

TE Verg Bescheid 2008/6/27 N/0065-BVA/14/2008-10EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "A 10 Tauernautobahn, Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau/Salzburg - Gewerk Leittechnik und Wartenausstattung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20.6.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer

eins, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "A 10 Tauernautobahn, Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau/Salzburg - Gewerk Leittechnik und Wartenausstattung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20.6.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung

1. 1.Ziffer eins
die Zuschlagsentscheidung vom 13.6.2008 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und
2. 2.Ziffer 2
dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren untersagen",

wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinaus gehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die A***, vertreten durch X***, (in der Folge Antragsteller) stellte mit Schriftsatz vom 20.6.2008 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Darüber hinaus wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 20.6.2008 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ein Vergabeverfahren betreffend die Leittechnik und Wartenausstattung der Überwachungszentrale St. Michael durchführe. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Gegenstand des Auftrages sei die Ausstattung und Errichtung der leittechnischen Ausrüstung der Überwachungszentrale St. Michael im Lungau, einschließlich der technischen Einbindung von Tunnelanlagen, verkehrstechnischer Anlagen, sonstiger "Außenanlagen" sowie von weiteren Anlagen der Haustechnik. Ebenfalls Teil der Ausschreibung sei die Leistung der Instandhaltung für die zu errichtende Anlage, wobei darunter die Wartung und Inspektion sowie Instandsetzung zu verstehen seien (vgl. Punkt B.1.3.3 der Ausschreibungsunterlagen). In seinem Schriftsatz vom 20.6.2008 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ein Vergabeverfahren betreffend die Leittechnik und Wartenausstattung der Überwachungszentrale St. Michael durchführe. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Gegenstand des Auftrages sei die Ausstattung und Errichtung der leittechnischen Ausrüstung der Überwachungszentrale St. Michael im Lungau, einschließlich der technischen Einbindung von Tunnelanlagen, verkehrstechnischer Anlagen, sonstiger "Außenanlagen" sowie von weiteren Anlagen der Haustechnik. Ebenfalls Teil der Ausschreibung sei die Leistung der Instandhaltung für die zu errichtende Anlage, wobei darunter die Wartung und Inspektion sowie Instandsetzung zu verstehen seien vergleiche Punkt B.1.3.3 der Ausschreibungsunterlagen).

Gemäß Punkt B.1.2.14 der Ausschreibungsunterlagen sei ein Vadium in Höhe von Euro 130.000 entsprechend dem beiliegenden Muster gemeinsam mit dem Angebot zu legen. Als Nachweis des Vadiums seien ausschließlich Bankgarantien zugelassen. Ausnahmsweise könnten jedoch auch Rücklassversicherungen gelegt werden. Das Fehlen des Vadiumsnachweises stelle nach der Ausschreibung einen unbehebbarer Mangel iSd BVergG dar und führe zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes.

Unter Punkt B.1.12 sei darüber hinaus festgelegt, dass Angebote und Vadium so rechtzeitig abzugeben bzw. ordnungsgemäß frankiert abzusenden seien, dass sie spätestens zum Abgabetermin unter genauer Einhaltung der Uhrzeit für die Angebotseinreichung vorliegen würden. Sofern dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen sei, stelle das Fehlen des Vadiumsnachweises einen unbehebbarer Mangel und einen zwingenden Ausscheidungsgrund dar.

Im Leistungsverzeichnis unter Punkt B.7 würden u.a. folgende Leistungen zur Vergabe gelangen:

Informationsverarbeitung (Prozessleitreechner), Möblierung der Warte, Lieferung und Montage einer Doppelbodenanlage, Lieferung und Montage verschiedener Unter- und Tragekonstruktionen, Ausführung von Brandschottungen sowie die Lieferung, Installierung und Konfiguration von Funkanlagen.

In Punkt B.1.2.8 der Ausschreibungsunterlage werde auch auf kleinere Leistungen, wie z.B. die Erstellung der Bestandsdokumentation gem. PlaDOK, hingewiesen. Auch für solche Leistungen müsse die notwendige Befugnis nachgewiesen und gegebenenfalls in der Subunternehmerdeklaration angeführt werden.

