

TE Verg Bescheid 2009/8/19 N/0084-BVA/13/2009-15

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.08.2009

Norm

BVergG 2006 §329

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 durch den Vorsitzenden des Senates 13, MR Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" des Auftraggebers via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH, vertreten durch die vergebenden Stelle X*** aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 12. August 2009, "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 acht Wochen untersagt, den Zuschlag zu erteilen", wie folgt entschieden:

Dem Auftraggeber wird gem § 329 BVergG 2006 die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23. September 2009, untersagt. Dem Auftraggeber wird gem Paragraph 329, BVergG 2006 die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23. September 2009, untersagt.

egründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 12. August 2009 (beim BVA am selben Tag eingelangt) das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf

1. 1.Ziffer eins
Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung,
2. 2.Ziffer 2
Nichtigerklärung der gesonderten Festlegung des Auftraggebers vom 6. August 2009, "Sub-Sub-Kriterien nachträglich zu gewichten, insbesondere das Sub-Sub-Kriterium "Erprobung des vorgesehenen Einbauverfahrens" mit 40 % zu gewichten",
3. 3.Ziffer 3

in eventu Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung

4. 4.Ziffer 4

Akteneinsicht und

5. 5.Ziffer 5

Gebührenersatz.

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 der vergebenden Stelle vom 29. Juli 2009 habe die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, wonach beabsichtigt sei, der "B***" den Zuschlag zu erteilen. Darin habe die Auftraggeberin unter anderem mitgeteilt, dass die Antragstellerin bei wesentlichen Zuschlagskriterien, konkret beim Preis als Billigstbieter und für den Antransport von Grobkies jeweils die volle Punkteanzahl erreicht habe. 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 auszuschneiden 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 auszuschneiden, 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 Zuschlagsentscheidung vom 29. Juli 2009 sei nicht iSd § 131 BVergG ausreichend begründet. Die Zuschlagsentscheidung vom 29. Juli 2009 sei nicht iSd Paragraph 131, BVergG ausreichend begründet.

2. 4.Ziffer 4

Die Auftraggeberin habe mit Schreiben vom 6. August 2009 eine unzulässige nachträgliche Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgenommen. Die Antragstellerin werde durch diese unzulässige nachträgliche Gewichtung benachteiligt.

Mit Schreiben vom 14. August 2009 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 durchgeführt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 29. Juli 2009 zu Gunsten der B***, bestehend aus dem C*** und den weiteren Mitgliedern der D*** ergangen. 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 bestünden jedoch erhebliche und überwiegende Interessen des Auftraggebers gegen die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer von acht Wochen. Mit Schreiben vom 14. August 2009 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 durchgeführt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 29. Juli 2009 zu Gunsten der B***, bestehend aus dem C*** und den weiteren Mitgliedern der D*** ergangen. 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. Es bestünden jedoch erhebliche und überwiegende Interessen des Auftraggebers gegen die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer von acht Wochen.

Mit Schreiben vom 19. August 2009 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass das ggstl Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde, keine Ausscheidung von Angeboten und kein Widerruf erfolgt sei.

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 29. Juli 2009 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten dem C*** und den weiteren Mitgliedern der D*** (kurz B***) getroffen. Eine Ausscheidung eines Angebotes erfolgte nicht. (Schreiben des Auftraggebers vom 14. August 2009 und vom 19. August 2009)

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin mittels Telefax am 29. Juli 2009 zugestellt. (Schreiben der Antragstellerin vom 12. August 2009)

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 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 den bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidungen am 29. Juli 2009 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 12. August 2009 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und 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 den bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidungen am 29. Juli 2009 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 12. August 2009 und somit rechtzeitig eingebracht. 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. 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, "das Bundesvergabeamt möge 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 acht Wochen untersagt, den Zuschlag zu erteilen",

Da seitens des Auftraggebers auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 29. Juli 2009 die Vergabe an die B*** beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat 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

16.10.2009

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