

TE Verg Bescheid 2009/12/22 N/0127-BVA/11/2009-7EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.12.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen", der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1, vertreten durch Objektmanagement Team Tirol, 6022 Innsbruck, Kapuzinergasse 38, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen", der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1, vertreten durch Objektmanagement Team Tirol, 6022 Innsbruck, Kapuzinergasse 38, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen

Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen" den Zuschlag dem Angebot der B*** zu erteilen, wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über den Nachprüfungsantrag im Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen" untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit öffentlicher Bekanntmachung im amtlichen Lieferanzeiger vom 28.8.2009, L-461879-9826, schrieb die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (in der Folge Auftraggeberin) die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten für die Leopold Franzens Universität Innsbruck in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip im Unterschwellenbereich als Bauauftrag aus. Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Anbot in Höhe von EURO 1.946.436,71. Mit Fax vom 9.12.2009 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag der B***. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin begründend ausführt, mit am 10.12.2009 eingelangten Fax sei die Antragstellerin über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt worden. Gleichzeitig sei die Antragstellerin darüber informiert worden, dass die Stillhaltefrist bereits am 16.12.2009, somit einen Tag vor Ablauf der gesetzlich vorgesehenen 7 Tagesfrist, ende und der Zuschlag an die in Aussicht genommene Bestbieterin jedenfalls erteilt werde. Damit liege ein Verstoß gegen § 132 Abs 1 iVm § 321 Abs 1 Z 5 BVergG vor. Ein innerhalb der Stillhaltefrist erteilter Zuschlag lasse nach Lehre und Rechtsprechung den Leistungsvertrag nicht zu Stande kommen. Sollte die Auftraggeberin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag tatsächlich erteilen, wäre dieser ex lege absolut nichtig. Mit öffentlicher Bekanntmachung im amtlichen Lieferanzeiger vom 28.8.2009, L-461879-9826, schrieb die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (in der Folge Auftraggeberin) die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten für die Leopold Franzens Universität Innsbruck in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip im Unterschwellenbereich als Bauauftrag aus. Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Anbot in Höhe von EURO 1.946.436,71. Mit Fax vom 9.12.2009 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag der B***. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin begründend ausführt, mit am 10.12.2009 eingelangten Fax sei die Antragstellerin über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt worden. Gleichzeitig sei die Antragstellerin darüber informiert worden, dass die Stillhaltefrist bereits am 16.12.2009, somit einen Tag vor Ablauf der gesetzlich vorgesehenen 7 Tagesfrist, ende und der Zuschlag an die in Aussicht genommene Bestbieterin jedenfalls erteilt werde. Damit liege ein Verstoß gegen Paragraph 132, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG vor. Ein innerhalb der Stillhaltefrist erteilter Zuschlag lasse nach Lehre und Rechtsprechung den Leistungsvertrag nicht zu Stande kommen. Sollte die Auftraggeberin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag tatsächlich erteilen, wäre dieser ex lege absolut nichtig.

Weiteres liege ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vor, da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keinen Antrag auf Zulassung eines Subunternehmers enthalte, obwohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die Ausführung der Arbeiten einen Subunternehmer benötige. Punkt 7 der Ausschreibung lege fest, dass der Bieter in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben habe, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtige. Diese Angaben hätten die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich, sowie den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert zu enthalten. Damit ergebe sich die Pflicht zur Bekanntgabe von Subunternehmern sowie des Umfanges des untervergebenen Auftragsteiles aus Gesetz und Vertrag. Da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin damit mit einem unbehebaren Mangel behaftet sei, wäre dieses auszuschneiden gewesen. Weiteres liege ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vor, da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keinen Antrag auf Zulassung eines Subunternehmers enthalte, obwohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die Ausführung der Arbeiten einen Subunternehmer benötige. Punkt 7 der Ausschreibung lege fest, dass der Bieter in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben habe, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtige. Diese Angaben hätten die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich, sowie den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom

Gesamtauftragswert zu enthalten. Damit ergebe sich die Pflicht zur Bekanntgabe von Subunternehmern sowie des Umfanges des untervergebenen Auftragsteiles aus Gesetz und Vertrag. Da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin damit mit einem unbehebbarren Mangel behaftet sei, wäre dieses auszuschneiden gewesen.

