftrages "KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passau-Ingling, KW Jochenstein; Erneuerung der übergeordneten Leittechnik in der Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten" für die Dauer von zwei Monaten ab Erlassung, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über den in Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen und dem öffentlichen Auftraggeber auftragen, der B*** die Pauschalgebühr für den Antrag auf einstweilige Verfügung in Höhe von 800 € zu Handen der Rechtsvertreter der Antragstellerin zu ersetzen." "Das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung aussetzen und es der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Vergabe des Auftrages "KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passau-Ingling, KW Jochenstein; Erneuerung der übergeordneten Leittechnik in der Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten" für die Dauer von zwei Monaten ab Erlassung, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen und dem öffentlichen Auftraggeber auftragen, der B*** die Pauschalgebühr für den Antrag auf einstweilige Verfügung in Höhe von 800 € zu Handen der Rechtsvertreter der Antragstellerin zu ersetzen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass sich die Antragstellerin an der gegenständlichen Ausschreibung beteiligt habe. Das Vergabeverfahren werde als Verhandlungsverfahren geführt. Die Auftraggeberin habe eine Eignungsprüfung durchgeführt. Diese Eignungsprüfung habe die Antragstellerin problemlos bestanden und die Ausschreibungsunterlagen erhalten. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen sei ein Nachweis über die Funktionalität der Ankoppelung der prozessnahen Leittechnik an das SATNET im Produktivsystem des Auftraggebers zu erbringen. Vom 9. bis 11. Februar 2010 habe die Funktionsüberprüfung bei der Antragsgegnerin stattgefunden, bei der es zu einigen Problemen gekommen sei. Am 11. Februar 2010 habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin das "Protokoll Funktionsnachweis Tokenring- Anbindung" übergeben, nachdem sie mitgeteilt habe, dass der Funktionsnachweis - redundante

Anbindung des Prozessrechners an den Tokenring - nicht

erfolgreich nachgewiesen worden sei. Weiteres sei in dem Schreiben auch festgehalten worden, dass einem Antrag auf weiterführende Tests aus Gründen der Gleichbehandlung gegenüber dem Wettbewerb nicht stattgegeben werde. Damit habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin iSd § 254 Abs 3 S 2 BVergG 2006 bekannt gegeben, dass deren Angebot nicht weiter berücksichtigt werde. Hierbei handle es sich um eine gesonderte anfechtbare Entscheidung. Diese Entscheidung werde angefochten. Wenngleich der Antragstellerin von der Antragsgegnerin das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren weiter nicht bekannt gegeben worden sei, sei dies aus diesem Protokoll zu entnehmen. erfolgreich nachgewiesen worden sei. Weiteres sei in dem Schreiben auch festgehalten worden, dass einem Antrag auf weiterführende Tests aus Gründen der Gleichbehandlung gegenüber dem Wettbewerb nicht stattgegeben werde. Damit habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin iSd Paragraph 254, Absatz 3, S 2 BVergG 2006 bekannt gegeben, dass deren Angebot nicht weiter berücksichtigt werde. Hierbei handle es sich um eine gesonderte

anfechtbare Entscheidung. Diese Entscheidung werde angefochten. Wenngleich der Antragstellerin von der Antragsgegnerin das Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren weiter nicht bekannt gegeben worden sei, sei dies aus diesem Protokoll zu entnehmen.

Mit Schreiben vom 1. März 2010 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass das Bundesvergabeamt in der gegenständlichen Sache aufgrund der Freistellungsverordnung 2008/585/EG der Kommission vom 7. Juli 2008 unzuständig sei. Weiteres wird hervorgebracht, dass es sich bei der Auftraggeberin um eine ausländische Gesellschaft handle, weshalb österreichisches Vergaberecht nicht zur Anwendung zu gelangen hätte und daher auch keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben sei. Die Antragstellerin bringe in ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich vor, dass sie aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Von der Auftraggeberin sei die Antragstellerin jedoch weder ausgeschieden worden, noch habe die Auftraggeberin eine sonstige (nach außen kundgemachte) Auftraggeberentscheidung, sohin keine sonstige Festlegung getroffen. Dies gelte auch für das "Protokoll Funktionsnachweis Tokenring-Anbindung". Es werde die Zurück- bzw Abweisung des EV-Antrages beantragt. Es handle sich bei dem gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, der im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Es sei bisher keine Ausscheidung oder Zuschlagsentscheidung getroffen worden.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Österreichisch-Bayrische Kraftwerke AG hat zur Beschaffung der Erneuerung der übergeordneten Leittechnik in der Zentralwarte und den 4 Kraftwerkswarten in den KW Oberaudorf-Ebbs, KW Braunau-Simbach, KW Schärding-Neuhaus, KW Passau-Ingling, KW Jochenstein einen Lieferauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich daran beteiligt. Es ist bisher keine Ausscheidung oder Zuschlagsentscheidung getroffen worden.