In Punkt B.8.5.6 der Ausschreibungsunterlage finde sich dementsprechend folgender Hinweis: "Darüber hinaus müssen in der nachfolgenden Aufstellung auch sonstige (d.h. < 5% der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich sind, im Sinne B.1 (Achtung z.B. auch Befugnis für die Erstellung der Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK) und BVergG benannt werden."

Gemäß Punkt B.1.2.9 der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werde. Zuschlagskriterien seien der Preis (gewichtet mit 95 %) und die (näher geregelte) Qualität (gewichtet mit 5 %).

Der Antragsteller habe frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 5.315.888,02 sowie Variantenangebote mit einem Angebotspreis in Höhe von Euro 5.377.077,22 (Variante 1) bzw. Euro 5.441.838,32 (Variante 2) gelegt.

Neben dem Antragsteller seien von weiteren drei Bietern bzw. Bietergemeinschaften Angebote gelegt worden. Die B*** habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 4.723.314,31 und einem Variantenangebotspreis von Euro 4.791.086,29 (Variante 1) bzw. Euro 4.853.031,69 (Variante 2) gelegt.

Die Angebotsöffnung habe am 2.4.2008 stattgefunden. Im Zuge der Verlesung des Angebotes der B*** sei in der Ruprik "offenkundige Angebotsmängel" festgehalten worden, dass das Vadium nur in Kopie beiliege.

Mit Telefax vom 13.6.2008 habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der B*** mit der Vergabesumme für die Grundpositionen von netto Euro 4.723.314,31 bekannt gegeben. Zugleich sei mitgeteilt worden, dass das Angebot des Antragstellers aufgrund der erfolgten Preis- und Qualitätsbewertung an 2. Stelle liege und daher für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht komme.

Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 13.6.2008. Der Antragsteller erachte sich durch diese Entscheidung in seinem Recht auf Ausscheiden von einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot eines Mitbieters, auf Nichterteilung der Zuschlagsentscheidung auf ein Angebot eines Mitbieters, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten seines Angebotes sowie in seinem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in seinem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren, verletzt.

Halte der Auftraggeber seine Entscheidung aufrecht, drohe dem Antragsteller ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca. Euro 445.000. Darüber hinaus wären die Angebotslegungskosten (von zumindest Euro 34.000) frustriert. Überdies würde ein wichtiges Referenzprojekt verlorengehen. Gerade dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu verhindern. Sofern auf Grund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen wäre, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlags"entscheidung" auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung:

Wie bereits ausgeführt, habe die B*** offensichtlich zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung das verlangte Vadium lediglich in Form einer Kopie einer Bankgarantie dem Angebot beigelegt.

Bei der Bankgarantie werde von einer Bank die Gewähr dafür übernommen, dass der Begünstigte von einem Dritten eine Leistung erhalte. Die Garantieverpflichtung entstehe durch Vertrag zwischen dem Garantiegeber (Bank) und dem Begünstigten. (ASFINAG). In der Regel erfolge keine ausdrückliche Willenserklärung des Begünstigten gegenüber dem Garantiegeber. Die Bank könne als Offerent auftreten, die mit der Garantieerklärung gegenüber dem Begünstigten ein Anbot auf Abschluss des Garantievertrages lege. Alternativ könne die Bank ein Angebot des Begünstigten auf

Abschluss eines Garantievertrages annehmen. Im ersten Fall ergebe sich die Bindung der Bank aus dem Inhalt ihrer Erklärung (= bindendes Angebot), im zweiten Fall entstehe die Bindung der Bank durch den Vertragsabschluss. In beiden Fällen sei von entscheidender Bedeutung, wann die Bindung der Bank an die Garantieerklärung eintrete. Sowohl die Offerte als auch die Annahme einer Offerte seien empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie würden daher erst mit dem Zugang an den Erklärungsempfänger wirksam werden. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass die von der Bank abgegebene Garantieerklärung in den Machtbereich der ASFINAG gelangen müsse, damit die Bank an die Garantie gebunden sei.

