

TE Verg Bescheid 2009/4/23 N/0036-BVA/10/2009-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.04.2009

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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
-
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 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-Glasbau - Halle" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. April 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-

Glasbau - Halle" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. April 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen,

1. "1.Ziffer eins

Der BIG Bundessimmobiliengesellschaft m.b.H. wird die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren zur GZ 90.133/812-PB01/08 hinsichtlich des Bauvorhabens 1090 Wien, Währinger Straße 25a, Ausbau und Adaptierung ZMK, 'Stahl-Glasbau - Halle' bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, längstens aber für die Dauer von 6 Wochen, untersagt;"

2. "2.Ziffer 2

die durch Telefax vom 02.04.2009 der Antragstellerin bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung der BIG Bundessimmobiliengesellschaft m.b.H. im Vergabeverfahren zur GZ 90.133/812-PB01/08 hinsichtlich des Bauvorhabens 1090 Wien, Währinger Straße 25a, Ausbau und Adaptierung ZMK, 'Stahl-Glasbau - Halle' wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, längstens aber für die Dauer von 6 Wochen, ausgesetzt",

wird wie folgt stattgegeben.

Der Auftraggeberin, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-Glasbau - Halle", den Zuschlag zu erteilen.

Die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-Glasbau - Halle" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 16. April 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es sich um einen im offenen Verfahren vergebenen öffentlichen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handle. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Antragstellerin habe die im Internet bereitgestellten Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen und vollständig ausgefüllt. Bei der Angebotsöffnung seien neuen Angebote eingelangt gewesen. Die Antragstellerin sei unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien als Bestbieterin (ungeprüft) ermittelt worden. Im Anschluss an die Angebotsöffnung seien von Seiten der Generalplaner zahlreiche weitere Unterlagen und Erläuterungen eingefordert worden, die alle übermittelt und erteilt worden seien. Mit Schreiben vom 2. April 2009 sei der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden. Diese seien ungenügend begründet. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschneiden. Die Ausscheidensentscheidung sei mit dem Fehlen der Befugnis für die Leistungsteile Herstellung Stahlbau, statische Berechnung und Montage Stahl begründet worden. Die Antragstellerin habe eine Erklärung abgegeben, dass die namhaft gemachten Subunternehmer die nötige Eignung besäßen und die Nachweise über Anforderung innerhalb von sieben Werktagen erbracht würden. Diese nachweise seien von der Generalplanerin nie angefordert worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass die Antragstellerin nicht über die geforderten Gewerbeberechtigungen verfüge. Die Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin sei daher zu Unrecht erfolgt, weshalb die Antragstellerin weiterhin den Zuschlag erhalten könnte. Sie sei durch die Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten verletzt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei ungenügend begründet. Die Antragstellerin habe ein

