

TE Verg Bescheid 2008/12/23 N/0167-BVA/11/2008-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.12.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11, Mag. Julia Stiefelmeyer, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Ossiacher See – Bleistätter Moor – Modul 3 Teil II Saugbaggerungen" der Auftraggeberin Wasserverband Ossiacher See, 9560 Feldkirchen in Kärnten, Rabensdorf 45, vergebende Stelle B***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11, Mag. Julia Stiefelmeyer, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Ossiacher See – Bleistätter Moor – Modul 3 Teil römisch zwei Saugbaggerungen" der Auftraggeberin Wasserverband Ossiacher See, 9560 Feldkirchen in Kärnten, Rabensdorf 45, vergebende Stelle B***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird und der Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Sanierung Ossiacher See – Bleistätter Moor – Modul 3 II Saugbaggerungen" zu erteilen", wird insoweit stattgegeben, als der Auftraggeberin für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird und der

Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Sanierung Ossiacher See – Bleistätter Moor – Modul 3 römisch zwei Saugbaggerungen" zu erteilen", wird insoweit stattgegeben, als der Auftraggeberin für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Auftraggeberin schrieb im Rahmen eines offenen Verfahrens einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich aus. Den Zuschlag soll das billigste Anbot erhalten.

Die Antragstellerin legte ein Anbot mit einem Gesamtpreis von Euro xxx inkl. USt. Die C*** (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfängerin) erstellte ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro xxx inkl. USt.

Mit Schreiben der B*** vom 11.12.2008 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der C*** mitgeteilt.

Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 11.12.2008 und führt dazu begründend aus, sie fühle sich in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Ausscheiden von Angeboten, in ihrem Recht auf Sicherstellung in der Vergleichbarkeit der Angebote, auf ordnungsgemäße Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes zu ihren Gunsten verletzt.

Inhaltlich führte die Antragstellerin aus, auf Seite 12 der Ausschreibung werde für die Baggereinheit samt Pumpen eine Förder- bzw. Saugleistung von 450 – 600 m³/h gefordert. Die Antragstellerin habe eine Förderleistung von 450 und 600 m³/h angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe hingegen eine tatsächliche Förderkapazität von 750 m³/Stunde angeboten und somit die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Kapazität um mindestens 150 m³ pro Stunde überschritten. Durch das Anbieten eines Gerätes mit einer tatsächlichen Förderleistung von 750 m³ pro Stunde sei dieses Angebot nicht ausschreibungskonform und wäre daher auszuschneiden gewesen. Anlässlich eines Aufklärungsgespräches sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf diesen Umstand hingewiesen worden und habe daraufhin erklärt, die Leistung des angebotenen Gerätes in den Bereich der geforderten Fördermenge zu drosseln, dies bei gleichbleibenden Einheitspreisen.

Die Einräumung der Möglichkeit zur Abänderung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stelle ein im offenen Verfahren unzulässiges Verhandeln dar. Die Behebung der Ausschreibungswidrigkeit stelle auch keinen behebbaren Mangel dar. Die Zusage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die Förderleistung des Baggers auf das geforderte Maß zu drosseln, beeinflusse die Wettbewerbsstellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin maßgeblich. Im ursprünglichen Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe diese eine tatsächliche Fördermenge von 750 m³ pro Stunde angeboten. In den Ausschreibungsbedingungen sei eine Fördermenge von 450 bis 600 m³ pro Stunde gefordert, was im Mittel 525 m³ pro Stunde ergebe. In der Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bedeute dies anstelle des geforderten Leistungszeitraumes von 140 Tagen bloß einen Leistungszeitraum von 85 Tagen, somit circa 4.000 Lohnstunden. Dies ergebe Lohnkosten von Euro 160.000,00. Bei einer Leistungserbringung über 140 Tage (geringere Fördermenge) würden sich 6.700 Lohnstunden ergeben, somit Lohnkosten von Euro 268.000,00. Durch die ursprünglich angebotene höhere Fördermenge habe sich somit eine Einsparung für Lohnkosten von Euro 108.000,00, sowie eine Einsparung für Treibstoff von Euro 91.000,00 sowie eine Einsparung bei den Nebenkosten von 8% (Euro 23.000,00), somit insgesamt Euro 222.000,00 ergeben. Durch die Zusage der Drosselung der Fördermenge und somit durch die Abänderung des Angebotes habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr Angebot um diesen Betrag verbessert. Es sei somit evident, dass die Wettbewerbsposition der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch die vorangeführte Abänderung des Angebotes maßgeblich verbessert/beeinflusst worden sei. Dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch von einer tatsächlichen Ausnutzung der angebotenen höheren Förderkapazität ausgegangen sei, zeige sich dadurch, dass sie in ihrem Anschreiben darauf hingewiesen habe, dass die Ausführung der Leistungen im Jahr 2008 (somit in 85 Arbeitstagen) erfolgen solle. Die Ausführung der Arbeiten in 85 Arbeitstagen sei bei der in der Ausschreibung geforderten Förderleistung technisch nicht möglich. Auch diese Angaben im Begleitschreiben würden dem in der Ausschreibung geforderten Leistungszeitraum widersprechen.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsschluss durch Legung eines Angebotes hinreichend zum Ausdruck