Das ABGB enthalte keine Bestimmungen über die Formbedürftigkeit der Garantie. Die Judikatur (vgl. OGH vom 14.7.1992, 1 Ob 595/92) verlange für die Wirksamkeit der Garantie das Schriftformerfordernis mit der Begründung, dass die Bankgarantie eine vergleichbare Sicherungsfunktion wie die Bürgschaft habe. Unter der Schriftform werde Unterschriftlichkeit verlangt, sodass die Unterschrift eigenhändig geleistet sein müsse und ihre Nachbildung auf mechanischem Wege nicht genüge (vgl. OGH Sz 58/85). Aus diesem Grunde seien Garantien in Form von Telegrammen oder Telefaxen nicht zulässig. Anzumerken sei aber, dass lediglich die Erklärung des Garantiegebers dem Schriftlichkeitsgebot unterliege, nicht jedoch die Annahmeerklärung. Das ABGB enthalte keine Bestimmungen über die Formbedürftigkeit der Garantie. Die Judikatur vergleiche OGH vom 14.7.1992, 1 Ob 595/92) verlange für die Wirksamkeit der Garantie das Schriftformerfordernis mit der Begründung, dass die Bankgarantie eine vergleichbare Sicherungsfunktion wie die Bürgschaft habe. Unter der Schriftform werde Unterschriftlichkeit verlangt, sodass die Unterschrift eigenhändig geleistet sein müsse und ihre Nachbildung auf mechanischem Wege nicht genüge (vgl. OGH Sz 58/85). Aus diesem Grunde seien Garantien in Form von Telegrammen oder Telefaxen nicht zulässig. Anzumerken sei aber, dass lediglich die Erklärung des Garantiegebers dem Schriftlichkeitsgebot unterliege, nicht jedoch die Annahmeerklärung.

Mit Inkrafttreten des HaRÄG 2005, BGBl I Nr. 120/2005, mit 1.1.2007, könnten nunmehr auch Unternehmer (einschließlich Banken) Garantien rechtswirksam nur schriftlich abgeben. Das für die Gültigkeit der Garantie notwendige Schriftformerfordernis bedeute, dass die Bank an ihre Garantieerklärung erst dann gebunden sei, wenn die von ihr ausgestellte Garantieurkunde im Original der ASFINAG zugegangen sei. Eine durch Telekopie übermittelte Erklärung, der es an der eigenhändigen Originalunterschrift des Erklärenden fehle, entspreche nach Ansicht des OGH nicht der angeordneten Schriftform. Der Zugang lediglich einer Kopie der Garantieerklärung der Bank an die ASFINAG binde die Bank auch dann nicht, wenn die Bank die Bankgarantie im Original eigenhändig unterfertigt habe. Ohne Zugang des Originals der Bankgarantieerklärung sei daher die Garantie nicht wirksam zustande gekommen. Mit Inkrafttreten des HaRÄG 2005, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2005,, mit 1.1.2007, könnten nunmehr auch Unternehmer (einschließlich Banken) Garantien rechtswirksam nur schriftlich abgeben. Das für die Gültigkeit der Garantie notwendige Schriftformerfordernis bedeute, dass die Bank an ihre Garantieerklärung erst dann gebunden sei, wenn die von ihr ausgestellte Garantieurkunde im Original der ASFINAG zugegangen sei. Eine durch Telekopie übermittelte Erklärung, der es an der eigenhändigen Originalunterschrift des Erklärenden fehle, entspreche nach Ansicht des OGH nicht der angeordneten Schriftform. Der Zugang lediglich einer Kopie der Garantieerklärung der Bank an die ASFINAG binde die Bank auch dann nicht, wenn die Bank die Bankgarantie im Original eigenhändig unterfertigt habe. Ohne Zugang des Originals der Bankgarantieerklärung sei daher die Garantie nicht wirksam zustande gekommen.