Interesse am Vertragsabschluss, das sie bereits dadurch dokumentiert habe, dass sie am Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin teilnehmen wolle. Sie hätte durch den Auftrag einen Gewinn von EUR 181.094,18, dem Gewinn von 15 %, erwirtschaften können. Es entgehe ihr ein Referenzprojekt. Darin und in den Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren und dem frustrierten Arbeitsaufwand von 20 Stunden bestehe der Schaden. Es liege auch ein öffentliches Interesse an der Ermittlung des tatsächlichen Bestbieters, da die Kosten von der öffentlichen Hand zu tragen seien und der Preisunterschied zwischen der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nahezu 10 % betrage. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung bzw die vorangegangene Ausscheidung des Angebots erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung, in der sie selbst als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin benannt ist, in ihrem Recht, dass keine andere Unternehmerin außer ihr selbst in der Zuschlagsentscheidung vorläufig für den Zuschlag ausgewählt worden wäre, in ihrem Recht auf ein faires und transparentes Verfahren, in ihrem Recht auf eine transparente Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, in ihrem Recht, dass die in der Zuschlagsentscheidung genannte B*** nicht in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag ausgewählt wird, in eventu in ihrem Recht auf Widerrufsentscheidung nach nachmaligem Widerruf des Vergabeverfahrens bzw der Ausschreibung verletzt. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, nämlich die unberechtigte Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und die fehlende Begründung der Zuschlagsentscheidung seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Nachweise der Befähigung der Subunternehmer sei nicht gefordert worden und durch die mit dem Angebot eingereichten Unterlagen im erforderlichen Umfang nachgewiesen. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 16. April 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es sich um einen im offenen Verfahren vergebenen öffentlichen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handle. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Antragstellerin habe die im Internet bereitgestellten Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen und vollständig ausgefüllt. Bei der Angebotsöffnung seien neuen Angebote eingelangt gewesen. Die Antragstellerin sei unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien als Bestbieterin (ungeprüft) ermittelt worden. Im Anschluss an die Angebotsöffnung seien von Seiten der Generalplaner zahlreiche weitere Unterlagen und Erläuterungen eingefordert worden, die alle übermittelt und erteilt worden seien. Mit Schreiben vom 2. April 2009 sei der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden. Diese seien ungenügend begründet. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschneiden. Die Ausscheidensentscheidung sei mit dem Fehlen der Befugnis für die Leistungsteile Herstellung Stahlbau, statische Berechnung und Montage Stahl begründet worden. Die Antragstellerin habe eine Erklärung abgegeben, dass die namhaft gemachten Subunternehmer die nötige Eignung besäßen und die Nachweise über Anforderung innerhalb von sieben Werktagen erbracht würden. Diese nachweise seien von der Generalplanerin nie angefordert worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass die Antragstellerin nicht über die geforderten Gewerbeberechtigungen verfüge. Die Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin sei daher zu Unrecht erfolgt, weshalb die Antragstellerin weiterhin den Zuschlag erhalten könnte. Sie sei durch die Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten verletzt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei ungenügend begründet. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, das sie bereits dadurch dokumentiert habe, dass sie am Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin teilnehmen wolle. Sie hätte durch den Auftrag einen Gewinn von EUR 181.094,18, dem Gewinn von 15 %, erwirtschaften können. Es entgehe ihr ein Referenzprojekt. Darin und in den Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren und dem frustrierten Arbeitsaufwand von 20 Stunden bestehe der Schaden. Es liege auch ein öffentliches Interesse an der Ermittlung des tatsächlichen Bestbieters, da die Kosten von der öffentlichen Hand zu tragen seien und der Preisunterschied zwischen der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nahezu 10 % betrage. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung bzw die vorangegangene Ausscheidung des Angebots erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung, in der sie selbst als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin benannt ist, in ihrem Recht, dass keine andere Unternehmerin außer ihr selbst in der Zuschlagsentscheidung vorläufig für den Zuschlag ausgewählt worden wäre, in ihrem Recht auf ein faires und transparentes Verfahren, in ihrem Recht auf eine transparente Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem

Recht auf Gleichbehandlung, in ihrem Recht, dass die in der Zuschlagsentscheidung genannte B*** nicht in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag ausgewählt wird, in eventu in ihrem Recht auf Widerrufsentscheidung nach nachmaligem Widerruf des Vergabeverfahrens bzw der Ausschreibung verletzt. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, nämlich die unberechtigte Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und die fehlende Begründung der Zuschlagsentscheidung seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Nachweise der Befähigung der Subunternehmer sei nicht gefordert worden und durch die mit dem Angebot eingereichten Unterlagen im erforderlichen Umfang nachgewiesen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Ausführungen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben wird. Die Interessen an der Erlassung der einstweiligen Verfügung bestünden insbesondere im Erhalt der Chance auf den Referenzauftrag und dem kalkulierten Gewinn. Der zusätzliche Antrag auf Aussetzung begründe sich im Bestreben auf einen Vergaberechtsschutz, mit dem vor der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren die Zuschlagsentscheidung verhindert werde, zumal diese ohne Aussetzung strittig sein dürfte.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., in der Folge Auftraggeberin genannt, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Provisorialverfahren führte sie im Wesentlichen aus, dass die Bauabschnitte in der gewählten Form erforderlich seien, um den Betrieb der Zahnklinik aufrecht zu erhalten. Verzögerungen der zur Findung der Professionisten zugrunde liegenden Vergabeverfahren hätten einen wesentlichen Einfluss auf den Bauzeitplan und damit auf die Bauabschnitte. Die Zahnklinik könne bei Verschiebung dieser Bauabschnitte ihrer Aufgabe der Versorgung ihrer Patienten nicht mehr im entsprechenden Ausmaß nachkommen. Des Weiteren würde die Zahnklinik als Teil der Medizinischen Universität Wien auch finanzielle Einbußen erleiden, die in weiterer Folge das Universitätsbudget schmälern und zu einer Verringerung der bereits budgetierten Leistungen führen würden. Das Gewerk Stahl-Glasbau verbinde das bestehende barocke Gebäude mit dem im Rohbau errichteten Zubau und stelle den neuen Eingangsbereich und die Überdachung des selbigen dar. Dieses Gewerk sei innerhalb des vorliegenden Bauzeitplanes wesentlich und wichtig, da es Voraussetzung für die Umsetzung sämtlicher Nachfolgegewerke sei, um diese vor Witterungseinflüssen zu schützen. Die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag angeführten Gründe träfen nicht zu, da sie in den mehrfachen Aufklärungsersuchen ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, die Unklarheiten in ihrem Angebot im Sinne eines zu vergebenden Auftrags positiv darzulegen. Sie habe diese Gelegenheit nicht genutzt. Wegen dieser Aufklärungsersuchen habe der ursprünglich vorgesehen Montagebeginn von Ende März 2009 bereits auf Ende April 2009 verlegt werden müssen. Nun sei auch dieser nicht mehr haltbar. Die Auftraggeberin beantragte, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab- bzw zurückzuweisen.