Die Antragstellerin vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Tätigkeiten notwendigen gewerberechtlichen Befugnisse verfüge. Ein Teil der ausgeschriebenen Bauarbeiten bestehe aus Trockenbauarbeiten, bei welchen es sich gemäß § 94 Z 67 GewO 1994 um ein reglementiertes Gewerbe handle. Für die Erbringung derartiger Arbeitsleistungen sei auch im Umfang einer einfachen Nebentätigkeit zwingend eine Gewerbeberechtigung erforderlich. Bei diesen Arbeiten handle es sich um Arbeiten, die nicht in den Anwendungsbereich von § 32 Abs 1 Z 11 GewO 1994 fielen. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine derartige Gewerbeberechtigung besitze und sie auch keinen entsprechenden Subunternehmer namhaft gemacht habe, fehle ihr die rechtliche Eignung zur Erbringung der ausgeschriebenen Arbeitsleistungen. Auch aus diesem Grund sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Die Auftraggeberin setze sich durch ihre Zuschlagsentscheidung in Widerspruch zu den von ihr aufgestellten bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen, da sie die Kriterien, die sie zunächst als zwingende Voraussetzung für die Zuschlagserteilung aufgestellt habe, stillschweigend unter den Tisch fallen habe lassen. Das Handeln der Auftraggeberin sei damit für die teilnehmenden Bieter undurchschaubar und verstoße so gegen die in § 19 BVergG genannten wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens. Die Antragstellerin vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Tätigkeiten notwendigen gewerberechtlichen Befugnisse verfüge. Ein Teil der ausgeschriebenen Bauarbeiten bestehe aus Trockenbauarbeiten, bei welchen es sich gemäß Paragraph 94, Ziffer 67, GewO 1994 um ein reglementiertes Gewerbe handle. Für die Erbringung derartiger Arbeitsleistungen sei auch im Umfang einer einfachen Nebentätigkeit zwingend eine Gewerbeberechtigung erforderlich. Bei diesen Arbeiten handle es sich um Arbeiten, die nicht in den Anwendungsbereich von Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 11, GewO 1994 fielen. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine derartige Gewerbeberechtigung besitze und sie auch keinen entsprechenden Subunternehmer namhaft gemacht habe, fehle ihr die rechtliche Eignung zur Erbringung der ausgeschriebenen Arbeitsleistungen. Auch aus diesem Grund sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Die Auftraggeberin setze sich durch ihre Zuschlagsentscheidung in Widerspruch zu den von ihr aufgestellten bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen, da sie die Kriterien, die sie zunächst als zwingende Voraussetzung für die Zuschlagserteilung aufgestellt habe, stillschweigend unter den Tisch fallen habe lassen. Das Handeln der Auftraggeberin sei damit für die teilnehmenden Bieter undurchschaubar und verstoße so gegen die in Paragraph 19, BVergG genannten wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Legung eines Angebotes zum Ausdruck gebracht. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei daher evident. Aufgrund der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren seien bereits Kosten für die Erstellung des Angebotes entstanden, die frustriert wären, wenn die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen blieben. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinnes.

Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Bundesvergabegesetzes nicht mehr beseitigt werden könnten. Darüber hinaus überwiege das Interesse der Antragstellerin an der Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße das Interesse der Auftraggeberin an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Es lägen auch keine besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, vor.

Die Auftraggeberin brachte mit Schreiben vom 21.12.2009 vor, dass an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens kein besonderes öffentliches Interesse iSv § 329 Abs 1 BVergG bestehe, das gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung spreche. Die Auftraggeberin brachte mit Schreiben vom 21.12.2009 vor, dass an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens kein besonderes öffentliches Interesse iSv Paragraph 329, Absatz eins, BVergG bestehe, das gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung spreche.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Bei der Bundesimmobiliengesellschaft mbH handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der Bundesimmobiliengesellschaft mbH handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Das vorliegende Vergabeverfahren ist laut Angaben der Auftraggeberin dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der im Rahmen eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin ergibt, wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Von einem im § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 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 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 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 2 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 2, 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten

zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Die Auftraggeberin hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden sind auch keine besonderen öffentlichen oder Interessen anderer Bieter, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen und die gegen deren Erlassung sprechen würden, bekannt.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse besteht (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist nach dem Gemeinschaftsrecht dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel der Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u. a.). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse besteht vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist nach dem Gemeinschaftsrecht dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel der Vorrang einzuräumen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u. a.).

Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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