In Entsprechung des § 86 BVergG habe der Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegt, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag des Vadiums beizulegen sei und das Fehlen des Vadiumsnachweises einen unbeheblichen Mangel und damit einen zwingenden Ausscheidungsgrund darstelle. Gemäß § 129 Abs 1 Z 5 BVergG seien Angebote, bei denen bei Angebotsöffnung der Vadiumsnachweis fehle, auszuschneiden. In Entsprechung des Paragraph 86, BVergG habe der Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegt, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag des Vadiums beizulegen sei und das Fehlen des Vadiumsnachweises einen unbeheblichen Mangel und damit einen zwingenden Ausscheidungsgrund darstelle. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG seien Angebote, bei denen bei Angebotsöffnung der Vadiumsnachweis fehle, auszuschneiden.

Wie oben dargelegt, sei die Vorlage der Kopie einer Bankgarantie für den Zugang der Willenserklärung nicht ausreichend. Die Bankgarantie sei daher mit der Vorlage der Kopie der Bankgarantieerklärung an die ASFINAG für die Bank nicht bindend. Die B*** könne daher nach Angebotsöffnung von ihrem Angebot zurücktreten, ohne dass die

ASFINAG die Bankgarantie in Anspruch nehmen könne. Die B*** habe also zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung den Nachweis über den Erlag des Vadiums nicht erbracht. Ihr Angebot wäre daher - ohne Vornahme eines Mängelbehebungsversuches - sofort auszuschneiden gewesen.

Festzuhalten sei, dass im Gesetz bzw. in der Ausschreibung das Fehlen des Vadiumsnachweises zur Bedingung für das sofortige Ausscheiden des Angebotes gemacht werde. Das Abstellen auf den Nachweis sei notwendig, da ein Bieter als Sicherungsmittel gemäß § 85 Abs. 2 BVergG die Bankgarantie durch eine andere Form, nämlich eine entsprechende Rücklassversicherung, Bargeld oder Bareinlagen, ersetzen könne. Derartige Sicherstellungsformen, z.B. die Rücklassversicherung könnten auch ohne Zugang eines schriftlichen Originaldokuments vom Auftraggeber in Anspruch genommen werden. In einem solchen Fall würde die dem Angebot beiliegende Kopie (etwa einer Versicherungspolizze) den Anforderungen des § 86 BVergG genügen. Demgegenüber erfülle im Fall der Bankgarantie die Vorlage einer Kopie den erforderlichen Nachweis des Vadiums nicht, da nicht einmal die Sicherstellung selbst vorliege. Eine Mängelbehebung durch Nachreichung des Originals der Bankgarantie komme - anders als bei sonstigen Eignungsnachweisen - nicht in Frage, wo doch gerade das dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unmittelbar zur Verfügung stehende Sicherungsmittel dazu dienen solle, dass der Bieter behebbare Angebotsmängel auch tatsächlich behebe und nicht das Ausscheiden seines Angebotes ohne finanzielle Einbuße (nämlich durch den Verfall des Vadiums) erzwingen könne.

Festzuhalten sei, dass im Gesetz bzw. in der Ausschreibung das Fehlen des Vadiumsnachweises zur Bedingung für das sofortige Ausscheiden des Angebotes gemacht werde. Das Abstellen auf den Nachweis sei notwendig, da ein Bieter als Sicherungsmittel gemäß Paragraph 85, Absatz 2, BVergG die Bankgarantie durch eine andere Form, nämlich eine entsprechende Rücklassversicherung, Bargeld oder Bareinlagen, ersetzen könne. Derartige Sicherstellungsformen, z.B. die Rücklassversicherung könnten auch ohne Zugang eines schriftlichen Originaldokuments vom Auftraggeber in Anspruch genommen werden. In einem solchen Fall würde die dem Angebot beiliegende Kopie (etwa einer Versicherungspolizze) den Anforderungen des Paragraph 86, BVergG genügen. Demgegenüber erfülle im Fall der Bankgarantie die Vorlage einer Kopie den erforderlichen Nachweis des Vadiums nicht, da nicht einmal die Sicherstellung selbst vorliege. Eine Mängelbehebung durch Nachreichung des Originals der Bankgarantie komme - anders als bei sonstigen Eignungsnachweisen - nicht in Frage, wo doch gerade das dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unmittelbar zur Verfügung stehende Sicherungsmittel dazu dienen solle, dass der Bieter behebbare Angebotsmängel auch tatsächlich behebe und nicht das Ausscheiden seines Angebotes ohne finanzielle Einbuße (nämlich durch den Verfall des Vadiums) erzwingen könne.