Am 21. April 2009 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Hauptverfahren Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin nicht als Bestbieterin (ungeprüft) ermittelt wurde. In der dem Angebot beiliegenden Subunternehmererklärung sei lediglich eine Subunternehmerin genannt gewesen. Es sei auch nicht angegeben gewesen, dass die Antragstellerin diese Subunternehmerin zum Nachweis der Eignung benötige. Die Antragstellerin habe im Zuge der Angebotsprüfung eine weitere Subunternehmererklärung übermittelt. Darin habe sie erklärt, einen Leistungsteil von 60 % selbst zu erbringen und Subunternehmer für sechs andere Leistungsteile angegeben. Dabei waren zwei bisher nicht genannte Subunternehmer. Die Glaserarbeiten machten lediglich 30 % der Gesamtleistung aus, die Leistungsanteile Stahlbau, Statik und Sonstiges die übrigen 70 %. Für diese besitze die Antragstellerin keine Gewerbeberechtigung. Bei der zweiten Subunternehmererklärung sei die Spalte, dass diese Subunternehmer für den Nachweis der Leistung erforderlich seien, nicht angekreuzt gewesen. Die Antragstellerin verfüge lediglich über das Gewerbe Glaser und nicht über alle geforderten Gewerbe verfüge. Dies habe die Auftraggeberin auch in der Ausscheidensentscheidung angeführt. Insbesondere statisch belangreiche Arbeiten dürften von einem Glaser nicht geplant und durchgeführt werden. Die Antragstellerin verkenne, dass bloß Nachweise, die dem Angebot noch nicht beigelegt wären, nachgebracht werden könnten. Keineswegs könne eine zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geforderte jedoch nicht vorhandene Erklärung im Zuge etwaiger Aufklärungsgespräche oder -schreiben geheilt werden. Die von der Antragstellerin genannte Subunternehmerin habe in diesem Vergabeverfahren selbst ein Angebot abgegeben. Die Zuschlagsentscheidung sei transparent, weil die Formel zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers in den Ausschreibungsunterlagen vermerkt sei. Die in Aussicht genommene

Zuschlagsempfängerin habe keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten. Es gebe daher nur das Merkmal des Preises. Es gebe Zweifel an den nachweisen der Befähigung der Subunternehmer. Die Auftraggeberin beantragte, sämtliche von der Antragstellerin eingebrachten Anträge ab- bzw zurückzuweisen.

Am 23. April 2009 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin betonte sie im Wesentlichen den Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes. Sie sei nicht zur Vorlage der entsprechenden Unterlagen aufgefordert worden. Dass die Antragstellerin ursächlich für die Verschiebung des Montagebeginns sei, sei bloß behauptet, aber nicht bescheinigt worden. Auf die Anfrage, welche Informationen noch genau benötigt würden und wann die Angebotsprüfung abgeschlossen sein würde, habe die Antragstellerin lediglich eine Entschuldigung für die Verzögerung erhalten. Kurz darauf seien die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung zugestellt worden. Die Verzögerung durch das Nachprüfungsverfahren habe die Auftraggeberin bei ihrer Bauzeitplanung zu berücksichtigen und Vergabeverfahren allenfalls früher zu beginnen.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. (offenes Firmenbuch zu FN 34.857 w)

Sie ist in mehrere Bereiche gegliedert. Einer dieser Bereiche ist "Planen & Bauen", der wieder in vier regionale Gliederungen geteilt ist. Eine dieser Gliederungen ist "Planen & Bauen - Region Wien". (amtliche Einsicht unter www.big.at)

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen - Region Wien errichtet den Um- und Neubau der Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde der Medizinischen Universität Wien. Der geschätzte Auftragswert dieses Bauvorhabens beträgt EUR 51.000.000. Im Zuge dieses Bauvorhabens kommt auch das Los "Stahl-Glasbau Halle" zur Ausführung. Sein geschätzter Auftragswert beträgt EUR 1.590.000 ohne USt. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Dezember 2008, 2008/S 248-330604, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-448825-8c17 bekanntgemacht. Beide Bekanntmachungen wurden am 19. Dezember 2008 abgesandt. Der Auftrag ist als "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-Glasbau - Halle" bezeichnet. Das Verfahren ist ein offenes Verfahren. Der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 3. Februar 2008, 13.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Angebotsöffnung stattfinden. Bieter und ihre Bevollmächtigten durften bei der Angebotsöffnung anwesend sein. (amtliche Einsicht unter ted.europa.eu)