gebracht. Darüber hinaus manifestiere sich ihr Interesse insbesondere im vorliegenden Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Hätte die Auftraggeberin sämtliche Bieter und insbesondere die präsumtive Zuschlagsempfängerin, welche die Zuschlagskriterien nicht erfüllten, ausgeschieden, wäre der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen gewesen bzw. hätte die Antragstellerin aufgrund eines infolge Widerrufs neu durchzuführenden Vergabeverfahrens eine weitere Chance auf Erteilung des Zuschlags erhalten.

Durch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens drohe der Antragstellerin ein Schaden aus frustrierten Aufwendungen für die Erstellung des Teilnahmeantrages und des Angebotes von rund Euro 10.000,-- (exkl. USt) sowie ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Weiters entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren.

Die Auftraggeberin führte in ihrem Schreiben vom 19.12.2008 aus, das verstärkte Auftreiben von Bodenalgen in den Sommermonaten habe zur Entwicklung eines Sanierungskonzeptes für den Ossiacher See geführt. Eine der im Rahmen dieses Sanierungskonzeptes umzusetzenden Maßnahmen sei das Absaugen von Bodenschlamm. Unter Berücksichtigung aller Randbedingungen und Interessen, ergebe sich für die Ausbaggerungen ein Zeitfenster von Oktober bis Dezember sowie von März bis April, in welchen die Arbeiten durchgeführt und im Anschluss daran im Mai mit Rekultivierungsarbeiten abgeschlossen werden könnten. In den Sommermonaten Juni und September gelte ein zeitlich befristetes Bauverbot, im Juli und August ein generelles Bauverbot in der Gemeinde Steindorf. Da durch das vorgelaufene Verfahren, GZ N/0130-BVA/11/2008, der geplante Arbeitsbeginn Oktober 2008 verstrichen sei und derzeit winterliche Verhältnisse vorherrschen, sei ein Baggerbetrieb erst im März 2009 vorausschauend wahrscheinlich. Die Arbeiten würden vom Wasserverband Ossiacher See abgewickelt jedoch vom Land Kärnten und der Republik Österreich finanziert. Die ausgeschriebenen Baggerungen seien vor den Badeplätzen Steindorf und Stiegl vorgesehen und sollten die Nutzung des Ossiacher See ohne Beeinträchtigung durch auftreibende Bodenalgen sicherstellen. Insoferne sei ein öffentliches Interesse gegeben.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens sollen Saugbaggerungen im Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren vergeben werden. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen.

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 Auftraggeberin brachte selbst vor, dass ein Baggerbetrieb vorausschauend erst im März 2009 wahrscheinlich sein werde. Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um etwa sechs Wochen, die im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar ist, fällt daher zeitlich nicht ins Gewicht. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. 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 Zuschlages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit für die Antragstellerin, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der allenfalls eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Was die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung betrifft, so war dieses Mehrbegehren bereits aus dem Grund abzuweisen, da die Zuschlagsentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist.

Zuletzt aktualisiert am

10.06.2009

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