Der Auftraggeber hätte das Angebot der B*** ausscheiden und den Zuschlag auf das Angebot des Antragstellers erteilen müssen.

Auch verfüge die B*** nicht über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen notwendige Befugnis. Ihr Angebot wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Auch verfüge die B*** nicht über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen notwendige Befugnis. Ihr Angebot wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

Nach dem Kenntnisstand des Antragstellers sei die B*** in der Handwerkskammer Osnabrück eingetragen und habe die Gewerbe Elektrotechnik, Feinmechanik und Installateur und Heizungsbau mit der Erweiterung Lüftung, jedoch nicht Kältetechnik, angemeldet. Überdies habe die B*** dem Vernehmen nach nur einen Subunternehmer für Funkanlagen benannt.

Gegenständlich seien jedoch Leistungen ausgeschrieben, die über die Befugnis der B***, einschließlich jener des Subunternehmers, hinausgehen würden. Im Einzelnen seien zumindest folgende Gewerbeberechtigungen notwendig:

- -Strichaufzählung
Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (freies Gewerbe)
- -Strichaufzählung
Tischler (reglementiertes Gewerbe)
- -Strichaufzählung
Ingenieurbüros (reglementiertes Gewerbe) bzw. Ziviltechnikerbefugnis nach dem ZTG
- -Strichaufzählung
Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmen (reglementiertes Gewerbe)
- -Strichaufzählung

Mechatroniker (reglementiertes Gewerbe)

Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung bestimmt, dass auch für kleinere Leistungen die notwendige Befugnis nachgewiesen werden müsse und gegebenenfalls ein die fehlende Befugnis des Bieters ersetzender Subunternehmer zu benennen sei. Diese Festlegung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen sei mangels Anfechtung bestandfest geworden. Bestandfeste Festlegungen in der Ausschreibung würden den Auftraggeber selbst binden.

Die B*** verfüge weder selbst noch durch ihren Subunternehmer über die notwendigen Gewerbeberechtigungen. Da der Auftraggeber eindeutig festgelegt habe, dass auch für kleinere Leistungen die notwendige Befugnis vorliegen müsse, könne sich ein Bieter zum Nachweis seiner Befugnis nicht auf allfällige Nebenrechte, etwa nach § 32 GewO, berufen. Die B*** verfüge weder selbst noch durch ihren Subunternehmer über die notwendigen Gewerbeberechtigungen. Da der Auftraggeber eindeutig festgelegt habe, dass auch für kleinere Leistungen die notwendige Befugnis vorliegen müsse, könne sich ein Bieter zum Nachweis seiner Befugnis nicht auf allfällige Nebenrechte, etwa nach Paragraph 32, GewO, berufen.

Darüber hinaus habe das Bundesvergabeamt ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der Befugnis ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen sei. Gegenständlich würden keine Vor- oder Vollendungsarbeiten vorliegen und handle es sich auch nicht um einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern würde.

Es sei davon auszugehen, dass bei der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Statik und der Branddämmung, eine Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen entstehen könne.

Weiters gehe der Antragsteller davon aus, dass die B*** die für die Durchführung der Arbeiten notwendigen reglementierten Gewerbe, insbesondere auch jenes für Elektrotechnik, dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) nicht schriftlich zum Zeitpunkt der Angebotslegung angezeigt habe, obwohl sie dazu gemäß § 373a Abs 4 GewO verpflichtet gewesen wäre. Nach Ansicht des Antragstellers komme der Anzeige konstitutive Wirkung zu, weil der BMWA die Angaben in der (erstmaligen) Anzeige zu überprüfen und bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen die Ausübung der Tätigkeit in Österreich zu verbieten habe. Weiters gehe der Antragsteller davon aus, dass die B*** die für die Durchführung der Arbeiten notwendigen reglementierten Gewerbe, insbesondere auch jenes für Elektrotechnik, dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) nicht schriftlich zum Zeitpunkt der Angebotslegung angezeigt habe, obwohl sie dazu gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO verpflichtet gewesen wäre. Nach Ansicht des Antragstellers komme der Anzeige konstitutive Wirkung zu, weil der BMWA die Angaben in der (erstmaligen) Anzeige zu überprüfen und bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen die Ausübung der Tätigkeit in Österreich zu verbieten habe.