Die Zuschlagskriterien nach den Ausschreibungsunterlagen sind der Preis zu 98 % und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist zu 2 %. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 3. Februar 2009, 13.00 Uhr, fand die Angebotsöffnung statt. Es wurden neun Angebote abgegeben und geöffnet. Die Antragstellerin gab das billigste Angebot mit einer Angebotssumme von EUR 1,207.2094,50 ohne USt ab. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab mit einer Angebotssumme von EUR 1,345.077,90 ohne USt das zweitbilligste Angebot ab. Keines der Unternehmen bot eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist an. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die C*** ZT GmbH, in der Folge prüfende Stelle genannt, nahm die Angebotsprüfung vor. Es fand ein umfangreicher Informationsaustausch zwischen der prüfenden Stelle und der Antragstellerin statt. Die Antragstellerin legte im Zuge dessen eine Reihe von Unterlagen vor. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 2. April 2009 teilte die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung mit. Der Antragstellerin teilte sie überdies die Ausscheidensentscheidung mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte EUR 5.000 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12.6.2001, B 2600/97, VfSlg 16166; 25.9.2001, B 752/99, VfSlg 16.266; 21.6.2004, B 433/02, VfSlg 17.229; 7.3.2006, B 1417/03; BVA 19.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 6.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 16.12.2008, N/0160-BVA/10/2008-12). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Loses liegt unter, jener des Gesamtvorhabens über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, für das die Pauschalgebühren gemäß § 318 Abs 1 Z 6 BVergG geschuldet sind. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12.6.2001, B 2600/97, VfSlg 16166; 25.9.2001, B 752/99, VfSlg 16.266; 21.6.2004, B 433/02, VfSlg 17.229; 7.3.2006, B 1417/03; BVA 19.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 6.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 16.12.2008, N/0160-BVA/10/2008-12). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Loses liegt unter, jener des Gesamtvorhabens über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, für das die Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG geschuldet sind.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die

Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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 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 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 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 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.

Nach § 329 Abs 3 BVergG 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das

Bundesvergabebeamter in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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 Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen im Erhalt des Zuschlags, damit notwendigerweise dem Verbleib im Vergabeverfahren und somit in der Abwendung des drohenden Schadens.

Die Auftraggeberin macht im Wesentlichen die besondere Dringlichkeit der Fortführung des Bauvorhabens, insbesondere die Durchführung der anschließenden Baulose geltend. Der ungestörte Betrieb der Universitätszahnklinik sei durch eine Verzögerung des Bauvorhabens gefährdet. Sie konkretisiert und bescheinigt diese Interessen jedoch nicht, obwohl sie alleine als Bauherrin über die dazu nötigen Angaben wie Bauzeitpläne verfügt.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.10.2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1.12.2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt. Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.10.2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1.12.2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt.

(BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung nimmt ihr die Wirkung und verhindert - mangels gesetzlicher Nichtigkeitssanktion - die Zuschlagserteilung, da diese nur auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung erfolgen kann. Die Kombination beider Mittel belastet die Auftraggeberin stärker als nötig, da sie lediglich in dem Ausmaß belastet ist, das zur Absicherung des Nachprüfungsverfahrens unbedingt erforderlich ist, im Übrigen jedoch ihre volle Handlungsfreiheit behält.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, höchstens jedoch für eine sechswöchige Frist. Eine Begründung für diese Frist enthält der Antrag nicht. § 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist.

Vielmehr legt § 329 Abs 3 BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, höchstens jedoch für eine sechswöchige Frist. Eine Begründung für diese Frist enthält der Antrag nicht. Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Vielmehr legt Paragraph 329, Absatz 3, BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008;

9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008-011;

18.11.2008, N/0147-BVA/10/2008-EV15; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4; T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009] § 329 Rz 22). 18.11.2008, N/0147-BVA/10/2008-EV15; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4; T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009] Paragraph 329, Rz 22).

Über den Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

Mit diesem Bescheid sind gemäß § 59 Abs 1 AVG alle Einwendungen gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung miterledigt. Mit diesem Bescheid sind gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG alle Einwendungen gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung miterledigt.

Schlagworte

Aussetzen der Zuschlagsentscheidung; gelindestes Mittel; Frist der Maßnahme;

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>