(Schreiben der Auftraggeberin vom 1. März 2010)

Mit dem "Protokoll Funktionsnachweis Tokenring- Anbindung" der vergebenden Stelle vom 11. Februar 2010 wurde der Antragstellerin unter anderem folgendes bekannt gegeben:

"Einem Antrag auf weiterführende Tests wird aus Gründen der Gleichbehandlung gegenüber dem Wettbewerb nicht stattgegeben."

(Anhang zum Schreiben der Antragstellerin vom 24. Februar 2010)

1. 3.Ziffer 3

Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Es bestehen aufgrund des Vorbringens der Auftraggeberin Zweifel, ob das Bundesvergabeamt in der gegenständlichen Sache zuständig ist. Diese Frage kann im Provisorialverfahren jedoch nicht abschließend geklärt werden, weshalb im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes vorerst von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen wird.

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 - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Festlegung vom 11. Februar 2010 "Einem Antrag auf weiterführende Tests wird aus Gründen der Gleichbehandlung gegenüber dem Wettbewerb nicht stattgegeben." - 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 - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren

Entscheidung - nämlich der Festlegung vom 11. Februar 2010 "Einem Antrag auf weiterführende Tests wird aus Gründen der Gleichbehandlung gegenüber dem Wettbewerb nicht stattgegeben." - 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 Z 7 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung am 11. Februar 2010 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 24. Jänner 2010 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung am 11. Februar 2010 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 24. Jänner 2010 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag 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.

Die Antragstellerin hat als einstweilige Verfügung beantragt, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung aussetzen und es der Auftraggeberin untersagen, den Zuschlag im

gegenständlichen Vergabeverfahren ... für die Dauer von zwei

Monaten ab Erlassung, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über den in Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen". Monaten ab Erlassung, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen".

Die Antragstellerin übersieht dabei, dass eine Zuschlagsentscheidung in der gegenständlichen Sache noch gar nicht ergangen ist und daher auch nicht ausgesetzt werden kann.

Da auf Grund des "Protokoll Funktionsnachweis Tokenring-Anbindung" der vergebenden Stelle vom 11. Februar 2010 die weitere Teilnahme am Verhandlungsverfahren fraglich ist, diese Festlegung 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.

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 bei Untersagung der Erteilung des Zuschlages nicht gegeben.

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. 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.

In der für das Provisorialverfahren zur Verfügung stehenden Zeit (gem § 330 Abs 3 BVergG maximal eine Woche nach Einlangen des Antrages) konnten wesentliche Einwände der Auftraggeberin nicht abschließend beurteilt werden. Es wird daher betont, dass mit dieser einstweiligen Verfügung zB. nicht darüber abgesprochen wird, ob eine Freistellung vom Anwendungsbereich iSd § 179 BVergG in der ggstl Sache vorliegt oder nicht oder ob es sich bei der Auftraggeberin um eine dem österreichischen Vergaberecht unterliegende öffentliche Auftraggeberin handelt. Diese und andere Fragen bleiben dem Hauptverfahren vorbehalten. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes war hier jedoch zugunsten der beantragten einstweiligen Verfügung zu entscheiden. In der für das Provisorialverfahren zur Verfügung stehenden Zeit (gem Paragraph 330, Absatz 3, BVergG maximal eine Woche nach Einlangen des Antrages) konnten wesentliche Einwände der Auftraggeberin nicht abschließend beurteilt werden. Es wird daher betont, dass mit dieser einstweiligen Verfügung zB. nicht darüber abgesprochen wird, ob eine Freistellung vom Anwendungsbereich iSd Paragraph 179, BVergG in der ggstl Sache vorliegt oder nicht oder ob es sich bei der Auftraggeberin um eine dem österreichischen Vergaberecht unterliegende öffentliche Auftraggeberin handelt. Diese und andere Fragen bleiben dem Hauptverfahren vorbehalten. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes war hier jedoch zugunsten der beantragten einstweiligen Verfügung zu entscheiden.

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