Die B*** wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen. Die B*** wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuscheiden gewesen.

Auch wenn die Anzeige lediglich deklarative Wirkung entfalten sollte, sei die Unterlassung derselben vergaberechtlich nicht irrelevant. Ein Unternehmer, der die Anzeige unterlasse, begehe eine Verwaltungsübertretung und damit eine schwere berufliche Verfehlung iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG. Diesfalls wäre das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuscheiden gewesen. Fehle die Anzeige und daher eine Überprüfung durch den BMWA, würden der Auftraggeber, im Nachprüfungsverfahren das Bundesvergabeamt, zudem präzise prüfen müssen, ob der jeweilige Bieter in seinem Herkunftsland zur Ausübung aller auszuführenden Tätigkeiten befugt sei. Auch wenn die Anzeige lediglich deklarative Wirkung entfalten sollte, sei die Unterlassung derselben vergaberechtlich nicht irrelevant. Ein Unternehmer, der die Anzeige unterlasse, begehe eine Verwaltungsübertretung und damit eine schwere berufliche Verfehlung iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG. Diesfalls wäre das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuscheiden gewesen. Fehle die Anzeige und daher eine Überprüfung durch den BMWA, würden der Auftraggeber, im Nachprüfungsverfahren das Bundesvergabeamt, zudem präzise prüfen müssen, ob der jeweilige Bieter in seinem Herkunftsland zur Ausübung aller auszuführenden Tätigkeiten befugt sei.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Antragsteller vor, dass er sein gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe weder ein öffentliches Interesse entgegen, noch würden Interessen der beteiligten Bieter und des Auftraggebers überwiegen. Die Auftragsvergabe sei offensichtlich nicht besonders dringlich, da der Auftraggeber eine Verfahrensart gewählt habe, welche die längsten Fristen aufweise.

Zusätzlich sei auch auf Grund der Gewichtung der Zuschlagskriterien kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens erkennbar. Abgestellt werde lediglich auf den Preis und die Qualität. Die Zuschlagsfrist betrage immerhin drei Monate. Auftraggeberinteressen, die durch die Verzögerung geschädigt werden könnten, bestünden nicht bzw. seien nicht beachtlich. Ein gewissenhafter Auftraggeber müsse mit der Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und den damit einher gehenden Zeitverzögerungen rechnen. Da nur Interessen des Antragstellers durch die Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht wären, eine vorläufige Maßnahme aber keinerlei berücksichtigungswürdige Interessen des Auftraggebers und sonstiger Mitbieter schädigen würde und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünde, hätte die Interessensabwägung zu Gunsten des Antragstellers auszufallen.

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 20.6.2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab bekannt, dass es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich mit einem geschätzten Nettoauftragswert von Euro 4.335.000 handle, der im offenen Verfahren vergeben werde solle.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird - unvorgreiflich einer allfälligen abweichenden Beurteilung im Nachprüfungsverfahren - zunächst davon ausgegangen, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs 1 iVm Abs 3 BVergG) handelt. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird - unvorgreiflich einer allfälligen abweichenden Beurteilung im Nachprüfungsverfahren - zunächst davon ausgegangen, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Unterschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 3, BVergG) handelt.

Von einem in § 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. Von einem in 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.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt.

Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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, leg.cit. 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B*** zu erteilen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B*** zu erteilen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Demgegenüber hat der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 20.6.2008 keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden weder dargetan noch vermag das Bundesvergabeamt solche zu erkennen.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014- BVA/04/2007-EV10 ua). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der

Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse (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). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse 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). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Es war daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im spruchgemäßen Umfang stattzugeben. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Es war daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im spruchgemäßen Umfang stattzugeben.

Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist.

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2008

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